

La vérité et la justice

Pierre Tessier

Volume 19, numéro 1, mars 1988

URI : <https://id.erudit.org/iderudit/1059187ar>

DOI : <https://doi.org/10.7202/1059187ar>

[Aller au sommaire du numéro](#)

Éditeur(s)

Éditions Wilson & Lafleur, inc.

ISSN

0035-3086 (imprimé)

2292-2512 (numérique)

[Découvrir la revue](#)

Citer cet article

Tessier, P. (1988). La vérité et la justice. *Revue générale de droit*, 19(1), 29-80. <https://doi.org/10.7202/1059187ar>

Résumé de l'article

La vérité constitue l'élément premier de la justice en matière de preuve. Là où il n'y a pas de vérité, il n'y a pas de justice. Le juge, les parties et les témoins qui composent avec l'avocat le monde de la justice, assument chacun un devoir de vérité.

Le juge écoute la preuve des parties et détermine par jugement la vérité judiciaire. Dans certains cas, il peut intervenir dans la preuve pour en contrôler la qualité. Protecteur de l'ordre public, il veille à ce que les parties en respectent les règles et dispose aussi des objections d'ordre privé soulevées par les parties. Il peut également devenir enquêteur, ce qui permet une vérification plus complète des faits menant à l'établissement de la vérité. Il peut faire remédier à une lacune dans la preuve susceptible de causer un préjudice à une partie. Dans les cas où « toute vérité n'est pas bonne à dire », il interviendra pour empêcher la divulgation de faits confidentiels. Les décisions prises par le juge doivent refléter la réalité factuelle et juridique.

La partie qui témoigne s'oblige comme tout témoin à dire la vérité. Avant procès, la partie doit alléguer des faits vrais, si elle désire que ses prétentions soient conformes à la preuve et puissent être retenues par le tribunal. Ce devoir est toutefois relatif, sauf si les allégations sont appuyées d'un affidavit. La partie adverse pourra vérifier avant procès dans quelle mesure les faits allégués dans un acte de procédure sont conformes à la réalité.

La partie qui découvre la fausseté ou l'absence d'un élément important de preuve, après la clôture de l'enquête ou après jugement, pourra demander la réouverture d'enquête ou la rétractation du jugement.

Le témoin s'engage par serment à dire la vérité. La contraignabilité comporte cependant certaines limites. Le refus de témoigner constitue un outrage au tribunal. Le témoin qui rend un faux témoignage avec l'intention de tromper, commet un parjure.

La justice requiert droit, vérité et liberté.

La vérité et la justice

PIERRE TESSIER

Avocat au Barreau de Montréal

RÉSUMÉ

La vérité constitue l'élément premier de la justice en matière de preuve. Là où il n'y a pas de vérité, il n'y a pas de justice. Le juge, les parties et les témoins qui composent avec l'avocat le monde de la justice, assument chacun un devoir de vérité.

Le juge écoute la preuve des parties et détermine par jugement la vérité judiciaire. Dans certains cas, il peut intervenir dans la preuve pour en contrôler la qualité. Protecteur de l'ordre public, il veille à ce que les parties en respectent les règles et dispose aussi des objections d'ordre privé soulevées par les parties. Il peut également devenir enquêteur, ce qui permet une vérification plus complète des faits menant à l'établissement de la vérité. Il peut faire remédier à une lacune dans la preuve susceptible de causer un préjudice à une partie. Dans les cas où « toute vérité n'est pas bonne à dire », il interviendra pour empêcher la divulgation de faits confidentiels. Les décisions prises par le juge doivent refléter la réalité factuelle et juridique.

La partie qui témoigne s'oblige comme tout témoin à dire la

ABSTRACT

Truth is the first element of justice in matters of proof. Where there is no truth, there is no justice. The judge, the parties and the witnesses, and also the attorney, each assume a duty of truth.

The judge hears the evidence of the parties and determines by judgment the judicial truth. In certain cases, he may intervene to control the quality of the evidence. As protector of public order, he will see that the parties respect its rules and will also dispose of objections raised by the parties. He may also become an investigator, for a more complete examination of the facts leading to the establishment of the truth. He may remedy to a lack in the proof likely to cause prejudice to a party. When the truth must be kept a secret, he will intervene to prevent the disclosure of confidential matters. The decisions taken by the judge should reflect the factual and legal reality.

The party who testifies, like any other witness, is bound to tell the truth. Before trial, a party should allege true facts, if the allegations

vérité. Avant procès, la partie doit alléguer des faits vrais, si elle désire que ses prétentions soient conformes à la preuve et puissent être retenues par le tribunal. Ce devoir est toutefois relatif, sauf si les allégations sont appuyées d'un affidavit. La partie adverse pourra vérifier avant procès dans quelle mesure les faits allégués dans un acte de procédure sont conformes à la réalité.

La partie qui découvre la fausseté ou l'absence d'un élément important de preuve, après la clôture de l'enquête ou après jugement, pourra demander la réouverture d'enquête ou la rétractation du jugement.

Le témoin s'engage par serment à dire la vérité. La contraignabilité comporte cependant certaines limites. Le refus de témoigner constitue un outrage au tribunal. Le témoin qui rend un faux témoignage avec l'intention de tromper, commet un parjure.

La justice requiert droit, vérité et liberté.

are to be in accordance with the evidence and to be retained by the court. This duty is not however absolute, except if the allegations are supported by an affidavit. The other party may verify before trial to what extent the alleged facts are real.

The party who discovers the falsity or the absence of an important element of proof, after the inquiry or after judgment, may move for a reopening of the hearing or for the revocation of the judgment.

The witness is obliged under oath to tell the truth. The duty to testify has however certain limits. The refusal to testify constitutes a contempt of court. The witness who willingly renders a false testimony commits perjury.

Law, truth and liberty constitute the essence of justice.

SOMMAIRE

Introduction	32
I. La vérité et le juge	32
A. L'observateur	33
1) Preuve des parties	33
2) Intervention du tribunal et pertinence	33
B. Le décideur	36

1) Avant procès	37
2) À l'instruction	38
3) Le jugement	40
4) La Cour d'appel	42
C. L'enquêteur	44
1) L'interrogateur	44
2) Le plaideur	46
3) Le visiteur et l'initiateur d'expertise	47
D. Le remédiateur	48
1) Lacune dans la preuve	48
2) La Cour d'appel	50
E. Le protecteur	53
II. La vérité par les parties	56
A. Acte de procédure	56
1) Allégations	56
2) Affidavit	57
3) Pièces	58
B. Vérifications préalables au procès	59
1) Moyens procéduraux	59
2) Interrogatoire préalable	60
C. Au procès	64
D. La découverte tardive	65
1) Réouverture d'enquête	65
2) Rétractation de jugement	66
a) Fausseté d'un fait	68
b) Preuve nouvelle	69
III. La vérité du témoin	71
A. Contraignabilité	72
1) Incapacité	72
2) Limites	73
3) Refus de répondre	75
B. Assermentation	76
C. Parjure	78
D. Protection de la loi	79
Conclusion	80

INTRODUCTION

La vérité constitue l'emprise de la personne sur la réalité. La justice exige notamment la vérité en matière de preuve. Là où il n'y a pas de vérité, il n'y a pas de justice. Un procès doit être l'écho d'une réalité, et non une fiction théâtrale.

Nous sommes tous à la recherche de LA vérité... et pourtant chacun peut avoir sa vérité. Plusieurs conceptions d'une même réalité peuvent se heurter dans un dossier litigieux — prétentions des parties, vérité du témoin, perception de l'avocat, avis du juge.

La vérité objective absolue se rencontre rarement au prétoire. Trois aspects de la réalité s'y manifestent généralement : les réalités divergentes des parties dans leurs prétentions de faits ou de droit — la vérité est parfois affaire d'intérêt — et l'expression finale et officielle de la vérité par le juge — la chose jugée consacre la vérité judiciaire.

Il s'agit le plus souvent de l'approximation d'une vérité, une vérité relative. Parfois, juge et avocats ne sauront jamais ce qui s'est vraiment passé à l'origine du litige. Dans cette reconstitution au procès d'événements passés, la relation et l'appréciation des faits risquent de s'éloigner de la réalité objective. La salle d'audience peut se transformer en caverne de Platon !

Examinons le devoir de vérité des personnes du monde de la justice côtoyées par l'avocat, soit le juge, les parties et les témoins. Commençons par la personne qui préside le débat judiciaire.

I. LA VÉRITÉ ET LE JUGE

Le droit du juge à l'information factuelle s'exerce en principe par l'entremise de parties représentées par procureurs. L'accès du tribunal à cette information dépend avant tout de la volonté, de la compétence et de l'intérêt des parties et de leurs procureurs. Dans notre système accusatoire, les avocats à l'instruction sont maîtres des débats auxquels préside le juge. Une conception traditionnelle a assigné à ce dernier un rôle d'auditeur passif qui recueille et analyse l'information factuelle et juridique fournie par les parties en vue de rendre jugement. Le juge entend la preuve orale des parties, en examine la preuve écrite ou matérielle, pour ensuite en apprécier la valeur probante, intervient pour disposer d'objections soulevées par une partie quant à l'admissibilité d'une preuve ou, encore, de sa propre initiative, pour en prohiber l'administration, et peut aussi participer à la recherche de la vérité et orienter l'instruction.

Le juge à l'instruction joue un rôle d'observateur, d'arbitre, d'enquêteur et de protecteur. Les dimensions de cette fonction s'avèrent essentielles à l'établissement de la vérité.

A. L'OBSERVATEUR

1. Preuve des parties

Les parties exposent leurs prétentions de faits par le biais de témoins et de pièces alors que le juge écoute les dépositions et examine la preuve documentaire et matérielle. Il est saisi de la preuve introduite au dossier à l'initiative des parties, qu'il observe et qu'il est chargé d'apprécier en vue de trancher le litige. En l'absence d'objection d'une partie, il n'intervient pas pour rejeter une preuve autrement inadmissible¹. Par exemple, il doit considérer la preuve testimoniale d'un mandat civil qui aurait en principe requis un écrit selon l'article 1233 *C.c.B.-C.*² et la preuve du demandeur qui, par son propre témoignage, en l'absence de commencement de preuve par écrit et d'objection de la défenderesse, établit un prêt en matière civile³.

Nous sommes encore dans un système de procédure qui, sauf exception, laisse à la partie et à ses avocats la conduite de sa preuve. Il leur appartient de déterminer comment ils la feront, par quel témoin et à l'aide de quels documents⁴.

Toutefois, en matière de requête pour injonction interlocutoire, selon l'article 754.3 *C.p.c.*, « le tribunal peut, lors de l'audition, prescrire toutes mesures susceptibles d'en accélérer le déroulement et de limiter la preuve si elles ne portent pas préjudice à une partie ».

Délaissant ce rôle passif d'auditeur, le juge peut s'immiscer de sa propre initiative dans la preuve pour la contrôler. Il intervient pour empêcher l'administration d'une preuve non pertinente ou prohibée par l'ordre public. En ce sens, mais à cause d'un intérêt supérieur à celui des parties, le juge peut sembler restreindre l'exposé de la vérité entrepris par les parties.

2. Intervention du tribunal et pertinence

Le tribunal intervient, de son propre chef, en matière d'ordre public et en matière de pertinence.

Protecteur de l'ordre public, comme nous le verrons plus loin, le juge veille à ce que les parties en respectent les règles. Dans ce cas, l'intérêt privé d'une partie cède à un intérêt supérieur sanctionné par le

1. *Schwensenki c. Vineberg*, (1890-91) 19 R.C.S. 243.

2. *Pesant c. Robin*, (1918-19) 58 R.C.S. 96.

3. *Tremblay c. Poirier*, [1975] R.L. 148 (C.P.).

4. *Domaine de la Rivière Inc. c. Aluminium du Canada liée*, [1985] R.D.J. 30 (C.A.), notes du juge Lebel à la page 35.

pouvoir judiciaire. Au criminel, il veillera à ce que l'accusé ait un procès juste et équitable.

Traisons du rôle de la cour au niveau de la pertinence d'une preuve.

Le tribunal a droit d'interdire toute preuve qu'il considère non pertinente au litige. L'intervention du juge est nécessaire « sur le plan de la pertinence pour gérer de façon utile le temps de la cour et éviter que le débat ne dévie sur des problèmes qui ne permettront pas de faire progresser le dossier ou d'établir de quelque façon les éléments constitutifs de la demande ou de la défense^{4a} ».

Ce qui n'est pas pertinent n'est pas probant; ce qui n'est aucunement probant est inutile à la solution du litige; ce qui n'a aucune valeur probante est donc irrecevable en preuve⁵.

Le principe de droit qui s'applique encore au Canada a été ainsi formulé par Thayer (*A Preliminary treatise on evidence at the common law*, page 530) :

- « (1) que rien ne doit être admis qui ne constitue pas une preuve logique d'un fait qui doit être prouvé;
- (2) que tout ce qui constitue une telle preuve doit être admis, à moins qu'un motif de principe ou de droit n'entraîne manifestement son exclusion⁶.

Le juge au procès peut et doit refuser une preuve qu'il considère non pertinente, même en l'absence d'objection⁷.

La preuve de faits non pertinents peut ne pas être permise à l'instruction, même en l'absence ou en cas de rejet d'une requête préliminaire en radiation d'allégation de ces faits⁸. La pertinence des faits invoqués en regard de l'objet du litige est une question de droit⁹.

Seuls peuvent être prouvés les faits reliés au litige, c'est-à-dire au droit dont l'existence ou l'extinction est invoquée, ou tendant à affecter la valeur probante d'un moyen de preuve, telle la crédibilité d'un témoin. La pertinence découle des allégations écrites (articles 76 et 77 *C.p.c.*); l'article 306 *C.p.c.* énonce que les questions à l'interrogatoire principal doivent porter sur les faits de la contestation seulement et l'article 314 *C.p.c.* prévoit que le contre-interrogatoire peut porter sur tous les faits du litige. L'article 315 *C.p.c.* stipule que le réinterrogatoire peut porter sur des faits nouveaux révélés par le contre-interrogatoire. L'article 311 *C.p.c.* déclare qu'un document qui se rapporte au litige doit

4a. *Ibid.*

5. *Morris c. La Reine*, [1983] 2 R.C.S. 190.

6. *Id.*, notes du juge Lamer à la page 201.

7. *Léon, Low and Burns c. Dominion Square Corporation*, [1956] B.R. 623.

8. *Brassard c. Duperré*, [1947] C.S. 339; *Létourneau c. Lessard*, [1959] B.R. 715; *Nadeau c. Lalancette*, J.E. 78-593 (C.A.).

9. *Singer c. Singer*, [1967] B.R. 839.

être produit sur demande par le témoin. Le tribunal peut donc s'opposer à une tentative de preuve qui ne se rapporte pas à un fait en litige ou à la force probante d'un moyen de preuve. Le « juge du procès doit écarter toute preuve qui n'a aucune valeur probante ou dont la valeur probante a moins de poids que le préjudice qu'elle peut causer à l'accusé ¹⁰ ». Il est maître de l'appréciation de la pertinence. Une preuve non pertinente peut aussi être écartée par la Cour d'appel ¹¹.

Le rejet spontané par le juge d'une preuve considérée non pertinente est parfois de nature à frustrer l'auteur de la tentative ; ce qui peut paraître pertinent à l'un ne l'est pas pour l'autre.

Pour déterminer si un élément de preuve est pertinent au litige, il faut « s'interroger au préalable sur la nature du droit réclamé. Ensuite, on essaie de déterminer si la preuve offerte établit, ou du moins, tend à démontrer les faits générateurs ou constitutifs du droit réclamé ¹² ». Un fait est pertinent s'il doit influencer la décision ¹³. « La pertinence d'un fait que l'on veut mettre en preuve doit évidemment s'apprécier en regard de la nature du litige et des diverses questions qui y sont en jeu ¹⁴. » Cette règle de la pertinence s'applique à tous les moyens de preuve ¹⁵.

La juste appréciation du degré de pertinence est généralement fonction du temps déjà consacré au développement graduel de la preuve. Il s'avère difficile d'apprécier la valeur probante d'un fait sans l'éclairage de l'ensemble de la preuve ; il est davantage difficile de se prononcer sur l'absence de pertinence au début plutôt qu'à la fin de l'instruction alors que la perspective résultant de tous les éléments de preuve donne une vision plus globale des faits utiles à la solution du litige.

À moins d'avoir l'intime conviction de l'absence totale de pertinence, le juge devrait s'abstenir d'intervenir de son propre chef, afin de ne pas empêcher une partie d'administrer une preuve qu'elle considère nécessaire. Le degré d'intervention est parfois inversement proportionnel à la compétence des avocats. Plus les avocats sont expérimentés et compétents, moins actif est le juge. Le plaideur chevronné sait où il va et connaît le chemin pour s'y rendre, sans nécessairement claironner à l'adversaire la direction empruntée. Ce qui peut paraître anodin et peu probant au début peut servir d'introduction à une preuve subséquente majeure ou peut devenir important lors de l'argumentation finale. Le tribunal devrait faire confiance à l'avocat qui semble avoir bien préparé sa cause, surtout en début d'instruction alors que sont posés les premiers

10. *Morris c. La Reine*, *supra*, note 5, notes du juge Lamer, à la page 201.

11. *Lanctot c. Radius Exploration Ltd.*, [1963] B.R. 63.

12. *Domaine de la Rivière Inc. c. Aluminium du Canada Ltée*, *supra*, note 4.

13. *Gagnon c. Ludger Harvey et Fils Ltée*, [1968] B.R. 939.

14. *Cloutier c. La Reine*, [1979] 2 R.C.S. 709, notes du juge Pratte à la page 733.

15. *Ibid.*

jalons de la preuve. Il faut donc apprécier assez largement la notion de pertinence à condition que l'on puisse constater un lien avec les allégations d'un acte de procédure ¹⁶.

