

PROVINCIAL JUDGES

Journal

DES JUGES PROVINCIAUX

Volume 18 - No. 3

Fall 1994 Automne

Editor's Notebook / Remarques du rédacteur	1
President's Report / Rapport du Président	2
Judicial Fact Finding and A theory of Credit.....	4
La Procédure d'Enquête Judiciaire et Le Concept de Crédit	24
Une Bonne Action	46
Feedback / Réactions	49



THE CANADIAN ASSOCIATION OF
PROVINCIAL COURT JUDGES

L'ASSOCIATION CANADIENNE DES
JUGES DE COURS PROVINCIALES



The Canadian Association of Provincial Court Judges / L'Association canadienne des juges des cours provinciales

1993-1994

Officers / Membres du bureau

PRESIDENT/ PRÉSIDENT

Hon. Gerald J. Barnable
Provincial Court
P.O. Box 369
Placentia, NF
A0B 2Y0
Tel: (709) 227-2002
(709) 227-4856
Fax: (709) 227-5747

1st VICE-PRESIDENT/ 1er VICE-PRÉSIDENT

Hon. Wesley H. Swail
Provincial Court
408 York Ave., 5th Floor
Winnipeg, MB
R3C 0P9
Tel: (204) 945-7162
Fax: (204) 945-0552

2nd VICE-PRESIDENT/ 2ème VICE-PRÉSIDENT

Hon. James G. McNamee
Provincial Court
15 Market Sq., 5th Floor
Saint John, NB
E2L 1E8
Tel: (506) 658-2568
Fax: (506) 658-3061 (Crown)

3rd VICE-PRESIDENT/ 3ème VICE-PRÉSIDENT

Hon. Ann E. Rounthwaite
Provincial Court
4465 Clarence Taylor Cres.
Delta, BC
V4K 3W4
Tel: (604) 660-3121
Fax: (604) 660-3150

PAST PRESIDENT/ PRÉSIDENT SORTANT

Hon. Ernie S. Bobowski
Provincial Court
120 Smith St. East
Yorkton, SK
S3N 3V3
Tel: (306) 786-5720
Fax: (306) 786-1422

SECRETARY-TREASURER/ SECRÉTAIRE-TRÉSORIER

Hon. Pamela Thomson
400 University Ave., 16th Floor
Toronto, ON
M5G 1S8
Tel: (416) 325-8922
(416) 325-8920
Fax: (416) 325-8944
(416) 325-8912

The Provincial Journal is a quarterly publication of the Canadian Association of the Provincial Court Judges. Views and opinions contained herein are not to be taken as official expressions of the Canadian Association's policy unless so stated.

Le journal des juges provinciaux est une publication trimestrielle de l'Association canadienne des juges des cours provinciales. Les commentaires et opinions qu'il contient ne peuvent être considérés comme l'expression officielle de la position de l'Association canadienne, sauf indication à cet effet.

Editorial communications are to be sent to:

Les editoriaux doivent être envoyés à:

Judge Patrick H. Curran, Editor
Provincial Judges Journal
5250 Spring Garden Road
Halifax, Nova Scotia
B3J 1E7
Tel: (902) 424-8759
Fax: (902) 424-0603

Committees / comités

Atlantic Regional Education Conference/

*Conférence régionale de
l'Atlantique sur la formation*
Hon. Patricia L. Cumming
Justice Building,
P.O. Box 6000
Fredericton, NB E3B 5H1
Tel: (506) 453-2806
Fax: (506) 457-4812

Bilingualism/Bilinguisme

Hon. Louis A. Legault
représentant provincial
du Québec
Hon. D. Kent Kirkland
Ontario Court (Prov. Div.)
P.O. Box 906
Belleville, ON K8N 5B6
Tel: (613) 968-8563
Fax: (613) 966-4390

CBA Liaison/ Liaison avec l'ABC

Hon. David Arnot
Provincial Court
1002-103rd St., 2nd Floor
North Battleford, SK
S9A 1K4
Tel: (306) 446-7400
Fax: (306) 446-7432

Canadian Judicial College (Education Committee)/ Collège judiciaire canadien (Comité de formation)

Hon. R.A. Fowler
The Law Courts Building
Grand Falls, NF A2A 1W9
Tel: (709) 292-4212
Fax: (709) 292-4388

Civil Courts/ Cours civiles

Hon. E. Dennis Schmidt
Provincial Court
P.O. Box 33
Vancouver, BC V6Z 2C5
Tel: (604) 660-8377
Fax: (604) 660-8405

Committee on the Law/ Comité sur le droit

Hon. Owen Kennedy
P.O. Box 5144
St. John's, NF A1C 5V5
Tel: (709) 726-7181
Fax: (709) 729-6272

Compensation/ Rémunérations

Hon. Douglas McDonald
Provincial Court
323-6th Ave., S.E.
Calgary, AB T2G 4V1
Tel: (403) 297-3156
Fax: (403) 297-5287

Conference 1994/ Conférence 1994

Hon. Marvin Garfinkel
Provincial Court
408 York Ave., 5th Floor
Winnipeg, MB R3C 0P9
Tel: (204) 945-7169
Fax: (204) 945-0552

Conference 1995/ Conférence 1995

Hon. Irwin Lampert
Provincial Court
P.O. Box 5001
Moncton, NB E1C 8R3
Tel: (506) 856-2307
Fax: (506) 856-3206 (O)
(506) 854-4004 (H)

Constitution/ Constitution

Hon. Bruce LeGrow
Provincial Court
Stephenville, NF A2N 3K9
Tel: (709) 643-2966
Fax: (709) 643-4022

Family and Young Offenders/

*Famille et jeunes
contrevenants*
Hon. Lucie Godin
Cour du Québec
410, rue de Bellechasse est
Montréal, PQ H2S 1X3
Tel: (514) 495-5835
Fax: (514) 873-8938

History/ Histoire

Hon. Douglas E. Rice
Provincial Court
41 King St.
St. Stephen, NB E3L 2C1
Tel: (506) 466-7507
Fax: (506) 466-7508

Journal/ Journal

Hon. Patrick Curran

Editor/ Rédacteur Judicial Independence/ Indépendance des juges

Hon. K.E. McGowan
Ontario Court
(Criminal Division)
59 Church St., 2nd Floor
St. Catherine's, ON
L2R 7N8
Tel: (905) 988-6200
Fax: (905) 685-5271

National Judicial Institute/ Institut National de la Magistrature

Hon. James G. McNamee
2nd Vice-President/
2ème vice-président

New Judges Training/ Formation des nouveaux juges

Hon. Michel Babin
Cour du Québec
300, Boulevard Jean Lesage
Québec, PQ G1K 8K6
Tel: (418) 649-3424
Fax: (418) 643-8432

Professional Development/ Formation professionnelle

Hon. Ann E. Rounthwaite
3rd Vice-President/
3ème vice-président

Unification/ Unification

Hon. Albert G. Chrumka
Provincial Court
1A Sir Winston Churchill Sq.
Edmonton, AB T5J 0R2
Tel: (403) 427-7817
Fax: (403) 427-0481

Western Judicial Education Centre/ Centre de formation judiciaire de l'ouest

Hon. Douglas R. Campbell
Provincial Court
3162 Mathers Ave.
West Vancouver, BC
V7V 2K5
Tel: (604) 922-4217
Fax: (604) 922-7087

Provincial Representatives / Représentants Provinciaux

Newfoundland
Hon. Owen Kennedy
 Provincial Court
 P.O. Box 5144
 St. John's, NF
 A1C 5V5
 Tel: (709) 726-7181
 Fax: (709) 729-6272

Prince Edward Island
 No Representative

Nova Scotia
Hon. Frances Potts
 Provincial Court
 277 Pleasant St., Suite 200
 Dartmouth, NS
 B2Y 3S2
 Tel: (902) 424-2390
 Fax: (902) 424-0677

New Brunswick
Hon. Alfred H. Brien
 Provincial Court
 15 Market Sq., 3rd Floor
 Saint John, NB
 E2L 1E8
 Tel: (506) 658-2564
 Fax: (506) 658-3061

Québec
Hon. Louis A. Legault
 Cour du Québec - Palais de Justice
 1 Rue Notre-Dame E.
 Montréal, PQ
 H2Y 1B6
 Tel: (514) 393-2581
 Fax: (514) 864-2465