Voici quelques observations jurisprudentielles sur le sujet :

- La faiblesse d'une preuve n'entraîne nécessairement pas son irrecevabilité ¹⁷;
- Même si la preuve de certains faits provoque une longue instruction, ce n'est pas une raison de l'empêcher en autant qu'elle se rapporte au litige ¹⁸;
- Un fait non invoqué par aucune des parties et dont les parties n'entendent pas en tirer de conséquences juridiques, est non pertinent à la contestation ¹⁹.

L'attitude du président du tribunal en matière de pertinence influence directement l'introduction au dossier de la « vérité » d'une partie. Le juge imbu de retenue et de patience s'abstient donc d'intervenir, quitte à n'octroyer à l'époque de son jugement peu ou pas de valeur probante à tel élément de fait, sous réserve évidemment de l'ordre public ou d'un préjudice plus grand susceptible d'être autrement causé à une partie.

Dans la plupart des cas cependant, le juge est appelé à intervenir à l'invitation d'une partie. Il doit alors décider d'une objection. Après la clôture de l'enquête, il remplira son rôle premier et le plus important, soit celui de décider du litige.

B. LE DÉCIDEUR

Le juge tranche les objections soulevées par les parties.

On s'objecte à l'admissibilité d'une preuve, on plaide sur sa valeur probante — bien que l'absence de valeur probante puisse parfois rendre une preuve ultérieure inadmissible; par exemple, la preuve testimoniale d'un acte juridique en matière civile est prohibée, en l'absence de commencement de preuve par écrit (art. 1233 *C.c.B.-C.*).

L'on conçoit aisément que le juge, par ses jugements interlocutoires à l'instruction, influence le déroulement de l'enquête et la constitution du dossier. La réalité qu'une partie veut lui soumettre dépend de règles et de techniques de preuve que le plaideur a intérêt à suivre, sous peine de ne

16. *Kruger Inc. c. Kruger*, [1987] R.D.J. 11 (C.A.).

17. *Gauthier c. Compagnie d'Imprimerie et de Publication de la Rive Sud Ltée*, [1985] R.D.J. 476 (C.A.).

18. *Martin Transports Ltd. c. Cardinal*, [1943] B.R. 344.

19. *Lanctot c. Radius Exploration Ltd.*, *supra*, note 11.

pouvoir introduire valablement au dossier des faits par ailleurs pertinents, à la suite de l'opposition justifiée d'une autre partie.

Il n'est pas en soi injuste qu'une partie ne puisse en principe prouver par son propre témoignage un contrat civil : elle aurait pu obtenir un écrit, à la lumière de l'article 1233 *C.c.B.-C.*, ou, encore, si la franchise règne, obtenir un commencement de preuve ou un aveu à cet effet de la partie adverse (articles 1233 *C.c.B.-C.*, 319 *C.p.c.*).

Examinons le rôle du juge en matière d'objections, susceptible d'influencer l'introduction de la vérité dans un dossier.

1. Avant procès

Avant le début de l'enquête, le juge joue un rôle limité, qui néanmoins peut orienter en partie la tournure du dossier et la stratégie des parties. L'on songe immédiatement à sa décision sur une requête pour précisions, le plus souvent rendue en revision de la décision du protonotaire adjoint, selon l'article 44.1 *C.p.c.* et sur une requête en radiation d'allégations, laquelle influencera directement la preuve au procès.

L'interrogatoire préalable, avant ou après défense (articles 397 et 398 *C.p.c.*) constitue la prochaine étape majeure, franchie beaucoup plus souvent que celle des moyens préliminaires. Le juge en chambre joue un rôle limité à l'occasion de l'interrogatoire préalable. Saisi d'une objection, il ne peut se prononcer que sur la pertinence de la question à une allégation d'un acte de procédure : « le rôle du juge du préalable se restreint à déterminer si la question posée se rapporte à un fait allégué²⁰ » — ce qui est une question de faits. La pertinence d'une allégation est une question de droit, dont décide le juge soit siégeant au mérite, soit siégeant en chambre de pratique sur une requête en radiation d'allégations.

La règle de la pertinence vaut aussi en matière de communication d'un écrit. Il doit se rapporter à la demande, c'est-à-dire à un fait allégué dans la déclaration (article 397 *C.p.c.*) ou au litige (article 398 *C.p.c.*)²¹. Le jugement interlocutoire rejetant l'objection à la communication de documents réclamés par *subpoena duces tecum* dans le cadre d'un interrogatoire préalable n'est pas susceptible d'appel immédiat puisque, à la lumière de l'article 29 *C.p.c.*, il n'ordonne que soit faite une chose à laquelle le jugement final ne pourra remédier²².

L'objection soulèvera donc la non-pertinence d'une question face aux allégations ou, encore, la non-contrainabilité du témoin à

20. *Singer c. Singer*, *supra*, note 9, notes du juge Rinfret à la page 844.

21. *Cie d'Assurances-Vie Crown c. Allaire*, [1986] R.D.J. 484 (C.A.).

22. *Banque Provinciale c. Produits Bellevue Inc.*, [1979] C.A. 538.

rapporter une communication privilégiée. En cas d'interrogatoire d'un tiers, le juge statuant sur les objections à la preuve doit d'abord décider si la question entre dans le cadre de cet interrogatoire tel que défini et limité par le jugement qui l'autorise, nonobstant la pertinence de la preuve recherchée²³.

Le jugement interlocutoire maintenant une objection peut faire l'objet d'un appel immédiat selon les articles 29 et 511 *C.p.c.*²⁴. Le juge du procès pourra décider de l'objection prise sous réserve lors de l'interrogatoire préalable, si la déposition est produite (articles 395 et 398.1 *C.p.c.*)²⁵. Les objections prises sous réserve ne peuvent être dans l'intervalle immédiatement soumises à la Cour d'appel²⁶. À moins qu'une objection ne soit clairement déferée au juge du procès lors de l'interrogatoire, une objection prise sous réserve peut être ensuite soumise au juge en chambre, puisque l'article 395 *C.p.c.* semble consacrer la règle générale de la décision rapide quant aux objections²⁷.

2. À l'instruction

Au procès, le juge peut, soit maintenir une objection, soit la rejeter, soit la prendre sous réserve. Il jouit d'une grande discrétion sans laquelle les procès seraient extrêmement difficiles, sinon impossibles²⁸.

Le jugement interlocutoire rejetant une objection à la preuve n'est pas sujet à appel immédiat, puisqu'il peut être révisé par jugement final (article 29 *C.p.c.*)²⁹.

Certaines objections à valeur stratégique permettent au plaideur de vérifier l'inclinaison du juge!

Le jugement maintenant l'objection peut faire l'objet d'un appel immédiat (articles 29 et 511 *C.p.c.*). L'objection sera bien fondée si la question est non pertinente, si elle cherche à introduire une preuve irrégulière ou illégale, ou si le témoin est non contraignable à y répondre.

L'objection prise sous réserve est parfois source de frustration pour son auteur. La stratégie du plaideur se heurte alors à la curiosité du juge en quête de vérité, surtout en matière de pertinence.

23. *Allstate Insurance Co. of Canada c. Sarrieu*, [1986] R.D.J. 457 (C.A.).

24. *Major c. Major*, H. REID et D. FERLAND, *C.p.c. annoté*, 1981, Vol. 3, page 476, [1975] C.A.; *Duquette c. Zellers Inc.*, [1985] R.D.J. 323 (C.A.).

25. *Kruger Inc. c. Kruger*, *supra*, note 16.

26. *Prudential Assurance Co. Ltd. c. Manchester Liners Ltd.*, [1983] R.D.J. 438 (C.A.).

27. *Janin Construction (1983) Ltée c. Therrien*, [1986] R.D.J. 506 (C.A.).

28. *Paramount Industries Inc. c. Affiliated-Business Factors Corporation*, [1969] B.R. 842.

29. *McCull Frontenac Oil Co. Ltd. c. McIntosh*, [1956] B.R. 195.

Lorsqu'une question porte sur un élément de preuve susceptible d'influer sur le jugement, le juge devrait la permettre sous réserve de disposer ultérieurement de l'objection quant à la pertinence ou la valeur probante, puisque le refus d'une question peut écarter du dossier un élément de preuve susceptible d'avoir une importance dans le jugement final³⁰.

Pour obvier au mauvais effet de la suspension de l'instruction par suite d'un appel sur le maintien d'objections à la preuve, le juge de première instance a à sa disposition un remède auquel il peut recourir selon les circonstances : celui de retarder son adjudication sur l'objection à la preuve jusqu'à son jugement final, tout au moins lorsque l'objection qu'on lui présente ne soulève qu'un simple manquement aux règles de procédures relatives aux modalités de la présentation de la preuve³¹.

Si le tribunal entretient un doute sur la pertinence, il devrait permettre la preuve sous réserve de l'objection car, autrement, une Cour d'appel pourrait juger que cette preuve était pertinente et la considérer³². Par exemple, il est préférable de prendre sous réserve la preuve d'une déclaration faite par une partie à un tiers, lorsqu'il est possible que cette déclaration, dont on ne connaît pas la teneur, constitue un aveu extrajudiciaire³³.

La décision interlocutoire permettant une preuve sous réserve de l'objection n'entre pas dans le cadre de l'article 29 *C.p.c.* et n'est donc pas susceptible d'appel immédiat, avant jugement final³⁴, sauf en matière de communication privilégiée.

C'est parfois à l'occasion de telles objections stratégiques que sont révélées par le témoin certaines vérités préjudiciables à la partie initiatrice de l'objection.

Au criminel, le juge ne peut réserver sa décision sur les objections soulevées; il peut suspendre brièvement l'audition, comme au civil d'ailleurs, pour délibérer avant de trancher. Il n'y a pas en principe d'appel immédiat, avant jugement final, des décisions interlocutoires.

Le juge à l'enquête, par ses jugements interlocutoires, peut donc orienter le déroulement de la preuve et influencer son propre accès à une information considérée nécessaire à l'élaboration d'un jugement éclairé.

30. *Bockler Investment Corp. c. Petit*, H. REID et D. FERLAND, *C.p.c. annoté*, 1981, Vol. 3, p. 104, [1975] C.A.

31. *Roger c. Gaz Métropolitain Inc.*, [1975] C.A. 212, notes du juge Brossard à la page 216.

32. *Tabco Timber Ltd. c. La Reine*, [1971] R.C.S. 361.

33. *Royal Victoria Hospital c. Morrow*, [1974] R.C.S. 501.

34. *Dionne et Fils c. Madawaska Co.*, [1943] B.R. 33.

3. Le jugement

La vérité judiciaire est matière de perception de preuve. Le juge exprime par jugement sa compréhension d'une réalité — souvent différente à divers degrés de celle présentée par la partie défaillante! Les prétentions de faits du vainqueur peuvent devenir vérité judiciaire, à moins que le tribunal ne formule une troisième vérité, issue d'une reconstitution de divers éléments de faits. Par ailleurs, le législateur, par le jeu des présomptions, crée certaines fictions qui risquent de devenir vraies, si la partie adverse ne peut les repousser.

Il n'est pas essentiel que le tribunal possède la certitude absolue que sa conclusion de faits représente la vraie réalité objective. Ce qui importe avant tout, c'est que sa conclusion s'appuie sur la preuve. Sa compréhension et son appréciation des faits dépendent des ressources et des efforts des parties. Le juge doit juger selon la preuve qui lui est soumise.

En matière criminelle, la Couronne doit toujours prouver la culpabilité de l'accusé au-delà d'un doute raisonnable. En matière civile, la prépondérance des probabilités est le facteur décisif.

[...]

Les tribunaux doivent souvent agir en pesant les probabilités. Pratiquement rien ne peut être mathématiquement prouvé³⁵.

Au civil, quoique le juge puisse entretenir un doute légitime quant à la réalité des faits, il doit néanmoins juger en fonction de la prépondérance de la preuve, dont le fardeau incombe aux parties. « C'est par la prépondérance de la preuve que les causes doivent être déterminées et c'est à la lumière de ce que révèlent les faits les plus probables que les responsabilités doivent être établies³⁶. » Le degré de certitude requis est la probabilité raisonnable. « Encore moins peut-on exiger une certitude mathématique, une démonstration qui exclut toute autre probabilité³⁷. »

L'appréciation de la crédibilité des témoins et l'établissement d'une présomption de faits font appel à la faculté de discernement du juge. En matière de présomptions, le tribunal doit tirer une ligne entre la conjecture et l'inférence, démarcation parfois difficile. Une conjecture peut être plausible, possible, spéculative; une inférence est une déduction probable et raisonnable de la preuve. Il s'agit d'évaluer le degré de liaison possible, probable ou certaine entre un fait connu et un fait inconnu. Le

35. *Rousseau c. Bennett et Nutbrown*, [1956] R.C.S. 89, notes du juge Taschereau à la page 93.

36. *Parent c. Lapointe*, [1952] 1 R.C.S. 376, notes du juge Taschereau à la page 380.

37. *Martel c. Hôtel Dieu St-Vallier*, [1969] R.C.S. 745, notes du juge Pigeon, à la page 749.

degré de conviction auquel doit en arriver le juge lui permet de conclure que tel événement passé s'est probablement ou certainement produit.

Les présomptions que l'on veut tirer de l'ensemble de la preuve doivent être suffisamment claires, précises et concordantes pour qu'il s'en dégage des probabilités suffisamment prépondérantes pour produire, chez le juge, une certitude raisonnable lui permettant de conclure dans un sens précis; si le juge ne peut conclure dans un sens précis avec certitude raisonnable, faute de pouvoir dégager de l'ensemble de la preuve des probabilités prépondérantes, c'est que les présomptions qu'on lui a demandées de tirer des faits établis par cet ensemble de la preuve ne sont pas suffisamment claires, précises et concordantes; dans ce dernier cas, celui qui avait le fardeau de la preuve ne s'en est pas acquitté³⁸.

L'appréciation de la crédibilité requiert du juge l'analyse de la preuve complète et l'observation du témoin. Quels sont les critères d'appréciation d'un témoin?

It is a matter in which so many human characteristics, both the strong and the weak, must be taken into consideration. The general integrity and intelligence of the witness, his powers to observe, his capacity to remember and his accuracy in statement are important. It is also important to determine whether he is honestly endeavouring to tell the truth, whether he is sincere and frank or whether he is biased, reticent and evasive. All these questions and others may be answered from the observation of the witness' general conduct and demeanour in determining the question of credibility³⁹.

Le juge, tout comme le plaideur, se pose toujours la même question : dans quelle mesure le témoin dit-il la vérité? Lorsque les témoins ont répondu spontanément, sans détour, de façon intelligente, sans cause de reproche contre eux, le tribunal doit tirer les conclusions qui s'imposent par l'analyse de la preuve testimoniale, écrite et matérielle⁴⁰. Par contre, un témoignage qui s'avère faux sur des faits essentiels doit être rejeté en son entier⁴¹.

Dans son jugement, le juge devrait indiquer en termes suffisamment explicites les raisons qui l'ont incité à accepter ou rejeter tel témoignage, pour l'intelligence des parties et aussi pour permettre à une Cour d'appel d'en apprécier la valeur au point de vue juridique⁴². En effet, pour avoir pleine valeur, une conclusion de faits tirée par le premier juge doit être suffisamment motivée. Pour que la Cour d'appel puisse considérer qu'il ne s'agit pas d'une preuve méconnue à tort, il faut qu'elle puisse lire dans le jugement pour quelle raison le juge de première

38. *La Compagnie d'Assurance Canadienne Mercantile c. Pigeon*, [1966] R.L. 527 (C.S.).

39. *White c. R.*, [1947] R.C.S. 268, notes du juge Estey à la page 272.

40. *Paré c. Goulet*, [1959] C.S. 348.

41. *Smith Transport Ltd. c. Lalonde*, [1946] R.L. 232 (C.S.).

42. *Dorval c. Bouvier*, [1968] R.C.S. 288.

instance n'en a pas tenu compte⁴³. Il est donc indispensable que le jugement soit assez explicite afin que la Cour d'appel puisse valablement considérer les conclusions du tribunal⁴⁴.

Au criminel, les jurés sont maîtres des faits et de la crédibilité des témoins. Il leur appartient exclusivement d'évaluer la preuve et de déterminer l'innocence ou la culpabilité de l'accusé.

4. La Cour d'appel

À certains égards, la vérité en matière de fait appartient exclusivement au tribunal de première instance. Il est bien connu qu'une Cour d'appel n'intervient pas, en principe, en matière d'appréciation de crédibilité de témoin; elle n'a pas à refaire le procès, ni à substituer son appréciation de la preuve à celle du juge de première instance, à moins d'une erreur manifeste dans le jugement frappé d'appel.

[...] la règle est certaine en ce qui a trait aux déterminations mettant à contribution la crédibilité des témoins : une Cour d'appel ne doit pas intervenir à moins d'être certaine que sa divergence d'opinion avec le premier juge résulte d'une erreur de celui-ci. Comme il a eu l'avantage de voir et entendre les témoins, cette certitude ne sera possible que si la Cour d'appel peut identifier la raison de cette divergence d'opinion afin de pouvoir s'assurer qu'elle tient d'une erreur et non pas de sa position privilégiée de juge des faits. Si la Cour d'appel ne peut ainsi identifier l'erreur déterminante, elle doit s'abstenir d'intervenir, à moins, bien sûr, que la détermination de faits ne puisse tenir de cet avantage parce que quoi qu'il ait pu voir ou entendre le juge, rien n'aurait pu justifier sa conclusion; elle identifiera cette dernière catégorie du fait que la conclusion du premier juge sera déraisonnable⁴⁵.

Lorsque le juge de première instance conclut que la preuve est contradictoire au point qu'elle ne permet de découvrir où se situe la vérité, il doit se prononcer sur la crédibilité de l'une ou l'autre des parties; s'il omet de ce faire, il commet une erreur de droit justifiant l'intervention de la Cour d'appel⁴⁶. L'absence de commentaires du juge de première instance sur certains éléments de preuve peut faire douter qu'il ait proprement apprécié toute la preuve soumise et peut justifier la Cour d'appel de procéder à la révision de la preuve⁴⁷. La mise de côté de

43. *Gaz Métropolitain Inc. c. Toupin*, [1974] R.C.S. 1071; *Heller-Natofin Ltd. c. Thomassin*, [1987] R.D.J. 137 (C.A.).