Ontario
Hon. D.A. Ebbs
 Ontario Court (Prov. Div.)
 P.O. Box 607
 Windsor, ON
 N9A 6N4
 Tel: (613) 254-3741
 Fax: (613) 254-7914

Manitoba
Hon. Ronald J. Meyers
 Provincial Court
 408 York Ave., 5th Floor
 Winnipeg, MB
 R3C 0P9
 Tel: (204) 945-8005
 Fax: (204) 945-0552

Saskatchewan
Hon. Gerald T.G. Seniuk
 Provincial Court
 230-20th St. E.
 Saskatoon, SK
 S7K 2H6
 Tel: (306) 933-7052
 Fax: (306) 933-8008

Alberta
Hon. Roger Smith
 Provincial Court
 P.O. Box 1470
 High Prairie, AB
 T0G 1E0
 Tel: (403) 523-6600
 Fax: (403) 523-6643

British Columbia
Hon. Bill MacDonald
 Provincial Court
 14340 - 57th Ave.
 Surrey, BC
 V3X 1B2
 Tel: (604) 572-2200
 Fax: (604) 572-2280

North West Territories
Hon. Beverley Browne
 Court House
 P.O. Box 297
 Iqaluit, NT
 X0A 0H0
 Tel: (819) 979-5450
 Fax: (819) 979-6384

Yukon
Hon. John Faulkner
 Territorial Court
 P.O. Box 2703
 Whitehorse, YT
 Y1A 2C6
 Tel: (403) 667-5438
 Fax: (403) 667-3079

Editor's Notebook / Remarques du rédacteur

This is an unusual issue of the Journal. Most of the issue is taken up by Judge Gerald T.J. Seniuk's paper on Judicial Fact Finding and A Theory of Credit. It is unusual for this publication to carry so long an item, but Judge Seniuk's work is a major and original contribution to legal scholarship.

Pat Curran
Editor
 Deadline for Next Issue
 Nov. 30, 1994

L'édition de ce Journal est inhabituelle. Elle se compose en grande partie de l'article du juge Gerald T.G. Seniuk intitulé

La Procédure d'Enquête et Le Concept de Crédit. Il est rare que cette publication comporte un article aussi long mais le travail du juge Seniuk constitue une contribution importante et originale au savoir juridique.

Pat Curran
Rédacteur
 Date-limite pour le numéro d'hiver
 30 novembre 1994

President's Report / Rapport du président

By the time this report reaches you a new president will head the Canadian Association of Provincial Court Judges and I will be at home working on my memoirs. This is an opportunity to thank you all for your hospitality, your patience, and your support. It was an honour to serve you.

When I took the position last September I decided to focus on welfare concerns of the members. I had a sense that that's where the membership wanted to go, and that was my background in working in my branch Association.

During the year I visited seven Provincial Association gatherings outside Newfoundland. I prepared reports on each visit and filed them with the representatives and officers of the Association. In addition, I attended two meetings of the Canadian Bar Association; the Y.O.A. Symposium in Aylmer, Quebec; the New Judges' Training Program in Val Morin, Quebec; and chaired the mid-year Executive Meeting of the CAPCJ, in Quebec. You have been given reports of these meetings through your reps.

On your behalf, I tried to set up meetings with the Prime Minister of Canada, and speak at the annual meeting of the Attorneys General. I was not successful, but I did manage to meet with Chief Justice Lamer, Justice Minister Allan Rock, Deputy Minister John Tait and CBA President, Cecilia Johnstone.

I spoke at every opportunity and urged listeners to understand that Canadian Provincial Court Judges are part of the judiciary, and entitled to the same degree of independence, status and respect as other judges. I told them our need to have an arms-length independent mechanism for periodically adjusting judicial remuneration, and insisted that it was necessary in the name of judicial independence. I raised the

Au moment où vous lirez ce rapport, une nouvelle personne assumera la présidence de l'Association canadienne des juges de cours provinciales et je serais en train d'écrire mes mémoires. Je désire profiter de l'occasion qui m'est offerte pour remercier chacun et chacune d'entre-vous de votre hospitalité, votre patience et votre soutien. Ce fut un grand honneur pour moi d'être à votre service.

Lors de ma prise de fonction au mois de septembre l'année dernière, j'avais décidé de porter toute mon attention au bien-être économique des membres. Je savais que cela était leur souhait et que j'avais acquis l'expérience voulue dans ce domaine au sein de la section locale de mon association.

Durant l'année en cours, j'ai rendu visite à sept associations provinciales en dehors de Terre-Neuve. J'ai préparé des rapports sur chacune de ces visites et je les ai transmis aux représentants et aux responsables de l'Association. De plus, j'ai assisté à deux rencontres de l'Association du Barreau canadien, au symposium sur la Loi sur les jeunes contrevenants à Aylmer (Québec), à la session de formation des nouveaux juges à Val Morin (Québec) et j'ai présidé la réunion semestrielle de l'A.C.J.C.P. à Québec. Vos représentant(e)s ont dû vous donner des rapports sur ces rencontres.

En votre nom, j'ai essayé d'obtenir, sans succès, un entretien avec le Premier ministre du Canada et j'ai demandé de pouvoir prononcer un discours lors de l'assemblée générale annuelle des procureurs généraux. Par contre, j'ai réussi à rencontrer le Juge en chef Lamer, le ministre de la Justice Allan Rock, le sous-ministre John Tait ainsi que la présidente de l'ABC Cecilia Johnstone.

Chaque fois que cela me fut possible, j'ai discuté avec ceux et celles qui voulaient bien m'écouter du fait que les juges des cours

vation of my colleagues who do settlement conferences, the personality and persuasiveness of the judge is far more important than the title. Were it otherwise, then all judges over time would have the same settlement resolution success ratio. Other than a quick one or two day indoctrination, judges lack the training to be skilled mediators. Persons with more training and greater skills could be hired to fulfil the mediation role and almost certainly at less cost to the public purse.

I have been a Provincial Court Judge for fifteen years doing my share of the civil litigation. Judge Martinson has pointed out that judges have instantaneous credibility simply because they are judges. I accept that statement for some of the litigants who have a measure of sophistication about the process. However, that is not true for all litigants and in today's world where professionals are regarded more and more with a healthy suspicion, it may not even be true for a majority. Suspicion may turn to hostility for those litigants who have accepted a settlement of something less than that to which they feel they are entitled because of the moral suasion of the judge mediator. Persons leaving a settlement conference should feel that they have effected a settlement that is in their interest, not one which they entered into because of the "credibility" of the judge.

Why is it so important that judges assume this non-judicial function? In the most contentious of any field of litigation, family law, judges regularly sign Consent Orders brought to fruition by the mediation efforts of family court counsellors. Is it not possible for legally trained mediators to resolve civil disputes and put the product of that resolution before the judge to make it a court order? If a sitting judge is so important to the process, why are retired judges used for pre-trial settlement conferences in some other jurisdictions? Where is the evidence

that other jurisdictions who use non-judges for pre-trial settlement conferences are significantly less successful than British Columbia? Can anyone envisage section 96 judges embracing this 'into the pit with the litigants' procedure? While I have been assured by supporters of this pre-trial mediation process that the section 96 judges are really interested in their involvement in this mechanism to resolve litigation, I would not bet that it would soon be adopted by that court. I'd suggest you rather place your money on the early discovery of the Loch Ness Monster.

Frankly, the administration of the Provincial Court of British Columbia has in the face of years of the development of the role of our court as a truly independent and impartial arbiter of disputes based on sworn evidence heard in open court, been prepared to water down (sacrifice?) that role so that we can say "Look at us! We settle 64 out of every 100." I do not question the dedication, sincerity or fairness of judges who see that they perform a useful role in pre-trial mediation. However, I do question whether our legislated role as mediator overrides our sworn duty to be judicially impartial, 'to be above the parties and the dispute itself'. Whether recognized or not on a case by case basis, the overriding imperative is to get matters settled before they clutter up our trial lists. The marginal benefit gained by using judges as pre-trial mediators is, in my view, far outweighed by the potential for permanent loss of that which Judge Martinson suggests is central to our role in the process; our credibility. Judge run mediation is questionably effective for litigants; it is unquestionably sad for the administration of justice.

Yours truly,
D.B. Overend, PCJ
The Provincial Court of British Columbia
3001 - 27 Street
Vernon, B.C. V1T 4W5

prospect of court unification whenever I saw the opportunity.