44. *Maryland Casualty Co. c. Roland Roy Fournures Inc.*, [1974] R.C.S. 52.

45. *Beaudoin-Daigneault c. Richard*, [1984] 1 R.C.S. 2, notes du juge Lamer à la page 9.

46. *Ouellette c. Maxwell*, [1984] R.D.J. 425 (C.A.).

47. *Industrial Teletype Electronics Corp. c. Ville de Montréal*, [1977] 1 R.C.S. 629.

la preuve en première instance exige donc des motifs suffisants⁴⁸. Dans cette éventualité, la Cour d'appel appréciera selon son examen de la preuve au dossier⁴⁹.

Cependant, en matière de présomption de faits, la Cour d'appel peut se substituer au tribunal de première instance. Une juridiction d'appel qui accepte toutes les conclusions de faits proprement dites du juge est « en aussi bonne position que lui pour qualifier ces faits⁵⁰ ». La conclusion à tirer des indices de faits non contestés est une question de droit, appréciable par la Cour d'appel⁵¹.

La Cour d'appel pourrait conclure que les indices pris de l'ensemble de la preuve ne peuvent donner ouverture à des présomptions suffisamment graves, précises et concordantes pour autoriser la conclusion auparavant adoptée. Il y a lieu en effet de distinguer les faits retenus par le juge de première instance, résultant de son appréciation de la preuve directe, notamment à la lumière de la crédibilité des témoins — au sujet de laquelle la Cour d'appel n'intervient pas en principe — et l'inférence ou conclusion tirée par le juge de cette preuve directe de faits, soit la preuve indirecte par présomption. La Cour d'appel pourra intervenir à ce second niveau dans l'interprétation des faits, desquels une déduction a été tirée, puisqu'elle est en aussi bonne position que le juge pour apprécier cette inférence découlant d'un processus d'un raisonnement logique⁵². « Le pouvoir d'une Cour d'appel d'intervenir dans un tel cas relatif aux conclusions tirées par le juge d'une longue preuve de faits et de l'analyse de diverses possibilités émises par les experts n'est plus sérieusement discutée⁵³. »

Ce qui pouvait sembler vrai en première instance ne le sera donc plus à un niveau supérieur. Seule la chose jugée confère aux faits ce caractère de vérité définitive.

Jusqu'à maintenant, le juge a rempli son rôle traditionnel de celui ou celle qui préside aux débats, qui apprécie et qui décide. Toutefois, le tribunal peut intervenir dans l'enquête et participer activement à la recherche de la vérité. Auditeur et arbitre, le juge a droit de devenir à l'occasion un enquêteur.

48. *La Corporation Municipale des Cantons Unis de Stoneham c. Ouellette*, [1979] 2 R.C.S. 172.

49. *Dumesnil c. Shaky*, [1976] 1 R.C.S. 152.

50. *Desgagné c. Fabrique de St-Philippe d'Arvida*, [1984] 1 R.C.S. 19, notes du juge Beetz à la page 31.

51. *Croteau c. London Life*, [1979] C.A. 516.

52. *St-Pierre c. Tanguay*, [1959] R.C.S. 21; *Lessard c. Paquin*, [1975] 1 R.C.S. 665.

53. *RCA Ltée c. Lumbermen's Mutual Insurance Co.*, [1984] R.D.J. 523 (C.A.), notes du juge Chouinard à la page 529.

C. L'ENQUÊTEUR

Nous avons vu que le juge reçoit la preuve et peut intervenir à l'invitation d'une partie. Certaines initiatives lui sont aussi permises dans la vérification des faits menant à l'établissement de la vérité. Il a droit d'interroger les témoins, de visiter un lieu, d'ordonner une expertise, de faire remédier à une déficience de la preuve et de réouvrir l'enquête.

1. L'interrogateur

Le juge peut, selon l'article 318 *C.p.c.*, « poser au témoin les questions qu'il croit utiles selon les règles de la preuve ».

Même si les avocats des parties sont, dans la limite de la loi, maîtres des débats auxquels préside le juge, notre loi permet aussi à celui-ci de jouer un rôle actif. À son devoir de neutralité correspond celui de rechercher la vérité et, en cela, il conserve le choix de poser aux témoins les questions qu'il croit utiles en autant qu'il respecte les règles de la preuve⁵⁴.

En effet, « ce qu'il faut avant tout, c'est l'examen incisif des témoins en pleine audience et l'intelligence de la contestation et des faits, par l'immixtion personnelle du juge, dans la cause⁵⁵ ».

Ce droit s'exerce également en matière pénale.

Par ses questions, le juge ne pourrait toutefois faire introduire au dossier une preuve testimoniale inadmissible selon l'article 1233 *C.c.B.-C.* L'article 318 *C.p.c.* n'autorise pas le juge à tenter d'obtenir une preuve irrecevable selon les règles substantives de preuve⁵⁶. Une objection valable formulée de façon déférente signalera cette incursion du tribunal en territoire défendu ! Par ailleurs, il n'appartient pas au juge de conduire lui-même l'interrogatoire des témoins⁵⁷.

Le juge posera en cours d'interrogatoire, tel celui d'un expert, certaines questions susceptibles d'apporter des précisions ou éclaircissements en vue de faciliter sa compréhension. Mieux encore, lorsque possible, il attendra la fin de l'interrogatoire (interrogatoire principal, contre-interrogatoire et réinterrogatoire) avant de questionner lui-même le témoin. Il arrive que les avocats, volontairement ou involontairement, omettent de poser certaines questions pertinentes, dont les réponses pourraient renseigner davantage le tribunal sur les faits soumis à son arbitrage. Il

54. *Montmigny c. Bergeron*, [1978] C.A. 371, note du juge Paré à la page 374; (l'article 23 de la *Charte des droits et libertés de la personne* (L.R.Q., c. C-12) consacre le devoir de neutralité du tribunal).

55. Quatrième rapport de la commission chargée de réviser et de modifier le *Code de procédure civile* du Bas-Canada, Québec 1896.

56. *Royal Victoria Hospital c. Morrow*, *supra*, note 33.

57. *Travelers Indemnity Company c. Foley Brothers (Canada) Limited*, [1968] B.R. 908.

appartient au juge d'interroger alors le témoin, de préférence de façon non suggestive, à la manière d'un interrogatoire principal, sans pour autant devenir un inquisiteur redouté.

Le plaideur éveillé apprécie un juge qui semble suivre avec intérêt le déroulement de la preuve et qui, à l'occasion, désire obtenir certaines précisions utiles à la meilleure intelligence des faits. D'une part, l'avocat ne souhaite pas avoir sur le banc un auditoire amorphe; d'autre part, il ne recherche pas un juge envahissant qui le supplante.

It is not only the right but the duty of a trial judge to put any relevant questions to any witness during the enquête the answers to which may assist in the decision of the case⁵⁸.

Le juge doit parfois tracer une ligne fine entre ce rôle d'auditeur et celui d'intervenant. Le degré d'intervention requise est généralement inversement proportionnel au degré de compétence des avocats.

En matière familiale, le juge jouit de pouvoirs d'enquête exceptionnels, puisque, selon l'article 815.1 *C.p.c.* « à tout moment de l'instruction, le tribunal peut ordonner, même d'office, la production de toute preuve additionnelle ou l'assignation de toute personne dont il estime le témoignage utile ou convoquer pour l'entendre toute personne dont les intérêts sont susceptibles d'être touchés par le jugement ». Selon la règle 23.2 *R.P.C.S. mat. fam.*, le juge peut ordonner une expertise psycho-sociale du consentement des parties.

En matière de recouvrement des petites créances, d'un montant n'excédant pas 1 000,00 \$, le juge procède lui-même à l'interrogatoire, apportant à chacun un secours équitable et impartial de façon à faire apparaître le droit et à en assurer la sanction (article 976 *C.p.c.*).

Ce pouvoir de vérification de la vérité, par le truchement des questions du tribunal, doit s'exercer avec discernement et modération, en fonction du cas d'espèce vécu.

Le rôle du juge du procès est parfois, en regard de la nature du litige et du comportement des plaideurs (les parties), des plus exigeants. Comme quiconque, le juge est, à l'occasion, susceptible de perdre patience. Il en résulte parfois qu'il délaisse le siège prétorien et troque sa toge contre celle de l'avocat⁵⁹.

Par ses questions, surtout en matière de procès devant jury, le juge ne devrait pas faire montre d'un préjugé défavorable, ni usurper les fonctions de l'avocat.

En cas de difficulté, l'avocat doit agir avec fermeté, dignité et respect pour la défense des droits de son client. Il incombe au juge de se

58. *Poulin c. Laliberté*, [1953] B.R. 9, jugement de la Cour supérieure cité avec approbation dans les notes du juge Rinfret à la page 9.

59. *Brouillard c. La Reine*, [1985] R.C.S. 39, notes du juge Lamer à la page 42.

maintenir au-dessus du débat, sans devenir une partie adverse supplémentaire, et d'user, non sans efforts parfois, de sérénité et sagesse. Le sens de l'humour et un bref ajournement salutaire peuvent prévenir la tempête!

2. Le plaideur

« Votre Seigneurie, si vous tenez à plaider ma cause, ne la perdez surtout pas! »
(Le plaideur inconnu)

Parfois, il faut dire les choses crûment. L'appelant, à mon avis, n'a pas eu un procès équitable. L'avocate de l'appelant nous a décrit l'ambiance qui existait durant l'instruction; l'avocat qui occupait alors pour l'intimé est maintenant décédé. Le dossier nous montre le nombre et le caractère des interventions du juge. Pour ma part, je ne puis surmonter un malaise troublant. Il arrive, malheureusement, qu'un souci originairement bien intentionné d'efficacité et de célérité dégénère en une forme de précipitation. La bonne administration de la justice n'y gagne rien et l'image de la justice y perd beaucoup. Certes, les tribunaux ne sont pas et ne doivent pas devenir des théâtres d'apparence. Mais ici comme ailleurs, c'est affaire d'équilibre; on songe aux fameux plateaux de la balance. En l'espèce, soit dit avec égards, l'équilibre a été rompu⁶⁰.

Il peut malheureusement arriver, quoique fort heureusement très rarement, que l'attitude négative du juge, son impatience ou son sens trop rigoureux des exigences d'une justice expéditive prive une partie de son droit de soumettre une preuve légale et pertinente et ce, en violation de la règle *audi alteram partem*. Le juge qui manifeste une activité débordante ainsi qu'une présence de plus en plus envahissante et rivalise à la limite avec les avocats dans la conduite de leur preuve risque de restreindre indûment la présentation de la vérité des parties. Dans ce cas, la Cour d'appel ordonnera un nouveau procès⁶¹.

Avocats, parties et témoins apprécient toujours chez le juge la sérénité, la patience et l'impartialité.

La partialité ne constitue pas un motif de récusation prévu à l'article 234 *C.p.c.* qui doit s'appliquer de façon restrictive⁶². Il serait

60. *Bélanger c. Cayer*, [1984] R.D.J. 372 (C.A.), notes du juge Monet aux pages 380-381.

61. *S. Masoud Realities Ltd. c. Acme Elevator Co. Ltd.*, [1966] B.R. 494; *Imperial Gardens Construction Inc. c. Franke*, [1968] B.R. 533; *Hubermont c. Dorr*, H. REID et D. FERLAND, *C.p.c. annoté*, Suppl. 1982, p. 334, [1980] C.A.

62. *Alvetta-Comeau c. Association des Professeurs de Lignery*, [1986] R.J.Q. 1773 (C.S.), (appel rejeté sur requête pour rejet d'appel); *Kruco Inc. c. Kruger Inc.*, [1987] R.J.Q. 1071 (C.S.), (confirmé par un jugement non rapporté de la Cour d'appel du 9 juillet 1987, sans que la cour ne se soit prononcée sur ce point).

trop facile à une partie, au moyen d'inculpations vagues ou discutables, d'écarter en plein milieu d'un procès un juge sévère ou défavorable aux prétentions de cette partie.

Lorsque des motifs de partialité autres que ceux de la nature des motifs de récusation de l'article 234 sont allégués contre un juge de la Cour supérieure, ils ne peuvent être soulevés que devant la Cour d'appel après jugement final⁶³.

Le droit à l'audition impartiale garanti par l'article 23 de la *Charte des droits et libertés de la personne* ne pourra donc s'exercer qu'au moment de l'appel, après jugement final, alors que la conduite du juge pourra être examinée dans son ensemble.

Le président du tribunal ne peut dicter aux parties la façon de présenter leur preuve, ni exclure une preuve pertinente⁶⁴.

En matière criminelle, le juge ne devrait jamais, par son comportement, montrer un préjugé défavorable à l'accusé. Il ne devrait pas donner aux membres du jury l'impression que son opinion est faite sur la crédibilité du témoin ou sur la culpabilité de l'accusé; autrement, il influencerait indûment le jury, seul chargé de ces questions.

3. Le visiteur et l'initiateur d'expertise

Droit peu souvent exercé, la visite des lieux permet au tribunal de voir une preuve matérielle qu'il est impossible d'exhiber dans une salle d'audience. Selon l'article 290 *C.p.c.*, « le juge peut au cours de l'enquête ordonner le transport du tribunal sur les lieux, pour procéder à toute constatation utile en vue de la solution du litige, et, à cette fin, rendre les ordonnances qu'il croit nécessaires ». Ainsi, dans une action en responsabilité médicale, la Cour a décrété la visite de l'hôpital pour mieux situer la chambre et la salle d'opération, et aussi mieux connaître la nature et l'accessibilité de l'équipement médical⁶⁵. Une des visites les plus intéressantes fut sans doute celle effectuée par le juge dans la maison hantée d'un parc d'amusement où la partie demanderesse avait chuté sur le tapis magique⁶⁶!

En droit criminel, le jury peut visiter tout lieu, chose ou personne, moyennant ordonnance du juge (article 579 *C.Cr.*).

Le tribunal peut, même de sa propre initiative, ordonner après contestation liée une expertise par personne qualifiée « pour l'examen, la

63. *Alvetta-Comeau c. Association des Professeurs de Lignery*, *supra*, note 62, page 1780.

64. *Paille c. Lorcon Inc.*, [1985] R.D.J. 421 (C.A.).

65. *Lafrenière c. Baie Comeau Company*, [1968] R.P. 49 (C.A.).

66. *Bourlos c. Belmont Park*, [1979] C.S. 1143.

constatation et l'appréciation de faits relatifs au litige » (article 414 *C.p.c.*). Le tribunal, dans ce cas, doit accueillir favorablement le rapport de l'expert, et ne le rejeter que pour des raisons graves⁶⁷.

D. LE REMÉDIATEUR

1. Lacune dans la preuve

Il se peut que la preuve paraisse déficiente sur un élément significatif, soit du fait de l'avocat, soit parce que le tribunal y accorde une grande importance. Dans certains cas, le tribunal, usant à la fois de retenue judiciaire et de l'interrogatoire selon l'article 318 *C.p.c.*, doit attendre le développement ou la fin de la preuve avant d'y constater, avec cette vue d'ensemble du dossier, une faiblesse importante. Par exemple — fait vécu — dans une réclamation en dommages-intérêts pour blessures corporelles, le procureur de la demande se contente de déposer le rapport d'expertise médicale selon l'article 294.1 *C.p.c.*, mais ne pose aucune question sur les souffrances, douleurs, perte de jouissance de la vie et inconvénients de la victime.

Lorsqu'une omission ou erreur importante répugne au sens de la justice élémentaire et est susceptible de causer un lourd préjudice à une partie, le tribunal devrait intervenir, par souci de justice fondamentale pour la partie qui a droit de présenter une preuve adéquate, et aussi afin de procéder à une vérification des faits essentiels pertinents. Dans l'exercice de ce droit, le juge doit délimiter son champ de compétence et celui des procureurs. D'une part, il ne lui appartient pas de conduire la preuve; d'autre part, il ne peut demeurer témoin passif d'une lacune grave susceptible de provoquer une injustice flagrante et de le priver de son droit de se prononcer en toute connaissance de cause. Une preuve tronquée ne peut donner qu'un jugement tronqué, en faible accord avec la réalité. Par ailleurs, le bon plaideur, imbu du sens d'une justice compétente et conscient d'une telle lacune, hésite parfois, non sans raison, à intervenir à la façon d'un *amicus curiae* pour signaler à l'adversaire une telle déficience évidente.

Le juge, avant jugement, jouit d'un pouvoir remédiateur conféré par les articles 292 et 463 *C.p.c.*

Selon l'article 292 *C.p.c.*, « en tout temps avant jugement, le juge qui préside le tribunal peut signaler aux parties quelque lacune dans la preuve ou dans la procédure, et leur permettre de la combler aux conditions qu'il détermine ». Selon l'article 463 *C.p.c.*, « le juge qui a pris une cause en délibéré peut, même de sa propre initiative, ordonner par

67. *West End Clinic Inc. c. Irish*, [1972] R.P. 405 (C.A.).

décision motivée, la réouverture des débats pour les fins et aux conditions qu'il détermine ».

C'est le rôle du juge qui préside l'instruction de s'assurer qu'il est bien au fait de tous les facteurs pertinents. La loi lui reconnaît une grande discrétion dans ce domaine : je crois suffisant de référer aux articles 288, 292, 318 et 463 *C.c.p.* ⁶⁸.

Le juge, qui ne peut assigner de témoins, a donc le droit, de sa propre initiative et sans requête, soit de suggérer fortement à une partie l'administration d'une preuve supplémentaire, soit, après clôture de l'enquête, d'ordonner la réouverture de l'enquête et de l'audition, afin d'éviter un déni de justice causé par le jeu de la procédure ou de la preuve.

Le pouvoir conféré par ces deux articles découle d'une philosophie interventionniste nécessaire à cet examen professionnel des faits et à un jugement éclairé auquel les parties ont invité le tribunal en y soumettant leur cause : « [...] l'intérêt de la justice réclame, de la part des juges, une intervention attentive et opportune afin de jeter le plus de lumière possible sur leurs délibérations ⁶⁹ ».

D'une part, « l'enquête dans une cause n'est pas un procédé en perpétuel devenir ⁷⁰ »; d'autre part, de façon générale, la réouverture d'enquête peut avoir lieu lorsqu'elle est « de nature à faire plus de lumière sur le litige, et ce, dans l'intérêt de la justice [...] une cause qui n'est entendue que partiellement, n'est pas une cause entendue ⁷¹ ».

It is my opinion that after enquête I can equally, in the exercise of the discretion of a trial judge, discharge the délibéré and reopen the enquête *proprio motu*, to ask any witness who was heard at the trial, or either of the parties, any relevant question which may assist in the decision of the case ⁷².

L'on ne pourrait mieux poser la question que ne l'a fait le juge Rinfret de la Cour d'appel dans *Poulin c. Laliberté* :

La question à se poser est bien la suivante : en quoi consiste la justice?

Un juge doit-il, sans mot dire, écouter les témoignages, entendre les arguments et se restreindre à décider uniquement sur la preuve et les arguments que veulent bien lui soumettre les avocats au dossier?

68. *Lacerte c. Hinse*, H. REID et D. FERLAND, *C.p.c. annoté*, 1981, vol. 3, p. 426, [1977] C.A. notes du juge Bélanger à la page 427.

69. *Poulin c. Laliberté*, *supra*, note 58, notes du juge Rinfret à la page 15.

70. *Beaver Foundation Ltd. c. R.N.R. Transport Liée*, [1984] C.A. 207, jugement de la Cour supérieure cité avec approbation dans les notes du juge Mayrand à la page 216.

71. *Gauthier c. Laroche*, [1966] R.P. 361 (C.S.) cité avec approbation dans *Beaver Foundation Ltd. c. R.N.R. Transport Liée*, *supra*, dans les notes du juge Mayrand à la page 212.

72. *Poulin c. Laliberté*, *supra*, note 58, jugement de la Cour supérieure cité avec approbation dans les notes du juge Rinfret à la page 9.

Un juge doit-il, s'il s'aperçoit que, par inadvertance, incapacité ou ignorance, un avocat oublie de faire une preuve ou de présenter un argument, rendre une décision qu'il sait inéquitable pour les parties?

Le client doit-il souffrir de la maladresse de son avocat?

[...]

Il est du devoir du juge de faire le plus de lumière possible sur la question, de rectifier la situation et de suppléer à la maladresse ou à l'ignorance de l'avocat, si besoin est. C'est ainsi que je comprends la justice⁷³.

La réouverture de la preuve est rarement ordonnée à l'initiative du juge, sans demande d'une partie. Il peut cependant arriver que le juge, dans son délibéré, considère un motif de droit déterminant non traité par les avocats dans leur plaidoirie. Dans ce cas, il devrait les convoquer afin de les entendre sur ce point, avant de rendre jugement. Par exemple, dans *Immeubles Fournier Inc. c. Constructions St-Hilaire Ltée*⁷⁴, une seconde audition du pourvoi fut ordonnée en Cour suprême, parce que l'on ne semblait pas avoir auparavant considéré la loi sur l'intérêt qui s'est avérée ici déterminante dans la solution finale du litige.

L'article 292 *C.p.c.* confère au juge un vaste pouvoir discrétionnaire « pour assurer que justice soit rendue. L'octroi à un juge d'un pouvoir discrétionnaire comporte le devoir de l'exercer et ce, judiciairement⁷⁵ ». Ainsi, la Cour d'appel, appliquant les articles 292 et 463 *C.p.c.*, a permis que soit complétée, en Cour supérieure, une preuve des besoins alimentaires et des moyens du débiteur, considérant qu'il s'était agi d'une lacune dans la preuve en première instance⁷⁶.

L'absence d'objection formelle à l'encontre d'une preuve secondaire ne signifie pas que la partie adverse a renoncé à la meilleure preuve; dans ce cas, le juge, selon l'article 292 *C.p.c.*, pourrait ordonner un supplément d'enquête afin qu'une partie présente la meilleure preuve qu'elle aurait pu auparavant apporter⁷⁷.

2. La Cour d'appel

La preuve se termine en première instance et le jugement constitue une chose jugée dont l'effet est suspendu par l'appel. La Cour d'appel considère les faits à partir du dossier tel que constitué en première instance. Une partie ne peut présenter en principe une preuve supplémentaire en appel. Toutefois, dans certains cas exceptionnels, la Cour d'appel peut intervenir afin que soit complétée la preuve.

73. *Poulin c. Laliberté*, *supra*, note 58, notes du juge Rinfret aux pages 9-10.

74. [1975] 2 R.C.S. 2.

75. *Girard c. Gariépy*, [1975] C.A. 706, notes du juge Bernier à la page 707.

76. *Droit de la famille* — 16, [1983] C.A. 10.

77. *Centre Commercial Lachute Inc. c. Assaly*, [1984] R.D.J. 177 (C.A.).

Il arrivera des cas où certaines circonstances survenues pendant l'instance en appel jetteront sur les faits mis en preuve un éclairage tellement différent de celui envisagé par le juge du procès qu'une nouvelle preuve pourra être permise⁷⁸.

Cette observation ne vise toutefois pas une lacune manifeste à la face même du dossier examiné par la Cour d'appel.

L'article 523 *C.p.c.* prévoit notamment que la Cour d'appel peut, si les fins de la justice le requièrent, permettre à une partie d'amender ses actes de procédure, ou encore, en des circonstances exceptionnelles, de présenter, selon le mode qu'elle indique, une preuve nouvelle indispensable.

La Cour d'appel a le droit, de son propre chef ou à la demande d'une partie, d'ordonner une preuve nouvelle indispensable, pouvant d'ailleurs, comme le dit le second alinéa de cet article, « rendre toutes ordonnances propres à sauvegarder le droit des parties ».

L'article 523 *C.p.c.* autorise la Cour d'appel à considérer une preuve non soumise au tribunal de première instance, aux conditions suivantes⁷⁹; il faut

- a) qu'il s'agisse d'une preuve nouvelle, ayant pour objet généralement des faits subséquents au jugement. Ceci diffère de la requête en rétractation de jugement qu'une partie présente au tribunal de première instance pour mettre en preuve des faits survenus avant le procès, mais découverts après jugement; la preuve disponible, mais non soumise en première instance, ne peut valoir comme preuve additionnelle en appel⁸⁰;
- b) que cette preuve soit indispensable à la solution du litige et qu'elle soit importante⁸¹; il s'agit d'une preuve de nature à provoquer un jugement différent;
- c) qu'il s'agisse de circonstances exceptionnelles, étant donné que la Cour d'appel ne doit pas refaire le dossier. Ceci implique que la situation en litige continue d'évoluer en appel — ce qui est plutôt rare;
- d) que les fins de la justice requièrent l'introduction de cette preuve, ce qui est laissé à la discrétion de la Cour.

Seules, en effet, des circonstances exceptionnelles peuvent justifier la Cour d'accueillir, pour les fins de la justice, une telle demande. La preuve nouvelle doit être importante au point d'influer vraisemblablement sur le jugement

78. *Dimanche Matin Ltée c. Fabien*, [1983] C.A. 553, notes du juge Bisson à la page 556.

79. *Ibid.*; *The Travelers Indemnity Co. c. Foley Brothers (Canada) Ltd.*, *supra*, note 57.

80. *Transport G.H.L. Ltée c. Nutrinor*, [1987] R.D.J. 319 (C.A.).

81. *Morrow c. Hôpital Royal Victoria*, [1985] R.D.J. 109 (C.A.).

rendu, de ne pas avoir été connue en temps opportun malgré une diligence appropriée à moins qu'elle ne soit nouvelle ou encore que sa connaissance soit subséquente au jugement. Encore faut-il qu'elle soit présentée dans un délai raisonnable eu égard aux circonstances de l'espèce⁸².

L'article 523 *C.p.c.* n'a pas pour but de remédier aux oublis de première instance⁸³.

La Cour d'appel n'a exercé que très rarement ce pouvoir discrétionnaire⁸⁴. Ainsi, elle a autorisé la présentation d'une preuve nouvelle par suite du décès de l'intimé en appel, puisque cet événement, constituant une circonstance exceptionnelle, influence la valeur des dommages fixés à partir de conjectures relatives à la durée de vie de l'intimé et à ses gains futurs⁸⁵. Bien que la Cour hésite à considérer les faits antérieurs au jugement de première instance et alors non disponibles, elle peut exercer judicieusement sa discrétion et autoriser la preuve de faits qui aurait pu entraîner la rétractation de jugement. Dans *Morrow c. Hôpital Royal Victoria*⁸⁶, la Cour d'appel a permis la preuve de faits importants et pertinents survenus plusieurs années avant l'instruction, mais découverts après le pourvoi en appel.

Cette politique judiciaire repose sur une prudente retenue marquée du sceau de la non-intervention presque systématique. Il serait illusoire et inapproprié de compter sur la Cour d'appel pour remédier aux carences de la preuve. L'indépendance de l'avocat face au tribunal comporte de sa part la responsabilité unique de la préparation et de la présentation de la preuve. Chaque cas en étant un d'espèce, la Cour d'appel a la lourde tâche d'exercer de façon judicieuse sa discrétion, soit de son propre chef, soit à la demande d'une partie.

Une application plus fréquente de l'article 292 *C.p.c.* en première instance dans le redressement de la preuve serait susceptible de réduire les tentatives de preuve nouvelle en Cour d'appel.

L'article 523 *C.p.c.* prolonge en appel, par un corridor beaucoup plus étroit, la philosophie sous-jacente des articles 292 et 463 *C.p.c.* Le juge Turgeon a noté, non sans regret, cette approche conservatrice dans la recherche des faits en appel :

Je dois avouer que depuis que je suis à la Cour d'appel, nous avons fait preuve de beaucoup de timidité dans l'interprétation et l'application de cet article 523 *C.p.c.* Nous n'avons pas assez tenu compte de l'esprit du nouveau Code exprimé à son article 2. C'est sans doute dû au fait que nous sommes restés imprégnés de l'esprit de l'ancien Code. Souvent, par nos décisions,

82. *Janin Construction (1983) Ltée c. Therrien*, *supra*, note 27.

83. *Ibid.*

84. *P.G. du Québec c. Dugal*, J.E. 82-1169 (C.A.); *Morrow c. Hôpital Royal Victoria*, *supra*, note 81; *Houde c. Côté*, [1987] R.J.Q. 723 (C.A.).

85. *Houde c. Côté*, *supra*, note 84.

86. *Morrow c. Hôpital Royal Victoria*, *supra*, note 81.

nous avons appliqué l'adage que la forme emporte le fond. Cela est contraire à la volonté du législateur en vertu du nouveau Code qui a rejeté le formalisme injuste de nature à priver un justiciable d'un droit important. Lorsqu'un justiciable est ainsi privé d'un droit important, cela devient une question de droit et non de forme⁸⁷.

La Cour suprême du Canada note avec sévérité que si la Cour d'appel trouve insuffisante une preuve importante, « seule une conception archaïque de l'administration de la justice pouvait justifier dans de telles circonstances » le refus d'appliquer l'article 523 *C.p.c.* ; « dans une conception moderne de l'administration de la justice, il est inadmissible que l'on ne se considère pas obligé d'user de ces pouvoirs-là dans des circonstances semblables⁸⁸ ». Dans cet esprit, il faut que « la procédure reste la servante de la justice et n'en devienne jamais la maîtresse⁸⁹ ».

On constate que, malgré le désir de tous de chercher et de dire la vérité en appel, l'on ne peut y procéder comme en Cour supérieure. Dans ce contexte et à certains égards, le rôle du plaideur importe davantage en première instance qu'en appel, puisque la preuve faite demeure immuable, avec ses imperfections ou lacunes.

E. LE PROTECTEUR

Toute vérité n'est pas bonne à dire!

Pour des motifs d'ordre public, le droit de savoir cède le pas au droit au secret ou à l'inviolabilité absolue d'une règle de preuve. Dans les cas autorisés, le tribunal interviendra d'office, même en l'absence d'objection, pour empêcher la divulgation de faits confidentiels ou susceptibles d'être illégalement introduits en preuve. Nous avons traité auparavant du pouvoir du tribunal à susciter l'éclosion de la vérité. À l'inverse, dans le présent contexte, le tribunal peut et doit empêcher la preuve de certains faits. Ainsi, le juge interviendra de son propre chef pour empêcher la divulgation de faits faisant l'objet du secret professionnel, selon l'article 9 de la *Charte des droits et libertés de la personne*⁹⁰. Le juge pourrait soulever d'office une mise en garde quant à la divulgation de confidences entre conjoints, protégées par l'article 307 *C.p.c.* qui est d'ordre public⁹¹. Le juge veillera à ce que soient respectés le paragraphe 10(5) de la *Loi de 1985 sur le divorce* et l'article 815.3 *C.p.c.*, à l'effet que rien de ce qui a été

87. *Saratoga Construction Ltée c. Horne*, [1984] R.D.J. 352 (C.A.) page 357.

88. *Montana c. Les Développements du Saguenay Ltée*, [1977] 1 R.C.S. 32, notes du juge Pigeon à la page 38.

89. *Hamel c. Brunelle*, [1977] 1 R.C.S. 147, notes du juge Pigeon à la page 156.

90. L.R.Q., c. C-12; « Le tribunal doit, d'office, assurer le respect du secret professionnel » (art. 9).

91. *Thibodeau c. Gervais*, [1959] C.S. 618.

dit, reconnu ou communiqué au cours d'une tentative de réconciliation des époux n'est admissible en preuve, et aussi les dispositions du paragraphe 10(4) de la *Loi de 1985 sur le divorce* qui prévoit que le spécialiste en consultation ou orientations matrimoniales ou tout autre personne qualifiée désignée par le tribunal pour aider les époux à se réconcilier ne sont pas aptes, ni contraignables à déposer en justice sur les faits reconnus devant eux ou les communications qui leur ont été faites à ce titre.

Pour des motifs ayant trait à l'efficacité du droit criminel, un agent de la paix n'est pas contraignable à révéler l'identité d'un indicateur de police, de même qu'un témoin à dire s'il est lui-même un indicateur de police. À cause de ce principe d'ordre public, d'origine de common law, le juge écarte la question dès qu'elle est posée⁹².

Dans tous ces cas, le tribunal doit sanctionner la non-contraignabilité du témoin et imposer le droit au silence.

Cependant, l'article 9 de la *Charte des droits et libertés de la personne* ne signifie pas que le tribunal doit d'office soulever l'objection au témoignage du médecin, puisque l'article 42 de la *Loi médicale*⁹³ n'impose pas au médecin le secret professionnel : il n'a pour effet que de lui éviter d'être forcé à témoigner sur ce qui lui a été communiqué confidentiellement, de sorte qu'il appartient au médecin de décider dans l'intérêt de son patient s'il doit ou non révéler en justice ce qui autrement pourrait faire l'objet du secret professionnel⁹⁴.

Ainsi, le juge, pour assurer le respect du secret professionnel, doit, à mon avis, expliquer au témoin les dispositions de la loi et lui indiquer l'article 9 de la *Charte* et l'article 42 de la *Loi médicale*.

[...]

Le juge, en vertu du dernier alinéa de l'article 9 ci-dessus, a le pouvoir discrétionnaire de protéger le médecin ou de l'obliger à rendre témoignage, selon qu'il le juge à propos pour la bonne administration de la justice⁹⁵.

Par ailleurs, à l'invitation d'une partie qui objecte, le tribunal, comme en matière de secret professionnel, assurera le respect de la communication privilégiée en dispensant le témoin de répondre ou de communiquer un document confidentiel.

En matière de secret d'État, la règle de l'immunité relative posée par l'article 308 *C.p.c.* « reconnaît au judiciaire le pouvoir d'apprécier les motifs invoqués par l'exécutif et, s'il y a lieu, de rejeter l'objection formulée⁹⁶ ».

92. *Bisaillon c. Keable*, [1983] 2 R.C.S. 60.

93. L.R.Q., c. M-9 : « Un médecin ne peut être contraint de déclarer ce qui lui a été révélé à raison de son caractère professionnel. »

94. *Cordeau c. Cordeau*, [1984] R.D.J. 201 (C.A.).

95. *Id.* notes du juge Turgeon, page 204.

96. *C.A.E. Electronics Ltd. c. L'Association des Ingénieurs et Scientifiques de la C.A.E.*, [1980] C.S. 1116.

L'article 308 *C.p.c.* énonce que le fonctionnaire de l'État ne peut être contraint de divulguer ce qui lui a été révélé dans l'exercice de ses fonctions, si le juge est d'avis que la divulgation serait contraire à l'ordre public, à la lumière des raisons exposées dans la déclaration assermentée du ministre ou du sous-ministre de qui relève ce fonctionnaire. Cet article reconnaît la primauté du pouvoir judiciaire sur le pouvoir exécutif quant à la priorité à conférer soit au privilège de la Couronne, soit à l'administration de la justice, advenant conflit entre les deux, et entérine la procédure du common law de la déclaration ministérielle assermentée pour invoquer le privilège de la Couronne⁹⁷.

Le droit du ministre de formuler une telle objection tire son origine de la common law qui gouverne l'applicabilité de l'article 308 *C.p.c.* Les principes suivants en régissent l'application :

- a) le tribunal peut faire un examen préalable et *ex-parte* des documents et de la preuve éventuelle d'un justiciable pour décider de l'importance ou de la priorité à accorder à l'intérêt public par rapport à l'intérêt du justiciable;
- b) l'autorité constituée a l'obligation de voir à ce que ne soient pas révélés des faits qui à son avis porteraient atteinte à la sécurité et au bien-être public dont elle est responsable;
- c) les tribunaux, chargés de voir à ce que le justiciable bénéficie d'une audition complète et équitable, ont le pouvoir de jauger l'importance de l'intérêt public en comparaison de celui d'une partie au litige;
- d) le tribunal donnera préséance à l'intérêt du public en général, s'il constate que la balance entre l'intérêt public et l'intérêt personnel du justiciable favorise nettement, de façon prédominante, la protection de l'intérêt public;
- e) l'opinion de l'autorité que l'intérêt public sera mis en péril par la divulgation d'une preuve par ailleurs pertinente au litige est réservée à l'appréciation du tribunal qui peut juger qu'elle n'est pas fondée ou justifiée, de même que la Cour possède une discrétion pour estimer la valeur probante des faits affirmés dans l'affidavit⁹⁸.