It has not been a tranquil year. A number of law suits have been initiated and CAPCJ has felt it necessary to establish a fund for court challenges. We have lost the services of our valued Director of the WJEC. I wish to thank Judge Campbell for his valued service to our Organization. His imagination and drive will be sorely missed.

Throughout the term I profited from the wise counsel of Executive Director and the other Table Officers. We had four teleconferences and exchanged information regularly. Also, I wish to thank the Committee Chairs for their work on behalf of the Association.

Finally, I would like to thank my wife, Patsy and son, Michael for letting me be away from home so much. I used to convince Patsy I was that much more affectionate when I came home.

Gerald J. Barnable,
President

provinciales étaient membres à part entière du système judiciaire et qu'ils/elles méritaient le même niveau d'indépendance, le même statut et le même respect que les autres juges. Je leur ai exprimé la nécessité d'avoir un mécanisme indépendant grâce auquel le niveau de rémunération des juges serait ajusté de façon périodique et j'ai souligné que cela était impératif afin de préserver l'indépendance du système judiciaire. J'ai également soulevé la question de l'amalgamation des cours lorsque j'en ai perçu la possibilité.

Ce ne fut pas une année de tout repos. Un certain nombre de recours en justice furent initiés et l'A.C.J.C.P. a jugé bon d'établir un fonds à cette fin. Nous avons perdu les services de notre estimé directeur du centre de formation judiciaire de l'ouest et je désire remercier le juge Campbell pour les services inestimables qu'il a rendu à notre Association. Son imagination et son ardeur nous manqueront énormément.

Au cours de mon mandat, j'ai pu compter sur les conseils avisés du directeur exécutif et des autres membres de la direction. Nous avons organisé quatre téléconférences et nous échangeons régulièrement des informations. De plus, je désire rendre hommage aux personnes qui président les divers comités pour leur travail au nom de notre Association.

Pour conclure, je voudrais remercier mon épouse Patsy ainsi que mon fils Michael d'avoir bien voulu me laisser m'absenter si souvent. J'espère avoir convaincu Patsy que mon affection était d'autant plus grande lors de mon retour à la maison.

Gerald J. Barnable
Président

Judicial Fact Finding and a Theory of Credit

Hon. Gerald T.G. Seniuk*

I. INTRODUCTION

The purpose of this article is to examine the uncertainty in the fact-finding process of a criminal trial in cases involving contradictory witnesses. The findings of fact necessary to prove a criminal charge (that is, those decisions about what was done or said at some specified time in the past), are often the sole issues in a criminal trial. Frequently, the decisions about the historical facts are based on the trier of fact favouring the word of one witness over that of another. The rejection of a witness's testimony removes that evidence from consideration. Trial judges only irregularly, and juries never, give reasons for disbelieving a witness and thereby remove that evidence from consideration. Thus, the fate of an accused or the justice afforded a victim may rest upon the word of one witness, with nothing more to justify the decision than the trier of fact's belief in that witness. Accordingly, legal proof and the process of legal reasoning in the determination of guilt or innocence can depend on a subjective belief that is almost impervious to rational analysis.

This in turn makes it difficult for anyone who has not actually seen the witnesses testify to judge the validity of the findings based on the reliability of those witnesses. For that reason, appellate courts leave the question of validity for the trier of fact and concentrate instead on questions of law, which only indirectly touch the issue through such topics as the admissibility of evidence and the application of the standard of proof. But generally, appellate judgments do not, because they cannot, analyze this subjective belief or the proof that rests thereon. Any

determination of guilt or innocence, therefore, that is based on a subjective belief of the trier of fact, is an important but neglected issue in judicial decision-making. Legal writers have given some attention to this issue, concentrating on the study of the strength of proof based on probabilities and the reasoning from fact to fact.¹ That type of analysis is different from the process of belief and proof that is considered here.

The belief and proof issues under consideration in this article are those based on the trust placed in a particular witness. The proof of guilt is no stronger than that trust. This contrasts with the type of belief or proof that is established by a series of facts leading logically to a conclusion. The strength of the latter type of belief can be assessed according to accepted standards of rational proof. There are no corresponding criteria universally accepted in the criminal trial process that assess the rationality of proof based on the subjective belief or trust placed in one witness over another. This results in an uncertainty in the fact-finding process involving contradictory witnesses.