Dans tous ces cas, le tribunal veille à ce que reste secret ce qui doit l'être. Dans d'autres cas, le tribunal, à cause d'une prohibition d'ordre public, veillera à ce qu'une preuve n'en contredise pas une autre et surveillera la légalité de certaines preuves. Ainsi, il interviendra en matière d'acte authentique pour prévenir la contradiction par une partie

97. *Bisailon c. Keable, supra*, note 92.

98. *Fabien c. Dimanche Matin Ltée*, [1979] C.S. 876.

d'un fait que l'officier public, tel le notaire, y déclare avoir constaté lui-même, l'inscription de faux étant alors exigée⁹⁹. Il en sera de même dans le domaine de l'état civil d'une personne, telle la filiation¹⁰⁰. En matière d'état, le juge ne peut accepter une prétention contraire à une mention dans un acte valable de l'état civil.

Au criminel, avant de recevoir en preuve la déclaration faite par un accusé à une personne en autorité, le juge doit être convaincu qu'il n'a pas fait une déclaration qui soit ou puisse être fausse, car autrement cette déclaration ne serait plus digne de foi. À cet effet, la poursuite doit prouver hors de tout doute raisonnable qu'il s'agit d'une déclaration volontaire obtenue sans crainte d'un préjudice ou dans l'espoir d'un avantage dispensé ou promis par une personne en autorité¹⁰¹. Le tribunal a intérêt à vérifier la véracité de la déclaration.

Le juge doit s'assurer que l'accusé a l'opportunité de présenter une défense pleine et entière.

De ce qui précède, l'on constate que le juge constitue le dernier rempart de vérité de notre société. Ce qu'il dit doit être vrai. Ses décisions doivent refléter la réalité factuelle et juridique. Le respect et la confiance envers les tribunaux sont à la mesure du devoir de vérité exercé par chaque juge.

II. LA VÉRITÉ PAR LES PARTIES

Quel est le devoir de vérité d'une partie? Il y a lieu de distinguer selon que la partie témoigne ou non. La partie qui témoigne est assujettie comme tout témoin à l'obligation de dire la vérité. Ce qui nous intéresse ici, c'est le rôle de la partie avant procès, lorsqu'elle allègue des faits, ou lorsque, après enquête, elle réalise que certains faits n'ont pas été mis en preuve.

A. ACTE DE PROCÉDURE

1. Allégations

La partie allègue dans un acte de procédure des prétentions de faits et de droit. Il faut distinguer selon que les allégations de faits sont appuyées ou non d'un affidavit.

Au civil, le dossier franchit deux étapes majeures, constituées des procédures et vérifications avant procès et de l'instruction devant le

99. *Rodrigue c. Francoeur*, [1963] C.S. 702.

100. *Buteau c. Béland*, [1958] B.R. 324.

101. *Rothman c. La Reine*, [1981] 1 R.C.S. 640.

tribunal. Les parties doivent exposer dans leurs actes de procédure les faits qu'elles entendent invoquer et les conclusions recherchées. Cet exposé doit être sincère, précis et succinct (article 76 *C.p.c.*); doit être expressément énoncé tout fait dont la preuve, autrement, serait de nature à prendre par surprise la partie adverse, ou qui pourrait soulever un débat que n'autoriseraient pas les actes de procédures déjà au dossier (article 77 *C.p.c.*). Un fait important non allégué ne peut être prouvé ultérieurement au procès. La partie a donc intérêt à faire état de la vérité, sans recel ou déformation, si elle désire que ses prétentions de faits soient retenues par le tribunal et que la preuve soit faite conformément aux allégations.

À moins d'une disposition contraire, le silence d'une partie à l'égard d'un fait allégué par la partie adverse ne doit pas être interprété comme une reconnaissance de ce fait (article 86 *C.p.c.*). Les articles 89 et 403 *C.p.c.* constituent une disposition contraire, où du silence d'une partie découle un aveu judiciaire implicite.

Rappelons que celui qui réclame l'exécution d'une obligation doit la prouver et que celui qui en oppose la nullité ou l'extinction doit justifier les faits sur lesquels est fondée sa contestation (article 1203 *C.c.B.-C.*).

Sous réserve de leur intérêt à ce faire, en vue d'obtenir gain de cause par suite d'une preuve convaincante, les parties dans un acte de procédure, non assorti d'un affidavit, ne sont pas astreintes au même degré de vérité que lors de leur comparution comme témoins ou lorsque l'acte de procédure est accompagné d'une déclaration assermentée.

La seule obligation de vérité réside donc dans la sincérité des allégations prévue à l'article 76 *C.p.c.*, qui ne comporte aucune sanction légale. La minute de vérité viendra plus tard!

Notons que les allégations diffamatoires peuvent donner ouverture à un recours en libelle ¹⁰², ce qui invite le rédacteur à la prudence et à la sobriété.

2. Affidavit

Dans certains cas, les allégations écrites devront être appuyées d'un affidavit, tel à l'appui d'une requête (article 88 *C.p.c.*) ou de la contestation d'une créance apparemment due (article 176 *C.p.c.*). Le devoir de vérité devient dès lors impératif. L'affidavit est une déclaration écrite appuyée du serment du déclarant ou de son affirmation solennelle, reçue et attestée par toute personne autorisée à cette fin par la loi (alinéa 4h) *C.p.c.*). L'allégation sous serment revêt un caractère solennel.

102. *Pearl c. Byers*, [1986] R.J.Q. 1194 (C.S.).

Le déclarant peut être interrogé par une autre partie sur la vérité des faits attestés par sa déclaration assermentée, selon l'article 93 *C.p.c.* Cet interrogatoire a comme but la vérification du sérieux de l'affidavit. Moyen de contrôle pour éviter qu'une procédure frivole ne soit présentée, l'interrogatoire permet de déterminer si les allégations de l'acte de procédure qu'accompagne l'affidavit sont fantaisistes ou fausses. L'interrogatoire sur simple affidavit ne fait pas partie de la preuve, étant rattaché à l'affidavit lui-même¹⁰³.

Le tribunal peut, sur requête, rejeter immédiatement la procédure lorsqu'il appert de l'interrogatoire que les faits attestés ne sont pas vrais ou sérieux ou que la procédure est frivole ou manifestement mal fondée (article 75.1 *C.p.c.*). Le défaut de se soumettre à cet interrogatoire entraîne le rejet de l'affidavit et de l'acte au soutien duquel il avait été donné (articles 93 et 75.1 *C.p.c.*). L'interrogatoire sur affidavit permet de découvrir les causes de reproches de l'affiant¹⁰⁴ et de faire aussitôt échec à ses prétentions, sans attendre l'instruction devant le tribunal.

L'affidavit détaillé, prévu aux articles 754.1 (requête en injonction interlocutoire), 813.10 (demande de mesures provisoires) et 853.3 *C.p.c.* (recours extraordinaires) est plus qu'un simple affidavit, puisqu'il constitue une preuve testimoniale¹⁰⁵. L'affiant y rapporte des faits comme témoin, sans nécessité de comparaître ultérieurement devant le tribunal. Le déclarant qui a souscrit un simple affidavit sera tenu de témoigner plus tard à l'instruction et assumera dès lors à ce titre l'obligation de dire la vérité.

3. Pièces

Qu'en est-il de la vérité en matière d'écrit allégué et produit comme pièce? Une déclaration assermentée est requise à l'appui de la dénégation de la signature ou d'une partie importante d'un écrit sous seing privé invoqué dans un acte de procédure, par exemple en cas d'altération de l'écrit après sa confection (article 89 *C.p.c.*). Ainsi désavoué, l'écrit cesse de faire preuve jusqu'à ce qu'il ait été dûment vérifié et prouvé par la partie qui l'invoque¹⁰⁶; la dénégation doit cependant être confirmée par témoignage donné lors d'un interrogatoire sous l'article 93 *C.p.c.* ou à l'occasion du procès¹⁰⁷. Le fardeau de preuve

103. *Syndicat National des Employés de l'Hôpital St-Charles-Borromée c. Lapointe*, [1980] C.A. 568.

104. *Association des Agents Distributeurs des Messageries Dynamiques Inc. c. Groupe Québecor Inc.*, [1983] C.A. 286.

105. *Cie d'Imprimerie et de Publication de la Rive Sud Ltée c. Ouellette*, J.E. 83-104 (C.P.).

106. *Vipond c. Finestone*, (1932) 53 B.R. 59.

107. *Jaksi c. Banque Nationale du Canada*, [1987] R.D.J. 355 (C.A.).

de la contrefaçon de l'écrit n'incombe donc pas à la partie à qui on oppose l'écrit. À défaut d'un tel affidavit, l'écrit est tenu pour reconnu de par l'aveu implicite de la partie adverse qui, au procès, ne pourra plus en principe l'attaquer¹⁰⁸.

La même philosophie régit tout document, plan ou photographie qu'une partie peut produire entre la contestation écrite et l'instruction, au moyen d'un avis mettant la partie adverse en demeure d'en reconnaître la véracité et l'exactitude, selon l'article 403. *C.p.c.* La partie ainsi mise en demeure peut faire signifier à l'autre une déclaration sous serment niant que la pièce soit vraie ou exacte, ou précisant les raisons pour lesquelles elle ne peut l'admettre. Dans ce cas, la partie qui désire introduire le document au dossier devra en faire la preuve au procès par tout procédé régulier.

L'acte authentique est attaqué par inscription de faux, quant aux faits que le notaire ou officier public avait mission de rapporter, (articles 1211 *C.c.B.-C.*, 223 *C.p.c.*)¹⁰⁹.

Les tiers peuvent, par preuve testimoniale, contredire les termes d'un écrit : ils peuvent ainsi prouver la simulation d'un acte¹¹⁰.

Puisque nous traitons ici de la vérité en matière d'écrit, notons qu'en vertu du *Code criminel* est coupable d'un acte criminel et passible d'un emprisonnement de quatorze ans quiconque, avec l'intention de tromper, fabrique quoi que ce soit dans le dessein de faire servir cette chose comme preuve dans une procédure judiciaire (article 125 *C.cr.*). De même, est également coupable d'un acte criminel et passible d'un emprisonnement de cinq ans quiconque, avec l'intention de frauder, altère un écrit ou y fait une fausse inscription ou en omet un détail essentiel (paragraphe 355(1) *C.cr.*).

De façon générale, nous pouvons dire que le devoir de vérité d'une partie avant procès est relatif et moins lourd qu'à l'instruction, sauf lorsque cette partie est interrogée au préalable ou sur faits et articles, avant procès, ou lorsque les allégations de l'acte de procédure sont appuyées d'une déclaration assermentée.

B. VÉRIFICATIONS PRÉALABLES AU PROCÈS

1. Moyens procéduraux

Un fait allégué n'a aucune valeur tant qu'il n'est pas prouvé ! La vérification des faits allégués provient de la partie adverse. Avant

108. *Steckler c. Tremblay-Damphousse*, [1975] C.A. 488; *Fiducie du Québec c. Brodeur*, J.E. 85-565 (C.P.).

109. *Périard c. Paiement*, [1979] C.A. 213; *Abécassis c. Abécassis*, [1980] C.A. 178.

110. *Masseroli c. Galoppi*, [1979] C.A. 18.

procès, une partie peut vérifier la portée et le bien-fondé des faits allégués par le truchement, selon le cas, de la requête pour précisions (paragraphe 168(8) *C.p.c.*), de l'interrogatoire préalable, avant ou après défense (articles 397 et 398 *C.p.c.*), de l'interrogatoire sur faits et articles (articles 405 *C.p.c.*), par l'examen de documents communiqués (articles 397, 398 et 402 *C.p.c.*) ou d'un objet exhibé (article 402 *C.p.c.*), par l'examen médical (article 399 *C.p.c.*), par une expertise scientifique, ainsi que par la lecture de documents et rapports d'expertise déposés par une autre partie avant audition (articles 402.1, 403 *C.p.c.*, règle 15 *R.P.C.S. mat. civ.*, règles 21, 22 *R.P.C.S. mat. fam.*, règle 29.1 *R.P.C.P.*) Au moyen de l'information ainsi recueillie, une partie est en mesure de mieux connaître et apprécier les faits qu'on lui oppose, de déterminer dans quelle mesure ils peuvent être vrais et de contrer les prétentions de l'autre partie. Certaines de ces procédures préliminaires au procès ont comme objet premier de renseigner une partie, plutôt que d'éclairer le tribunal, et favorisent une plus grande divulgation de la preuve avant l'instruction, ce qui, d'une part, invite la partie à faire état de la vérité à l'origine du dossier et, d'autre part, confère à l'autre partie un droit de vérification immédiate.

Le devoir de vérité s'impose davantage lorsque la partie est interrogée au préalable ou sur faits et articles, puisqu'elle dépose alors sous serment.

2. Interrogatoire préalable

L'interrogatoire préalable a comme objet d'obtenir des précisions utiles à circonscrire les prétentions d'une autre partie, de la confronter avec ses propres allégations et de vérifier si celle-ci est en état, et dans quelle mesure, de les appuyer de son serment¹¹¹.

Ce devoir de dire la vérité à l'interrogatoire préalable, comme celui de tout témoin, comporte certaines limites en fonction de la contraignabilité de la personne interrogée. L'article 313 *C.p.c.*, (applicable à l'interrogatoire préalable par le truchement de l'article 395 *C.p.c.*), énonce que « le témoin qui, sans raison valable, refuse de répondre, se rend coupable d'outrage au tribunal, de même que celui qui, ayant en sa possession quelque objet d'intérêt pour le litige, refuse de le produire ». Cette « raison valable » est reliée à la non-contraignabilité du témoin, parce que forcé au silence par le secret professionnel ou une communication privilégiée, parce qu'il n'est pas une personne visée par les articles 397 et 398 *C.p.c.* que son témoignage ne serait nullement pertinent, ou parce que les documents demandés ne peuvent être pertinents, sont confidentiels,

111. *Barry Casuals Inc. c. A.B.C. Corp.*, [1949] B.R. 28.

ne sont pas suffisamment précisés, parce qu'ils sont inaccessibles au témoin et ne pourraient être exhibés selon les articles 281, 311, 397, 398 et 402 *C.p.c.* ¹¹².

Une partie n'est pas obligée de dévoiler à l'avance ses moyens de preuve ¹¹³, que ce soit dans le cadre d'une requête pour précisions ¹¹⁴ ou d'un interrogatoire préalable ¹¹⁵. Ainsi, une partie n'est pas tenue de dévoiler l'identité de témoins indépendants qu'une autre partie désire interroger au préalable selon l'article 398.3 *C.p.c.* ¹¹⁶. Toutefois, de façon exceptionnelle, une partie peut être valablement requise de donner le nom de témoins. La jurisprudence fournit certains principes et cas d'espèce. Ainsi, une partie a droit d'obtenir le nom :

- a) de témoins de faits, qui ont participé aux faits allégués par la partie qui les oppose ¹¹⁷, tel le nom du préposé d'une partie, que la partie adverse tient responsable à raison de la négligence de ce préposé ¹¹⁸;
- b) des personnes à qui une partie aurait fait un aveu extrajudiciaire allégué dans l'acte de procédure ¹¹⁹;
- c) de clients à qui des marchandises n'auraient pas été livrées ¹²⁰;
- d) des personnes qui, selon les allégations d'une partie, ont été affectées par les propos injurieux de la partie adverse, lesquelles se seraient éloignées comme clients, cette information étant pertinente à l'évaluation des dommages réclamés ¹²¹;
- e) le nom d'un promoteur immobilier, parce que pertinent aux dommages réclamés ¹²².

112. *Létourneau c. Powers*, [1975] C.A. 458; *Dow Chemical of Canada Ltd. c. L'Institut National Canadien pour les Aveugles Inc.*, [1979] C.A. 215; *General Footwear Co. Ltd. c. Burroughs Business Machine Ltd.*, H. REID et D. FERLAND, *C.p.c. annoté*, 1981, vol. 3, page 353, [1976] C.A.; *La Prévoyance c. Construction du Fleuve Ltée*, H. REID et D. FERLAND, *C.p.c. annoté*, Suppl. 1982, page 376, [1980] C.A.

113. *Pisapia Construction Inc. c. Fabrique de la Paroisse St-François d'Assises*, [1976] R.P. 59 (C.A.).

114. *G. c. L.*, (1941) 46 R.P. 178 (C.A.).

115. *Mainville c. Monfette*, [1957] B.R. 795.

116. *McCallum Transport Québec Limitée c. Commission des Accidents du Travail du Québec*, [1987] R.D.J. 190 (C.A.).

117. *G. c. L.*, *supra*, note 114; *Roby Worsted Ltd. c. Samuelsohn Ltd.*, [1952] R.P. 222 (C.A.).

118. *Montreal Tramways Co. c. Brodeur*, (1937) 62 B.R. 342.

119. *Lepage c. Roy*, [1952] R.P. 261 (C.S.); *Allaire c. Gosselin*, [1976] R.P. 189 (C.S.).

120. *Guertin Ltée c. Chamberland Co. Ltd.*, [1954] B.R. 415.

121. *Lévesque c. L'Association des Instituteurs et Institutrices de la Banlieue de Québec*, [1971] R.P. 400 (C.S.).

122. *Aluminium du Canada c. Domaine de la Rivière Inc.*, [1982] C.A. 239.

La règle de la pertinence demeure toujours universelle : les questions doivent porter, avant défense, sur les faits allégués dans la déclaration et, après défense, sur les faits du litige, c.-à-d. allégués dans les actes de procédure au dossier¹²³. Il faut toutefois apprécier assez largement la notion de pertinence à condition que l'on puisse constater un lien avec les allégations de l'acte de procédure¹²⁴. Par ailleurs, la question posée à un tiers doit s'inscrire dans le cadre de l'interrogatoire tel que défini et limité par le jugement qui l'a autorisé selon les paragraphes 397(4) *C.p.c.* ou 398(3) *C.p.c.*, nonobstant la pertinence de la preuve recherchée et la compétence du témoin¹²⁵. La même règle de la pertinence s'applique en matière d'écrits dont la communication est demandée : ils doivent se rapporter aux faits allégués¹²⁶. L'écrit doit être accessible au témoin, étant en sa possession ou son contrôle¹²⁷.

La partie qui, par les questions de son procureur, donne ouverture à une preuve autrement illégale, telle la preuve testimoniale d'un contrat civil requérant en principe un écrit selon l'article 1233 *C.c.B.-C.*, ne pourra plus soulever par la suite une objection valable à l'encontre de cette preuve¹²⁸. Dans ce cas, le plaideur avisé ne produira pas la déposition préalable au dossier (article 398.1 *C.p.c.*), quitte à laisser la partie adverse faire sa preuve à l'instruction selon les règles de preuve.

L'interrogatoire préalable, qui donne assez souvent lieu à une demande de communication de documents, ne peut servir de prétexte à une « partie de pêche » dans le dossier de l'autre partie¹²⁹. On doit interroger dans la limite du raisonnable, sans abus de questions inutiles ou non pertinentes¹³⁰, et sans obliger le témoin à faire des recherches considérables¹³¹ ou à accomplir un travail fastidieux pour assister la partie adverse¹³².

Les documents écrits pour l'information des avocats, à l'occasion ou en prévision d'un procès, sont de nature confidentielle et participent à

123. *Weinstein c. Swift Canadian Co. Ltd.*, [1976] C.A. 253.

124. *Kruger Inc. c. Kruger*, *supra*, note 16.

125. *Allstate Insurance Co. of Canada c. Sarrieu*, *supra*, note 23.

126. *Cie d'Assurance-Vie Crown c. Allaire*, *supra*, note 21.

127. *W. & H. Management International Ltd. c. Sterling Bank and Trust Co.*, [1976] C.A. 848.

128. *Collège Ste-Marie c. Racette*, [1944] R.L. 129 (C.A.); *Mercier c. Beaudoin*, [1950] B.R. 485; *Iarrera c. Iarrera*, [1987] R.D.J. 223 (C.A.).

129. *Henchey c. Gauthier*, (1945) 49 R.P. 106 (C.A.); *Douglas c. Hoult*, [1963] B.R. 967; *I.C. Infrastructure Construction Ltée c. P.G. du Québec*, [1986] R.D.J. 478 (C.A.).

130. *La Confédération des Syndicats Nationaux c. Transport Savard Ltée*, [1970] C.A. 530.

131. *Château Grande-Allée Ltée c. Ain and Zakuta Ltd.*, [1966] B.R. 259.

132. *Couillard-Després c. Le Séminaire de Québec*, (1941) 45 R.P. 358 (C.S.).

l'immunité du secret professionnel, de sorte qu'on ne peut en forcer la communication¹³³. Le privilège de la communication s'éteint si elle a eu un objet criminel ou illicite ou si le client y renonce¹³⁴. Le caractère privilégié d'une communication résulte de sa destination. C'est la destination prédominante ou le principal but d'un rapport qui lui confère un caractère confidentiel, et non l'identité ou l'état de la personne qui l'a requis¹³⁵. Ainsi, le rapport d'un expert en sinistres constitue un document privilégié¹³⁶. Une partie n'est pas tenue de communiquer le rapport d'un expert médical qu'elle a consulté¹³⁷ ou celui de son ingénieur expert¹³⁸, car il ne s'agit pas d'un « écrit se rapportant au litige », ce rapport revêtant un caractère privilégié. Le rapport d'enquête d'un policier relatant ses démarches ayant mené à l'inculpation d'une partie et destiné au procureur de la Couronne chargé du dossier pénal constitue un document à caractère privilégié dont la production ne peut être obtenue¹³⁹. Les experts techniques et les experts en sinistres peuvent cependant être interrogés sur les faits physiques qu'ils ont constatés au cours de leur enquête¹⁴⁰. L'expert en sinistres peut être contraint d'exhiber des photographies prises durant son enquête¹⁴¹.

Le jugement interlocutoire maintenant une objection est sujet à appel immédiat, selon les articles 29 et 511 *C.p.c.*¹⁴², de même que celui qui refuse la demande de communication d'un document¹⁴³. L'objection prise sous réserve ne peut faire l'objet d'un appel immédiat¹⁴⁴, quoiqu'elle puisse être ensuite soumise au juge en chambre, à moins d'avoir été déférée au juge du fond¹⁴⁵. Il en est de même de la décision rejetant l'objection¹⁴⁶, sauf si elle porte sur un fait prétendument privilégié¹⁴⁷.

133. *Montreal Street Railways Co. c. C. Feigleman*, (1913) 22 B.R. 102.

134. *Solosky c. La Reine*, [1980] 1 R.C.S. 821; *Descoteaux c. Mierzwinski*, [1982] 1 R.C.S. 860; *Pearl c. Bessiger*, [1985] R.D.J. 624 (C.A.).

135. *Sous-ministre du Revenu du Québec c. Fava*, [1984] R.D.J. 486 (C.A.).

136. Article 356, *Loi sur les Assurances*, L.R.Q., c. A-32; *La Prévoyance c. Construction du Fleuve Ltée*, [1982] C.A. 532.

137. *Gilbert Inc. c. Mathieu*, H. REID et D. FERLAND, *C.p.c. annoté*, 1981, vol. 3, page 370, [1977] C.A.

138. *Les Entreprises Roger Pilon Inc. c. Laflamme*, H. REID et D. FERLAND, *C.p.c. annoté*, Suppl. 1982, page 306, 1980 C.A.

139. *Paquin c. Wise*, [1987] R.J.Q. 2540 (C.S.).

140. *Trempe c. Dow Chemical of Canada Ltd.*, [1980] C.A. 571; *La Prévoyance c. Construction du Fleuve Ltée*, *supra*, note 136.

141. *Société Mutuelle d'Assurance contre l'incendie de Compton-Sherbrooke c. Excavations Castonguay et Frères Ltée*, J.E. 86-898 (C.P.).

142. *Duquette c. Zellers Inc.*, *supra*, note 24.

143. *Treitel c. United States Fire Insurance Co.*, H. REID et D. FERLAND, *C.p.c. annoté*, 1981, vol. 3, page 675, [1975] C.A.

144. *Prudential Assurance Co. Ltd. c. Manchester Liners Ltd.*, *supra*, note 26.

145. *Janin Construction (1983) Ltée c. Therrien*, *supra*, note 27.

146. *C.P.R. c. Courey*, [1969] B.R. 161.

147. *Stevenson c. Pilon*, [1965] B.R. 599.

Ceci donne un aperçu de la mesure du devoir de vérité d'une partie avant procès.

C. AU PROCÈS

L'heure de vérité vient inévitablement au procès, lorsque la partie ou une personne capable d'engager sa responsabilité est appelée à témoigner et doit établir ses prétentions de faits.

Le devoir juridique d'une partie à l'instruction réside dans l'obligation d'introduire au dossier des faits selon les règles et techniques de preuve. Au civil, l'on sait que la preuve doit être prépondérante; au pénal, la poursuite doit prouver au-delà de tout doute raisonnable la culpabilité du prévenu. La partie a le fardeau de convaincre le juge de ses prétentions, par la preuve des faits et par des arguments juridiques. Bien que preuve et vérité puissent diverger, la partie doit évidemment produire des témoins vrais et compétents et, si disponibles, des pièces pertinentes et probantes. Elle détermine ses moyens de persuasion.

À la différence du simple témoin, la partie, ou son représentant¹⁴⁸, peut fournir un aveu. Il peut être révoqué si l'on prouve qu'il résulte d'une erreur de faits, selon l'article 1245 C.c.B.-C.¹⁴⁹. Le fait que l'auteur de l'aveu n'en réalise pas toutes les conséquences juridiques possibles ne donne cependant pas, pour ce motif, ouverture à la rétractation de cet aveu¹⁵⁰. Une partie qui avoue un fait qu'elle sait être faux est liée par cet aveu, aussi bien que si le fait était vrai¹⁵¹. L'aveu ne peut être rétracté : il n'y a pas erreur de fait lorsqu'une partie admet délibérément l'existence d'un fait qu'elle sait inexistant.

Toute partie est en principe contraignable à témoigner dans une cause civile (article 295 C.p.c.) même en matière d'outrage au tribunal¹⁵². Une partie peut donc faire entendre la partie adverse comme témoin, si ce témoignage s'avère essentiel, avec les risques que cela cependant comporte. Il est plus prudent de vérifier la version de la partie adverse lors d'un interrogatoire préalable ou, encore, d'attendre le contre-interrogatoire à l'enquête.

148. *Lavoie c. Le Syndicat Coopératif*, [1949] C.S. 473; *Allstate Insurance Co. of Canada c. Sarrieu*, *supra*, note 23.

149. *Municipal Motors Ltd. c. Chadwick*, [1969] B.R. 186.

150. *Syndicat National des Travailleurs de St-Thomas Didyme c. Donohue St-Félicien Inc.*, [1982] C.A. 98.

151. *Rivet c. Beauvais*, (1917) 51 C.S. 83; *Lauzon c. Lachance*, J.E. 79-898 (C.S.); *Corbin c. Jutras*, [1986] R.D.J. 66 (C.A.).

152. *Le Syndicat des Employés de l'hôpital St-Augustin c. Procureur général du Québec*, [1977] C.A. 539.

En matière pénale, l'inculpé n'est pas contraignable à témoigner contre lui-même lors de son procès¹⁵³.

En droit professionnel, il a été décidé que le professionnel intimé est contraignable à témoigner devant un comité de discipline, l'action disciplinaire étant indépendante du droit pénal¹⁵⁴.

La partie qui témoigne au procès, soit à la demande d'une autre partie, soit de son propre chef, assume dès lors le devoir imposé à tout témoin de dire la vérité.

D. LA DÉCOUVERTE TARDIVE

Les moyens directs de preuve — témoins et pièces — devraient refléter à l'instruction toute la réalité, de sorte qu'il y a alors eu présentation d'une vérité complète et définitive. Dans son jugement, le tribunal a exprimé la conviction qu'il dégage de cette preuve et a tranché en conséquence le litige, de façon définitive. Toute cause doit avoir une fin. La chose jugée est la vérité judiciaire.

Cependant, il peut malheureusement survenir après la clôture de l'enquête, avant ou après jugement, qu'une partie réalise que la preuve n'a pas reflété fidèlement toute la réalité, ce qui risque de provoquer ou a provoqué à son avis un jugement incomplet ne tenant pas compte de toute la vérité.

Dans quelle mesure peut-on remédier tardivement à une lacune ou à un vice dans la preuve déjà close? Le *Code de procédure civile* prévoit deux remèdes selon l'étape franchie par le dossier, soit la réouverture d'enquête et la rétractation de jugement.

1. Réouverture d'enquête

L'article 463 *C.p.c.* prévoit que « le juge qui a pris une cause en délibéré peut, même de sa propre initiative, ordonner, par décision motivée, la réouverture des débats pour les fins et aux conditions qu'il détermine ». En principe, la réouverture d'enquête est ordonnée lorsqu'elle « est de nature à faire plus de lumière sur le litige¹⁵⁵ ». Cette réouverture peut être nécessaire pour combler une lacune dans la preuve, en vue d'une décision juste et équitable pour les parties.

153. Article 33.1, *Charte des droits et libertés de la personne*, (L.R.Q., c. C-12); alinéa 11 c), *Charte canadienne des droits et libertés* (Loi sur le Canada, annexe B, 1982, Royaume-Uni, c. 11.

154. *Byer c. Barreau du Québec*, [1976] C.S. 24.

155. *Gauthier c. Laroche*, *supra*, note 71.

Mais le juge a discrétion pour la refuser quand elle a pour but de présenter une preuve qui lui paraît non essentielle et peu concluante, surtout lorsqu'avec plus de diligence on aurait pu la faire avant que l'enquête ne soit close. Aux lenteurs inévitables de la justice, on ne doit pas, sans motifs graves, ajouter des retards additionnels qui nuisent à la bonne administration de la justice ¹⁵⁶.

En vue d'obtenir la réouverture du débat, le requérant doit établir :

- a) l'ignorance au moment du procès de ces nouveaux éléments de preuve découverts subséquemment;
- b) l'impossibilité de les connaître alors, malgré la diligence employée;
- c) l'influence déterminante de ces faits nouveaux sur la décision à rendre ¹⁵⁷.

Le tribunal possède un large pouvoir discrétionnaire et peut autoriser une réouverture d'enquête pour tout motif suffisant, selon la sagesse de la raison et l'équité de la justice.

Pour ne pas rendre la justice aveugle, il faut accorder au juge de première instance une absolue discrétion dans la radiation du libéré, car « seul il est juge de la suffisance des raisons invoquées dans la demande de radiation » ¹⁵⁸.

Par exemple, la réouverture d'enquête fut ordonnée après le décès d'une partie réclamant des dommages-intérêts, survenu pendant le délibéré, puisque cet événement pouvait influencer l'évaluation des dommages ¹⁵⁹, et par suite d'une déclaration subséquente d'un témoin incompatible avec son témoignage ¹⁶⁰. Par contre, elle fut refusée dans le cas de l'apparition de nouveaux témoins de l'événement en litige, après clôture de l'enquête ¹⁶¹.

Chaque cas en est un d'espèce, et c'est la raison pour laquelle le juge dispose d'une large latitude en vue de la recherche complète de la vérité

2. Rétractation de jugement

La réouverture des débats peut s'avérer moins difficile que la rétractation d'un jugement. L'irrévocabilité du jugement constitue une règle fondamentale et essentielle à la bonne administration de la justice;

156. *Beaver Foundation Ltd. c. R.N.R. Transport Ltée*, supra, note 70, notes du juge Mayrand à la page 212.

157. *Les Entreprises C.P.R. Inc. c. Blanchette*, [1983] R.L. 546 (C.S.); *Harvey c. Gariépy*, [1950] R.P. 369 (C.S.).

158. *Poulin c. Laliberté*, supra, note 58, notes du juge Rinfret à la page 15.

159. *Mongrain c. Laplante*, [1972] C.A. 795; *Veilleux c. Robin*, [1977] C.A. 547.

160. *Linteau c. Lussier*, [1968] R.P. 250 (C.P.).

161. *Boisvert c. Matte*, [1967] R.P. 354 (C.P.).

un jugement ne peut donc être qu'exceptionnellement rétracté¹⁶². En matière de preuve, le législateur, à certaines conditions, permet la rétractation d'un jugement lorsque le tribunal a jugé sur une preuve fautive, qui a déformé une réalité, ou sur une preuve incomplète, qui n'a pas reflété entièrement cette réalité. Dans ces deux cas, la vérité n'était pas au rendez-vous devant le juge, soit parce que dissimulée sous des atours trompeurs, soit parce qu'absente ! Mais, encore, ne faudrait-il pas croire naïvement que l'absence d'une preuve importante à l'enquête puisse entraîner l'annulation éventuelle du jugement et la réouverture de l'enquête. Les fins de la justice imposent aussi au plaideur de la rigueur dans la préparation et la présentation de la preuve. Un procès doit avoir une fin définitive.

L'article 483 *C.p.c.* traite comme suit, en matière de preuve, de la fausseté de pièces ou du dol d'une partie et de la découverte subséquente d'une preuve nouvelle, dont des pièces décisives :

De même, le jugement contre lequel n'est ouvert aucun autre recours utile peut être rétracté par le tribunal qui l'a rendu, à la demande d'une partie, dans les cas suivants :

[...]

5. Lorsque le jugement a été rendu sur des pièces dont la fausseté n'a été découverte que depuis, ou à la suite du dol de la partie adverse;
6. Lorsque, depuis le jugement, il a été découvert des pièces décisives dont la production avait été empêchée par une circonstance de force majeure ou le fait de la partie adverse;
7. Lorsque, depuis le jugement, il a été découvert une preuve, et qu'il appert :
 - a) que si elle avait été apportée à temps, la décision eut été probablement différente;
 - b) qu'elle n'était connue ni de la partie, ni de son procureur ou agent et
 - c) qu'elle ne pouvait pas, avec toute la diligence raisonnable, être découverte en temps utile.

Le dol peut être une déposition fautive, parce que contraire à la vérité. Une allégation de dol ou parjure est grave et ne doit pas être faite sous serment sans certitude à l'appui¹⁶³.

À la différence de la réouverture d'enquête qui est laissée à la discrétion du juge, la rétractation de jugement est soumise à un nombre limitatif de cas et à des exigences clairement énoncées. De façon générale, sous réserve des conditions prévues à l'article 483 *C.p.c.*, les faits survenus avant jugement, mais dont la preuve est découverte après, peuvent faire l'objet d'une requête en rétractation. Il s'agit de faits anciens récemment découverts. Les faits nouveaux, survenus après

162. *Torino c. English Transcontinental (Canada) Ltd.*, [1960] B.R. 492.

163. *Chermagne c. Standard Accessories and Dancing Supplies*, [1981] C.A. 583.

jugement, pourront faire l'objet d'une requête pour présentation d'une preuve nouvelle devant la Cour d'appel, selon l'article 523 C.p.c., puisque, par définition n'existant pas au moment de l'instruction, ils n'auraient pu alors être établis. La requête en rétractation a comme but de « mettre en preuve des faits découverts après le jugement, mais survenus avant le procès », alors que la requête sous l'article 523 C.p.c. « a pour but la présentation, dans le dossier de l'appel, d'une nouvelle preuve sur des faits subséquents au jugement ¹⁶⁴ ».

Lors de la présentation de la requête en rétractation, le tribunal vérifie si, en droit, les allégations justifient la réception de la requête ¹⁶⁵.