The outcome of many cases may be contingent on a finding of fact based on competing testimony where truthfulness is at issue. Lacking any certain means to detect untruthfulness in these circumstances, the criminal law has traditionally used the presumption of innocence and rules of corroboration in order to guard against the risk of undetected false testimony. Some of the rules that required corroboration have been modified² or removed³ in the past decade. Additionally, recent Supreme Court of Canada decisions opposing exclusionary rules have reinforced

* Provincial Court Judge, Saskatoon, Saskatchewan. The author wishes to acknowledge the generous assistance of Professor Russ Buglass, University of Saskatchewan, in developing this article.

Reprinted with the permission of the Saskatchewan Law Review.

1 E.g. J.H. Wigmore, *The Science of Judicial Proof*, 3d ed. (Boston: Little, Brown, 1937); W.L. Twining, *Theories of Evidence: Bentham & Wigmore* (London: Weidenfeld & Nicolson, 1985); N. Gold, C. Maclellan & W.L. Twining, *Learning Lawyers' Skills* (London: Butterworths, 1989); W.L. Twining, *Rethinking Evidence: Exploratory Essays*, (Oxford: Basil Blackwell, 1990). For a number of articles considering a new academic movement called the "new evidence scholarship," which considers the implications of decision theory, probability and statistics for the study of evidence, see "Decision and Inference in Litigation" (Special Issue) (1991) 13 Cardozo Law Review 253 and following.

2 *Vetrovec v. R.*; *Gaja v. R.* (1982), [1982] 1 S.C.R. 811.

3 See *R. v. K.(V.)* (1991), 4 C.R. (4th) 338 (B.C.C.A.) at 346-48 where the statutory history is reviewed.

Feedback / Réactions

July 15, 1994

Dear Sir:

I read the Honourable Judge Martinson's article "The Civil Jurisdiction of the Provincial Court" in the spring issue of the Journal. While I accept her principal proposal that Provincially appointed judges should hear civil cases and that the mandatory settlement conference is a useful vehicle for resolving some litigation, I do not endorse her suggestion that judges are a necessary component of the settlement conference. While the settlement conference fulfills a number of purposes, some of which are mentioned in the article, its primary focus is as a forum for pre-trial mediation. Judges are by temperament and training not the most suitable persons to conduct these 'hearings'. Frankly, it diminishes the role of 'judge' to be legislated to participate in what is clearly a non-judicial function. There is a question in my mind whether the imposition of this mediation role on judges, given its non-judicial nature, is an infringement of our independence. Section 56 of the *Judges Act* (Federal) prohibits a judge from acting as a mediator unless expressly authorized to do so by an act of Parliament or a Legislature. Where such an appointment is made, the public clearly understands that the 'judge' for the purposes of the mediation is not sitting as a judge but is acting as a mediator. To allow those separate functions to be thrown together willy-willy is to do a disservice to the Bench and to the public. More than one small claims litigant has left a settlement conference only to complain that he was 'forced' to settle by the judge. Given the time constraints, successful mediation requires that the mediator get into the 'pit' if contentious issues are to be resolved. In theory, mediation is litigant driven; the judge is there to assist them in working out their own settlement. The

theory doesn't translate well into practise. No matter how well intentioned or judicial we may think we are, the fifteen or twenty minutes allotted for each mediation hearing puts pressure on judges to abandon impartiality and objectivity in favour of dispute resolution.

Rule 6:03 of the Code of Judicial ethics for the Provincial Court of British Columbia states:

"Judges should remain above the parties, their counsel and the dispute itself."

Litigants who have had their arms 'twisted' to arrive at a compromise settlement would be hard pressed to believe that judges are complying with the above ethic. I dispute Judge Martinson's assertion that judges' participation in the mediation process enhances the image of the administration of justice. Over time it is far more likely to be damaged as litigants come to realize that the person in the business suit sitting across the table is using the title 'judge' under a false pretence. He or she is really a mediator masquerading as a judge and that he or she is not there to impartially decide legal rights based on evidence but to effect settlements based on compromise and expediency.