Cela ne veut pas dire toutefois que le juge soit nécessairement lié, dans l'exercice de sa discrétion, par les allégations de la requête. Il pourra refuser de recevoir la requête si, par exemple, il acquiert par des moyens juridiques la conviction que la nouvelle preuve que l'on veut faire est telle que le jugement n'aurait pas été différent si elle avait été faite au procès ¹⁶⁶.

La jurisprudence traite de deux situations concrètes susceptibles d'affecter l'intégrité du jugement, soit la fausseté d'une preuve et l'absence d'une preuve.

a) *Fausseté d'un fait*

Il se peut que l'on découvre après jugement qu'un témoin n'ait pas dit la vérité ou qu'une pièce était fausse. Ce fait suffit-il en soi à écarter le jugement? Non, à moins qu'il ne soit essentiel à la détermination de la vérité.

Le parjure dûment établi d'un témoin n'entraînera pas automatiquement la rétractation du jugement. Ainsi, dans *Daoust c. Gauthier* ¹⁶⁷, un témoin s'était parjuré à l'enquête, ce qu'il avait reconnu ensuite par aveu de culpabilité.

Même si un sentiment de révolusion face à un parjure commis lors d'un procès est justifié, même si la commission d'un parjure peut empêcher que l'apparence de justice soit respectée, il nous faut appliquer les règles du *Code de procédure civile* sans quoi notre décision serait elle-même injuste ¹⁶⁸.

À la lumière du paragraphe 483(7), la Cour d'appel se demande si le jugement eut été probablement différent si le juge avait connu le parjure. Réponse négative, car « il y a suffisamment de preuve non

164. *Dimanche Matin Ltée c. Fabien, supra*, note 78, notes du juge Bisson à la page 556.

165. *Denis c. Martin*, [1973] R.P. 406 (C.S.); *Fontaine c. Baril*, [1974] C.A. 234.

166. *Fontaine c. Baril, supra*, note 165, notes du juge Gagnon à la page 235.

167. [1983] C.A. 547.

168. *Daoust c. Gauthier, supra*, note 167 notes du juge Jacques à la page 547.

contredite au dossier pour que le lien de causalité requis dans les circonstances soit considéré établi par une balance des probabilités¹⁶⁹ ».

La partie qui prétend que son principal témoin a donné un témoignage erroné, ce que ce dernier a ensuite reconnu, n'obtiendra pas la rétractation uniquement à cause de ce fait¹⁷⁰. Ceci invite à la meilleure préparation possible des causes. La découverte de documents postérieurement au jugement, établissant la fausseté d'un témoignage, ne suffit pas en soi à écarter le jugement¹⁷¹. Il faut convaincre le tribunal que le jugement aurait été probablement différent, si la preuve véridique de ce fait avait été apportée. Le test est assez simple : cela aurait-il donné un jugement de conclusion différente ?

Dans un contexte différent, la Cour supérieure, usant de son pouvoir de surveillance, par le truchement de l'article 46 *C.p.c.*, a rescindé la décision d'un arbitre appuyée sur des faits dont la fausseté avait depuis été établie.

Ainsi, il va nettement contre l'intérêt naturel de la justice qu'un citoyen puisse, par l'effet du dol ou de fausses représentations, obtenir une indemnité par la voie des tribunaux administratifs et que par la suite, sous le couvert de l'irrévocabilité des décisions administratives, il échappe à toute rectification et préjudice du même coup la personne condamnée à indemniser¹⁷².

Les cas de preuve fausse connue du plaideur se rencontrent rarement. L'autre situation est celle du plaideur qui désire après jugement réouvrir le débat pour y présenter une preuve qui ne l'a pas été au moment du procès.

b) *Preuve nouvelle*

Les tribunaux reconnaissent l'impossibilité fatale, mais non l'insouciance irrémédiable en matière de preuve tardivement découverte !

La rétractation n'aura lieu qu'à deux conditions essentielles : la diligence antérieure et une preuve déterminante. Les tribunaux refusent de rétracter un jugement pour défaut de présentation de preuve par suite d'un manque de diligence.

Découvrir une preuve et apporter une preuve sont deux choses différentes. Mais, pour avoir droit à la rétractation d'un jugement, il ne suffit pas de dire qu'une preuve, malgré toute la diligence raisonnable, n'a pu être rapportée en temps utile. Il faut prouver qu'une telle preuve n'a pu être découverte en temps utile¹⁷³.

169. *Id.*, notes du juge Vallerand à la page 546.

170. *Lacasse c. Boursier*, [1968] R.P. 225 (C.S.).

171. *Fontaine c. Baril*, *supra*, note 165.

172. *Fyen c. Carmel Jacques et Associés Inc.*, [1986] R.J.Q. 2876 (C.S.) à la page 2880.

173. *Bédard c. Rainville*, [1970] C.S. 533.

Pour qu'il puisse y avoir rétractation, il faut :

- a) que la découverte de la preuve soit postérieure au jugement ;
- b) qu'elle n'ait pas été connue avant procès, malgré la diligence raisonnable pour la découvrir ;
- c) que cette preuve soit raisonnablement concluante, en ce que, si présentée à temps, elle aurait pu modifier le jugement ¹⁷⁴.

Sera refusée la preuve qui aurait pu facilement être découverte si le requérant avait agi avec diligence, lorsque les difficultés éprouvées proviennent justement de l'imprudence et de la négligence à ne pas procéder aux vérifications en temps utile ¹⁷⁵. La preuve d'un fait nouveau ne signifie pas un moyen supplémentaire de preuve, tel un témoignage additionnel sur un fait déjà débattu ¹⁷⁶, ou l'omission d'administrer en temps utile une preuve disponible ¹⁷⁷. Le plaideur qui se réveille tardivement, après jugement défavorable, ne peut plus revenir en arrière. Ainsi, la partie qui connaît l'existence d'un témoin qu'elle ne peut retracer et qui procède néanmoins à procès ne peut demander valablement la rétractation : il ne s'agit pas d'une preuve nouvelle ¹⁷⁸. Dans ce cas, selon l'importance du témoin, le plaideur devrait demander soit l'ajournement, soit la permission d'interroger ce témoin défaillant hors Cour ou, si possible, à l'audience, à une date ultérieure.

Toutefois, « la diligence raisonnable dont parle l'article 483 *C.p.c.* n'oblige pas à s'engager dans des enquêtes et expertises coûteuses sans posséder d'indices permettant raisonnablement d'entretenir des soupçons de faux, de dol ou de fraude ¹⁷⁹ ». On ne manque pas de diligence en faisant défaut de rechercher un fait dont on ne pouvait soupçonner l'existence ¹⁸⁰.

La justice ne se voile pas la face, une fois le jugement rendu ; mais encore faut-il démontrer avoir accompli tous les efforts possibles avant de pouvoir rebrousser chemin et faire ce qui aurait pu ou dû être fait à temps. La porte de l'article 483 *C.p.c.* est étroite, ce qui incite d'autant le plaideur à la préparation professionnelle de la preuve, sans rien laisser au hasard.

174. *Bouchard c. Déry*, [1980] R.P. 302 (C.P.).

175. *Caisse d'Entraide Économique c. Domaine Acrotère Inc.*, [1981] R.P. 386 (C.S.).

176. *Houle c. Carignan*, [1958] B.R. 316 ; *Torino c. English Transcontinental (Canada) Ltd.*, *supra*, note 162 ; *Denis c. Martin*, *supra*, note 165 ; *Arvisais c. Carignan*, J.E. 79-707 (C.S.).

177. *Fortier c. Blouin*, [1971] R.P. 330 (C.S.) ; *Manseau c. Robitaille*, [1980] C.S. 145.

178. *Mikelakis c. De Salaberry Rosse*, [1968] R.P. 140 (C.S.).

179. *Prybylowa-Groma c. Orawiec*, [1984] C.S. 655, (désistement en appel).

180. *Banque de Montréal c. Chaput*, [1979] C.A. 222.

III. LA VÉRITÉ DU TÉMOIN

« Hé bien! vous l'avez vue; et moi je l'ai sentie. »

(L'Huître et les Plaideurs, Fable de La Fontaine)

Vedette momentanée du procès, le témoin est là pour relater ce qu'il sait des faits en litige. L'avocat qui interroge en chef doit lui permettre de bien témoigner; celui qui contre-interroge s'emploie à obtenir de l'information supplémentaire ou à faire rectifier certaines affirmations du témoin.

Un bon témoin a été bien préparé. Préparé non pas à répéter une version apprise ou truffée de faussetés, mais préparé en anticipation d'un témoignage vrai et convaincant.

Selon l'objet de leur témoignage, il existe deux types de témoins : le témoin de faits et le témoin expert¹⁸¹. Le même devoir de vérité s'impose au témoin ordinaire — tiers ou partie — et au témoin expert, à la différence que ce dernier peut exprimer une opinion, alors que le témoin de faits doit relater une réalité objective, sans conclusion personnelle, sauf celle à la portée de tout justiciable tels l'âge, l'identité, l'état émotif ou physique d'une personne¹⁸². Le témoignage d'expert s'apprécie de la même façon que celui de tout témoin ordinaire¹⁸³.

La vérité du témoin peut être relative et subjective, lorsqu'il relate, filtré par sa perception et sa motivation, un événement qu'il a vécu ou constaté. La qualité du témoignage dépend du degré de connaissance et de crédibilité du témoin. Le témoin plus que parfait est généralement suspect, lorsqu'il décrit de façon extrêmement précise et détaillée un événement lointain.

Les dépositions fournies par les témoins ordinaires constituent la preuve profane. Lorsque la preuve d'expertise est contradictoire, le juge peut s'appuyer sur cette preuve profane ou non scientifique pour trancher la question en litige¹⁸⁴.

En présence de ce conflit d'opinions scientifiques, on perçoit immédiatement l'importance majeure de la preuve profane¹⁸⁵;

Pour départager ces opinions contradictoires, le premier juge [...] a préféré, comme c'était son droit, mettre dans la balance la preuve apportée par des profanes. [...] Dans ces circonstances, il était normal que le juge fasse entrer en ligne de compte le témoignage de simples profanes¹⁸⁶.

181. *Hôtel-Dieu de Québec c. Bois*, [1977] C.A. 563.

182. *Graat c. La Reine*, [1982], 2 R.C.S. 819.

183. *Donolo Inc. c. St-Michel Realities Inc.*, [1971] C.A. 536.

184. *Miller c. Brues*, [1973] C.A. 902; *Michaud c. Bergeron*, [1980] C.A. 246; *La Métropolitaine c. Rivard*, [1984] C.A. 191.

185. *Miller c. Brues*, *supra*, note 184, notes du juge Deschênes, page 906.

186. *Michaud c. Bergeron*, *supra*, note 184, notes du juge Mayrand, page 247.

A. CONTRAIGNABILITÉ

Au civil, « toute personne est apte à déposer en justice, sauf si, en raison de sa condition physique ou mentale, elle n'est pas en état de rapporter les faits dont elle a eu connaissance; et toute personne apte à déposer peut être contrainte de le faire » (article 295 *C.p.c.*). Toute personne, dont une partie, est donc en principe contraignable à témoigner. L'expert technique et l'expert en sinistres sont contraignables à témoigner des faits physiques qu'ils ont constatés durant leur enquête¹⁸⁷.

Le témoin qui a en sa possession quelque document se rapportant au litige est tenu de le produire sur demande (article 311 *C.p.c.*).

Le témoin contraignable qui refuse de rendre témoignage, sans raison valable, se rend coupable d'outrage au tribunal, de même que celui qui refuse de produire un document ou objet pertinent en sa possession ou son contrôle (article 313 *C.p.c.*).

Au pénal, nous savons que l'inculpé n'est pas contraignable à témoigner contre lui-même. De même, en vertu de la doctrine de l'*alter ego*, l'âme dirigeante d'une corporation accusée n'est pas contraignable à témoigner, lorsque la personne ainsi désignée ne fait qu'un avec la compagnie et ce qui peut lui être imputé ou attribué peut l'être à la compagnie¹⁸⁸. L'accusé peut évidemment témoigner de son propre chef et, dans ce cas, son témoignage constitue une déclaration libre et volontaire¹⁸⁹.

Cette contraignabilité à témoigner comporte certaines exceptions et limites. Le *Code de procédure civile* prévoit deux causes de dispense, soit la condition physique ou mentale du témoin (article 295 *C.p.c.*) et une « raison valable » (article 313 *C.p.c.*)

1. Incapacité

L'incapacité physique fait l'objet de l'article 296 *C.p.c.* Le témoin atteint d'une infirmité qui le rend incapable de parler, ou d'entendre et parler, est admis à déposer, soit par écrit de sa main, soit par signes avec l'aide d'un interprète. Il est rare que la condition physique du témoin le rende totalement et définitivement inapte à témoigner. La maladie du témoin peut cependant provoquer l'ajournement de la cause (article 286 *C.p.c.*). Toutefois, pour éviter une remise, la partie adverse peut admettre soit la vérité des faits que le témoin défaillant rapporterait, soit seulement qu'il en déposerait (article 286 *C.p.c.*). Une

187. *Trempe c. Dow Chemical of Canada Ltd.*, *supra*, note 140; *La Prévoyance c. Construction du Fleuve Ltée*, *supra*, note 136.

188. *La Reine c. N.N. Patersons & Sons*, [1980] 2 R.C.S. 679.

189. *Gauthier c. La Reine*, [1975] C.A. 553.

autre alternative consiste en l'interrogatoire hors cour du témoin qui n'a pu se rendre à l'audience par suite de maladie ou d'infirmité (articles 287 et 404 *C.p.c.*); la déposition ainsi recueillie sera ensuite versée au dossier pour valoir en preuve.

La capacité du malade mental à témoigner dépend de l'appréciation par le juge du degré d'intelligence et du déséquilibre émotionnel de cette personne. Nous sommes dans un domaine d'évaluation difficile, à cause des divers degrés et facettes de la maladie mentale.

Chez les malades mentaux, il faut considérer deux facteurs distincts : le degré d'intelligence et le déséquilibre émotionnel. Dans la grande majorité des cas, c'est le second facteur qui est cause d'inadaptation au milieu social ou familial et rend l'internement nécessaire. Il n'en reste pas moins que ces malades ne sont généralement pas dépourvus d'intelligence et qu'ils peuvent porter un jugement objectif sur la plupart des faits dont ils sont témoins, et les relater de façon véridique. Quant aux moins intelligents d'entre eux, il arrive très souvent qu'ils sont incapables de fausser la vérité, même lorsqu'ils auraient intérêt à le faire, i.e. pour employer une expression courante, ils sont trop bêtes pour mentir¹⁹⁰.

Le tribunal devra donc déterminer, si nécessaire à l'aide de l'opinion d'un expert, dans quelle mesure le témoin atteint de déficience mentale est en mesure de dire la vérité.

Le *Code de procédure civile* ne dit pas que l'incapable de faute, c'est-à-dire la personne qui ne peut discerner le bien du mal (article 1053 *C.c.B.-C.*), ou celle pourvue d'un curateur ou internée est automatiquement incapable de témoigner. Il n'y a pas un lien nécessaire de cause à effet entre les deux. Le test pourrait être celui applicable au témoignage de l'enfant, à la lumière de l'article 301 *C.p.c.* : le malade mental peut-il rapporter des faits dont il a eu connaissance et comprend-il le devoir de dire la vérité?

2. Limites

L'obligation de répondre comporte certaines limites. L'article 313 *C.p.c.* dispense le témoin de répondre pour une raison valable.

Il s'avère d'abord évident que, en cas du maintien d'une objection à la preuve, le témoin n'est pas tenu de répondre. En l'absence de telle objection et sous réserve d'un sujet d'ordre public, le témoin doit déposer. Le juge, comme nous l'avons vu, interviendra pour empêcher le témoin de contrevenir à une règle d'ordre public. Le plus souvent, l'une des parties soulèvera une objection, puisqu'il lui appartient de surveiller l'application des règles de preuve et d'en soulever toute contravention.

190. *Hôpital St-Jean-de-Dieu c. Le Syndicat des Employés d'Hôpitaux de Montréal Inc.*, [1962] R.L. 430 (Conseil d'arbitrage).

Le témoin n'est pas tenu de répondre si la question porte sur un fait confidentiel, tel celui révélé sous le sceau du secret professionnel. Signalons que, à moins que les parties n'y consentent, rien de ce qui a été dit ou écrit au cours d'une entrevue de conciliation ou de réconciliation, en matière familiale, n'est recevable en preuve dans une procédure judiciaire, selon l'article 815.3 *C.p.c.* et le paragraphe 10(5) de la *Loi de 1985 sur le divorce*. Toutefois, un document qui aurait pu être considéré privilégié pourra être examiné par la partie adverse si le témoin s'y réfère durant son témoignage, puisque le prétendu privilège est alors perdu¹⁹¹. Le témoin qui consulte des notes durant son témoignage peut être contraint de les produire¹⁹².

Le témoin n'est pas tenu de communiquer un document hors de sa possession ou de son contrôle, qu'il ne peut se procurer par des moyens raisonnables sans dépendre du bon vouloir ou de l'intervention d'autrui :

Tout en étant obligé de collaborer à l'administration de la justice, le témoin n'est pas tenu de faire des démarches, d'assumer des frais et de se mettre en quatre pour procurer à la partie qui l'assigne une chose qui est à l'étranger, sans qu'elle y soit à cause de lui et par fraude¹⁹³.

Ainsi, l'obligation de production de documents par un greffier municipal n'a comme objet que ceux qu'il a en sa possession ou qu'il est tenu d'avoir en sa possession aux termes de la loi, mais non ceux qu'il ne pourrait obtenir que par suite d'une intervention du conseil de ville auprès d'autres personnes¹⁹⁴.

Par ailleurs, un témoin « n'est pas obligé de faire des calculs et recherches pour le compte de la partie adverse¹⁹⁵ », n'est pas tenu d'analyser des chiffres dans des dossiers, en vue de préparer un relevé de coûts, ou de faire un travail fastidieux pour assister la partie adverse¹⁹⁶. Rappelons qu'une partie ne peut aller à la pêche dans le dossier d'une autre partie et ramasser au hasard ce qui lui convient¹⁹⁷.