What support is there for Judge Martinson's suggestion that settlement conferences should be presided over by judges rather than lawyers or lay mediators, other than her assertion that the 'vast majority of the civil judges sitting in Vancouver' shares that view? Nine judges sit in civil division in Vancouver. There are approximately 130 judges in this Province. A significant number of the latter, far exceeding a majority of the nine, disputes that assertion. In my limited experience and from the obser-

- *Il faudrait bien avertir monsieur Duval que nous ne pourrions pas aller dîner à l'Auberge, parce que nous devrions probablement accompagner les policiers à leurs bureaux pour y faire nos dépositions.*

A ce moment, le voisin revint et annonça que les policiers avaient dit qu'ils viendraient de toute urgence. Ce voisin aurait bien aimé avoir d'autres détails mais Albert s'approcha de lui et lui dit à l'oreille:

- *Nous vous fournirons d'autres renseignements plus tard, pour le moment, nous devons éviter de parler devant cet individu car nous ne pouvons prévoir ce qu'il pourrait répéter aux policiers et en Cour, car j'ai bien l'intention de voir personnellement à ce qu'il soit accusé d'être entré par effraction dans une maison et surtout d'avoir tenté de tuer mon père.*

Peu de temps après, une voiture de police arrivait; c'était la Police provinciale, accompagnée du constable de la municipalité. Albert s'identifia, en précisant qu'il était avocat, et présenta son père. Celui-ci dit aux policiers:

- *Cet homme est blessé, je suis médecin, je lui ai donc fait un pansement temporaire mais il est urgent de le conduire à l'hôpital.*
- *C'est ce que nous allons faire, répondit l'officier qui semblait être en autorité, mais il faut que vous veniez aussi avec nous pour les fins de l'enquête.*

Les policiers prirent le blessé dans leur voiture; ils saisirent les armes et ordonnèrent aux Dubois de les suivre. Au village, ils laissèrent le policier municipal, qui n'avait rien de plus à faire dans l'histoire.

Arrivés au bureau de la sûreté, les policiers prirent les dépositions du père et du fils, mais ils laissèrent entendre que ces derniers pourraient bien être aussi accusés puisqu'ils avaient blessé un individu et que l'affaire était loin d'être claire. Albert se rappela alors que le procureur de la Couronne de l'endroit, Lucien Lebel, était non seulement un confrère mais également un ami de longue date, manies'ils ne se voyaient plus très souvent; il lui téléphona donc et bien qu'on fût un samedi, Lebel était chez lui; il offrit de venir le rencontrer.

Après de longues discussions, le procureur de la Couronne et les policiers finirent par accepter la version des Dubois et par reconnaître que l'avocat avait tiré en état de légitime défense; ils ne seraient donc pas inculpés, du moins pour le moment. Les Dubois promirent de se tenir à la disposition de la justice, en attendant la fin de l'enquête.

Albert et son père purent donc rentrer chez eux, fourbus. Pendant le souper, ils racontèrent en détail les incidents de la journée puis, après une courte veillée, chacun alla se coucher.

Albert mit du temps à s'endormir, non seulement était-il énervé par ces événements mais il était inquiet à la pensée d'être peut-être accusé avec son père. Il regrettait presque d'avoir tiré et blessé l'individu qui avait pénétré chez ses parents et menacé son père, mais, songeait-il, que serait-il arrivé s'il n'avait pas tiré? Peut-être son père serait-il mort maintenant, se rappelant un incident semblable survenu quelques années plus tôt un propriétaire venu ouvrir son chalet avait été tué raide par un individu qui s'y était réfugié.

Non, il avait bien agi et même si on l'accusait, il saurait se disculper. A la fin, il réussit à s'endormir et il dormait profondément lorsque la sonnerie de son téléphone retentit dans la nuit.

(À SUIVRE)

the trend toward free evaluation of evidence.⁴ This leaves more discretion with each fact finder and allows for greater variability in decisions. Thus, in applying the same rules to the same testimony, different fact finders can make very different decisions.

Has this relaxation of the rules of corroboration produced a legal system in which a decision is as arbitrary as a coin toss? If in an identical case one judge would acquit while another would convict, then the outcome of the case is determined by which judge is drawn—which in essence leaves the outcome as much to chance as would the flip of a coin. Arbitrariness contributes to inconsistency. The more consistent a group of fact finders are, the less likely the outcome would be analogous to a game of chance. Therefore, the most consistent and acceptable free evaluation of evidence requires a discretion exercised with the least arbitrariness. With the removal of those rules that formerly imposed a greater degree of consistency, how can finders of fact now guard against arbitrariness?