En contre-interrogatoire, le droit d'attaquer la crédibilité du témoin doit être exercé de façon pertinente et non abusive. Il faut que les questions soient pertinentes à la question de crédibilité et qu'elles soient

191. *City of Outremont c. Barron*, [1954] R.P. 100 (C.A.).

192. *The Canadian Spool Cotton Co. Ltd. c. Lyall*, (1913) 14 R.P. 203 (C.S.).

193. *W & H Management International Ltd. c. Sterling Bank and Trust Co. Ltd.*, *supra*, note 127, notes du juge Mayrand à la page 849.

194. *Loeb c. La Corporation de la Cité de Hull*, [1967] C.S. 669 (C.P.).

195. *Couillard-Després c. Le Séminaire de Québec*, *supra*, note 132.

196. *Château Grande-Allée Ltée c. Ain & Zakuta Ltd.*, *supra*, note 131.

197. *Henchey c. Gauthier*, *supra*, note 129; *Douglas Investment Ltd. c. Hoult*, *supra*, note 129; *I.C. Infrastructure Construction Ltée c. Procureur général du Québec*, *supra*, note 129.

sérieuses, portant sur une cause de reproche précise, sans être motivées par simple espoir de découvrir des causes de reproche dont on ne soupçonne même pas l'existence ; « elles ne devront non plus être permises si le but évident n'est que d'humilier, d'harasser le témoin¹⁹⁸ ». Les limites de la pertinence sont plus larges en contre-interrogatoire, car les questions en apparence non pertinentes à la cause peuvent néanmoins être pertinentes à la crédibilité du témoin¹⁹⁹. « Les avocats jouissent, en matière de contre-interrogatoire, d'une grande liberté qui leur permet de vérifier et d'attaquer les dépositions des témoins et leur crédibilité²⁰⁰. » Le contre-interrogatoire, dont l'objet est de séparer la fausseté de la vérité, peut redonner à la preuve son éclat souhaité de pureté, en affectant la crédibilité du témoin qui a semblé avoir une perception déficiente de la réalité.

L'on constate que le devoir de répondre comporte certaines limites, que surveillent juges et avocats.

3. Refus de répondre

Il est rare que le témoin, de son propre chef, refuse catégoriquement de répondre, sauf s'il est lié par le secret professionnel. Qu'en est-il maintenant du témoin qui refuse obstinément de répondre ? Il se rend coupable d'outrage au tribunal. Celui qui se rend coupable d'outrage au tribunal est passible d'une amende n'excédant pas 5 000,00 \$ ou d'un emprisonnement pour une période d'au plus un an (article 51 *C.p.c.*). Au criminel, le refus de répondre peut entraîner l'emprisonnement pour une période d'au plus huit jours francs, renouvelables jusqu'à ce que le témoin consente à témoigner (article 472 *C.cr.*), et rend aussi passible d'outrage au tribunal, lorsque ce dernier procède en vertu du pouvoir inhérent reconnu en common law d'imposer une sanction pour outrage commis « en présence » ou « en face » du tribunal plutôt qu'en vertu du *Code criminel*²⁰¹.

Une condamnation pour outrage au tribunal selon l'article 51 *C.p.c.* pour refus de témoigner a un but coercitif et non punitif. L'emprisonnement devrait cesser dès que la personne incarcérée accepte de se conformer à l'ordonnance du tribunal, tout comme la peine peut être

198. *Le fond d'indemnisation des victimes d'accident d'automobiles c. Agnesi*, [1980] C.A. 557, notes du juge Bernier à la page 559.

199. *Ravary c. Lafrenière*, H. REID et D. FERLAND, *C.p.c. annoté*, 1981, vol. 3, page 581, [1978] C.A.

200. *R. c. Krause*, [1986] 2 R.C.S. 466, notes du juge McIntyre, page 474.

201. *Vaillancourt c. La Reine*, [1981] 1 R.C.S. 69; *Protection de la Jeunesse — 120*, [1984] T.J. 2006.

imposée derechef tant que l'outrage persiste²⁰². Une courte période d'emprisonnement, telle de dix jours, vise à contraindre le témoin à se soumettre à l'autorité du tribunal²⁰³.

Une déposition manifestement évasive peut constituer un refus de témoigner²⁰⁴.

Ces mesures sanctionnent le devoir du témoin à dire la vérité sous serment.

B. ASSERMENTATION

Tout témoin doit prêter serment ou affirmer solennellement « de dire la vérité, toute la vérité, et rien que la vérité » (article 299 *C.p.c.*, 107 *C.cr.*, articles 14 et 15, *Loi sur la preuve au Canada*). Selon la définition donnée par le *Code criminel* à l'article 107, « témoin » désigne une personne qui rend témoignage oralement sous serment ou par affidavit dans une procédure judiciaire. Une déposition n'est pas nulle du seul fait que le témoin eût dû être assermenté au lieu d'être admis à faire l'affirmation solennelle, ou inversement (article 300 *C.p.c.*). La formalité solennelle de l'assermentation consacre l'obligation morale du témoin à dire la vérité²⁰⁵.

Cette obligation de témoigner sous serment fonde notamment la prohibition du oui-dire²⁰⁶. En effet, selon l'article 294 *C.p.c.*, les témoins sont interrogés à l'audience, la partie adverse présente ou dûment appelée. Or, la preuve d'une déclaration faite à un témoin par une personne qui n'est pas elle-même assignée comme témoin, est une preuve par oui-dire, qui est irrecevable lorsqu'elle cherche à établir la véracité des faits constituant l'objet de cette déclaration²⁰⁷. L'auteur de la déclaration rapportée n'est en effet pas assermenté et ne peut au surplus être contre-interrogé.

L'enfant en bas âge qui, de l'avis du juge, ne comprend pas la nature d'un serment, peut être admis à rendre témoignage sans cette formalité, si le juge est d'opinion que cet enfant est doué d'intelligence suffisante pour pouvoir rapporter des faits dont il eu connaissance et s'il comprend le devoir de dire la vérité (article 301 *C.p.c.*, article 16, *Loi sur la preuve au Canada*). Toutefois, ce témoignage devra être corroboré, un jugement ne pouvant être fondé sur la foi de ce seul témoignage.

202. *Di Iorio c. Gardien de la Prison de Montréal*, [1978] 1 R.C.S. 152.

203. *Cotroni c. Commission de Police du Québec*, [1978] 1 R.C.S. 1048.

204. *Ibid.*

205. *La Reine c. Truscott*, [1967] R.C.S. 309.

206. *Royal Victoria Hospital c. Morrow*, *supra*, note 33.

207. *La Reine c. O'Brien*, [1978] R.C.S. 591.

La jurisprudence montre que l'on a accepté par application des articles 295 et 301 *C.p.c.* le témoignage d'enfants de six, huit, neuf et dix ans²⁰⁸. Ainsi, des enfants de six et huit ans sont en principe contraignables à témoigner, sous réserve par le tribunal de vérifier si les conditions de l'article 295 *C.p.c.* sont remplies²⁰⁹. La déposition non assermentée d'un enfant doit être corroborée²¹⁰. Par exemple, en matière d'abus sexuel, la corroboration exigée pourra provenir d'autres éléments de preuve²¹¹.

Dans certains cas précis, la preuve orale assermentée est remplacée par une preuve au moyen d'un affidavit détaillé, soit en matière de preuve par défaut, injonction interlocutoire, recours extraordinaires et demande de pension alimentaire. Cette déclaration écrite assermentée est l'équivalent des réponses qu'aurait donné le témoin lors de son interrogatoire principal; l'affiant peut être contre-interrogé hors cour selon l'article 93 *C.p.c.*, comme s'il avait été entendu à l'audience.

L'absence de serment rend en principe nulle la déposition, selon l'article 299 *C.p.c.*, comme si elle était inexistante²¹². Le refus de se faire assermenter constitue un outrage au tribunal²¹³.

Exceptionnellement toutefois, la théorie de l'officier *de facto* peut valider un serment non valable en soi parce que reçu par une personne non autorisée à ce faire, malgré les apparences contraires²¹⁴. Imaginons que le témoin croit avoir valablement prêté serment devant une personne habile à le recevoir et que tous ignorent l'existence d'un vice affectant la validité du prétendu serment. Doit-on conclure à la nullité de la déposition ou de l'ensemble des dépositions ainsi données de bonne foi? Le droit remédie à cette déficience en faisant appel à la théorie de l'officier *de facto*.

L'officier *de facto* occupe de bonne foi, en vertu d'un droit apparent conférant apparence de titre et d'autorité un poste qu'il n'a pas légalement le droit d'occuper, avec la reconnaissance du public et des tiers qui ignorent telle illégalité²¹⁵. Ainsi, un commissaire à l'assermentation qui agit comme tel sans avoir prêté le serment d'office requis est un

208. *Guénette c. Lapierre*, [1976] C.S. 2786; *Protection de la Jeunesse* — 258, J.E. 87-595 (T.J.).

209. *Protection de la Jeunesse* — 258, *supra*, note 208.

210. *Protection de la Jeunesse* — 120, [1984] T.J. 2006.

211. *Protection de la Jeunesse* — 129, J.E. 84-402 (T.J.).

212. *Rodrigue c. Francœur*, *supra*, note 99.

213. Article 304 *C.p.c.*, *Vaillancourt c. La Reine*, *supra*, note 201.

214. *La loi sur les tribunaux judiciaires*, (L.R.Q., c. T-16), articles 214-223, partie IV « Des commissaires pour la prestation du serment », traite des personnes autorisées à recevoir le serment.

215. Albert CONSTANTINEAU, *Public officers and the de facto doctrine*, Toronto, The Canada Law Book Company, 1910, pages 126 et ss; *O'Neil c. Tupper*, (1895) 4 B.R. 315; *Lacasse c. Labonté*, (1896) 10 C.S. 97 et 104, (C.S. et Cour de révision).

commissaire *de facto*, quoiqu'il ne soit pas commissaire *de jure*, et a qualité pour recevoir une déclaration sous serment²¹⁶.

Si la personne qui reçoit le serment se croit de bonne foi autorisée à cette fin et si le déposant croit prêter un serment valable, les réponses ensuite données auront valeur de témoignage, avec toutes les conséquences de droit.

La doctrine de l'officier *de facto* a « l'appui d'une jurisprudence impressionnante émanant de jugements rendus tant au Canada qu'en Angleterre et aux États-Unis²¹⁷ ». On a récemment sanctionné la validité d'un serment reçu par un commissaire à l'assermentation dont la commission était expirée, à l'insu de ce dernier et de l'affiant²¹⁸.

Il ressort donc que, dans certains cas, fort heureusement rares, la déposition donnée par un témoin pourra valoir en preuve, même s'il n'a pas été valablement assermenté.

C. PARJURE

Commet un parjure le témoin qui rend un faux témoignage avec l'intention de tromper sachant que le témoignage est faux (article 120 *C.cr.*). Quiconque commet un parjure est coupable d'un acte criminel et passible d'un emprisonnement de quatorze ans (article 121 *C.cr.*). De même, le témoin qui rend un témoignage essentiel à l'égard d'une question de fait ou de connaissance, contraire à un autre témoignage antérieur de sa part, est coupable d'un acte criminel et passible d'un emprisonnement de quatorze ans, à la suite d'une procédure intentée avec le consentement du Procureur général, que la déposition antérieure ou le témoignage postérieur, ou les deux, soient véridiques ou non, lorsqu'il est établi au-delà d'un doute raisonnable que ce témoin, en rendant tel témoignage, avait l'intention de tromper (article 124 *C.cr.*).

Se parjure le témoin qui donne une réponse absolument contraire à la vérité. Sa réponse n'a pour objet et effet que d'induire le tribunal en erreur²¹⁹. En s'abstenant de corriger une réponse antérieure qu'il sait erronée — ce qui peut affecter sa crédibilité, mais évite un parjure — le témoin persiste « à fausser la vérité et à tenter de tromper le tribunal²²⁰ ».

216. *Lamalice c. Cie. d'Imprimerie Électrique*, (1902) 4 R.P. 266 (C.S.); *Dionne c. Gilbert*, (1911) 39 C.S. 374.

217. *Villeneuve-Ouellette c. Charron*, [1977] C.A. 73, notes du juge Paré, à la page 76.

218. *Tribunal — Avocats — I*, [1985] D.D.C.P. 169.

219. *Cohen c. La Reine*, [1970] C.A. 230.

220. *Id.*, notes du juge Brossard à la page 231.

La simple erreur faite de bonne foi ne constitue pas un parjure. La perte de mémoire peut cependant constituer un parjure, tel le défaut de mémoire d'un accusé qui témoigne ne plus se souvenir de faits rapportés dans une déclaration extra-judiciaire signée²²¹. Il y a parjure lorsque le tribunal peut conclure que le défaut de mémoire d'un témoin « était malhonnête et délibérément allégué pour empêcher la cour de statuer sur la base de témoignages croyables²²² ».

Il se peut qu'il soit plus difficile de conclure à l'intention de tromper lorsque le témoignage consiste à dire : « je ne peux me souvenir » ou « j'oublie », que lorsqu'un témoin ment à propos d'un fait sur lequel il a fait une déclaration hors cour ou change sa relation antérieure des faits par une falsification ou modification positive. Cela ne va pas cependant jusqu'à donner une mesure juridique différente à la question de la culpabilité. Le droit relatif au parjure, sanction juridique nécessaire dans l'administration de la justice, serait totalement émoussé si une perte de mémoire calculée suffisait à y faire obstacle. La recherche de la vérité dans la mesure où un tribunal peut la trouver dans un témoignage, peut être contrecarrée tout autant par un témoignage négatif faux que par un témoignage positif faux. En ce sens, le faux a des conséquences positives dans chaque cas²²³.

Dans une inculpation d'outrage au tribunal pour faux témoignage, il est nécessaire d'établir hors de tout doute raisonnable la fausseté de la déposition, en précisant quelle partie du témoignage est visée²²⁴.

Rappelons que le parjure, ou dol dont traite le paragraphe 483, (5°) *C.p.c.*, ne suffit pas en soi à entraîner la rétractation du jugement civil²²⁵.

Le témoin contraignable ne peut donc, en droit, échapper à son obligation de rapporter des faits réels.

D. PROTECTION DE LA LOI

Le témoin jouit, selon l'expression utilisée, de la protection de la cour ou de la loi, consacrée au *Code de procédure civile* (article 309), dans la *Loi sur la preuve au Canada* (paragraphe 5(2)), dans la *Charte des droits et libertés de la personne* (article 38) et dans la *Charte canadienne des droits et libertés* (article 13). Son témoignage ne pourra servir à l'incriminer dans aucune poursuite pénale subséquente intentée contre lui, sauf pour parjure ou pour témoignages contradictoires²²⁶.

221. *Wolf c. La Reine*, [1975] 2 R.C.S. 107.

222. *Ibid.*

223. *Id.*, notes du juge Laskin, page 113.

224. *Cotroni c. Commission de la Police du Québec*, *supra*, note 203.

225. *Daoust c. Gauthier*, *supra*, note 167.

226. *R. c. Bourdon*, [1973] C.A. 357; *Di Iorio c. Gardien de la Prison de Montréal*, *supra*, note 202.

L'article 309 *C.p.c.* s'applique aux procédures subséquentes à celle où le témoin fait sa déclaration, et non aux procédures pénales antérieurement intentées²²⁷. Le témoin qui jouit de cette protection est contraint de répondre²²⁸.

[...] le seul moment pertinent relativement à l'appréciation de la nature incriminante du témoignage est celui de la seconde procédure [...] au moment où la poursuite cherche à utiliser le témoignage comme preuve²²⁹.

L'article 13 de la Charte canadienne et l'article 38 de la Charte québécoise visent à empêcher l'auto-incrimination par l'utilisation d'un témoignage antérieur. Cette forme de protection est liée au droit de ne pas être contraint de témoigner contre soi-même et à la présomption d'innocence établis aux alinéas c) et d) de l'article 11 de la Charte canadienne et aux articles 33 et 33.1 de la Charte québécoise²³⁰.

Selon l'article 309 *C.p.c.* et le paragraphe 5(2) de la *Loi sur la preuve*, le témoin doit invoquer la « protection de la cour ». Cependant, depuis la consécration de ce droit dans les deux Chartes, il s'agit maintenant d'une « protection de la loi » ne requérant aucune demande expresse. À la lumière de l'article 52 de la Charte québécoise²³¹, l'article 38 de la Charte l'emporte sur l'article 309 *C.p.c.*, de sorte que l'objection n'est plus requise. De même, en cas d'incompatibilité, la Charte canadienne l'emporte sur le paragraphe 5(2) de la *Loi sur la preuve au Canada*²³². Il s'agit donc d'une protection automatique.

Ce droit fondamental facilite l'éclosion de la vérité hors la menace d'une poursuite pénale pour avoir justement dit une vérité qui peut s'avérer incriminante par la suite.

CONCLUSION

À titre de brève conclusion, observons que l'obligation de vérité et d'honnêteté de la part des intervenants dans le monde de la justice est à la base même du respect et de la confiance qu'inspirent les tribunaux. La justice requiert droit, vérité et liberté. L'absence de vérité provoque l'injustice.

En terminant, puissent juges, parties, témoins et avocats dire comme St-Augustin : « La joie qui naît de la vérité, voilà le bonheur. »

227. *Brunet c. Rodrigue*, H. REID et D. FERLAND, *C.p.c. annoté*, Suppl. 1982, page 245, [1980] C.S.

228. *Di Iorio c. Gardien de la Prison de Montréal*, *supra*, note 181.

229. *Dubois c. La Reine*, [1985] 2 R.C.S. 350, notes du juge Lamer, page 364.

230. *Ibid.*

231. Art. 52 : « Aucune disposition d'une loi, même postérieure à la Charte, ne peut déroger aux articles 1 à 38, sauf dans la mesure prévue par ces articles, à moins que cette loi n'énonce expressément que cette disposition s'applique malgré la Charte. »

232. *Dubois c. La Reine*, *supra*, note 229.