The uncertainty in the fact-finding process is discussed in the first part of this article, with the conclusion that there is an element of chance in the determination of guilt or innocence. Chance implies risk, and in the criminal justice system, the stakes are high. The risk is that the innocent may be convicted or that the offender, sometimes still dangerous, will go free. This first section, therefore, also raises a fundamental question: at what level of risk does an innocent person come before a court to face his or her accuser, and what process of fact-finding maintains public confidence in that level of risk.

Recognizing that an element of risk exists, legal reasoning seeks to establish an acceptable degree of rationality by applying decision-guiding rules to the fact-finding process. These rules are considered in the next part, with the conclusion that in 1982 the criminal justice system abandoned the search for systematic rules of high specificity and opted instead for general principles to guide triers of fact. The Supreme Court of Canada set this course in its landmark decision of *Vetrovec v. R.*; *Gaja v. R.*⁵ This is discussed under the heading of "The Vetrovec Caution." The analysis concludes that in cases where the reliability of witnesses would be a central issue,

the Supreme Court of Canada has shifted the focus to a consideration of *credit*.

An incipient concept of *credit*—which may be described as the "estimation of the truthfulness of a witness based on his actions"⁶—provides a useful framework within which to examine these issues. The practical objective of this paper is to explore whether a concept of *credit* could provide a theoretical framework to guide judges in their collective studies of fact-finding. While some degree of uncertainty in the fact-finding process is ineradicable, the more rational and coherent that process becomes, the less similar it is to the flip of a coin, and the more public confidence it will engender.

Accordingly, the next section distinguishes between the concepts of competency, *credit* and credibility, and proposes a theory of *credit*. Although there are differences in integrity among witnesses, the concept of *credit* avoids the nebulous process of identifying which category of witnesses is unworthy of belief. *Credit* is presented as an easily rebuttable, fragile presumption.

Based on this theory of *credit*, there is then considered a *credit* model of analysis, which allows for a structural approach to the fact-finding process. With the removal of rigid rules, which guided decision making in a mechanical manner, a trier of fact now requires more skill in analysis and reasoning than ever before. The use of a structure, such as the *credit* model of analysis, focuses on the factors influencing one's belief or disbelief in a witness, identifying the relationship and strength of the influences that lead to such a belief. The *credit* model must only be understood as a tool of analysis, not as a technical procedure that will resolve contradictory testimony.

In the conclusion, the systemic bounds of rationality in the trial process are considered leading to further consideration of certain reforms that may lessen arbitrariness and inconsistency. Finally, it is urged that the legal profession involve other disciplines and professions, such as philosophy and psychology, in the study of these issues.

4 M.T. MacCrimmon, "Developments in the Law of Evidence: The 1987-88 Term" (1989) 11 Sup. Ct. L. Rev. 275 at 350.

5 *Supra*, note 2.

6 P.K. McWilliams, *Canadian Criminal Evidence*, 2d ed. (Aurora: Canada Law Book, 1984) at 1078.

II. UNCERTAINTY OF FACT-FINDING

A. UNCERTAINTY IMPLIES CHANCE

The similarity between a legal decision and a game of chance has been previously noted. In *Evidence, Proof and Probability*,⁷ Richard Eggleston relates the story of Judge Bridle goose, who threw dice to decide cases:

According to Rabelais' account of the matter, when Judge Bridle goose was cited to appear before the High Court of Mirelinguais to state his grounds for a doubtful decision, he explained that his method of deciding cases was by casting dice for the defendant and the plaintiff, and awarding the decision to the party getting the highest score. He said that in the instant case, because of advancing years, he might have misread the dice, especially as they were very small. It was urged on his behalf that in forty years the appellate court had not failed to uphold his judgements when appealed from....⁸

Eggleston notes that Rabelais understood four centuries ago that the Bridle goose system came much closer to the reality than was and is generally recognized and he goes on to say:

The judicial process is commonly thought of as one in which the judge first ascertains the truth as to the facts, then decides what the law is, and applies the law so found to the true facts of the case. But the judge does not ascertain the truth in any real sense. What he does is to give a decision on the evidence presented to him, evidence which is often incomplete, and with the collection and presentation of which the judge himself has nothing to do.⁹

Eggleston comfortably describes such uncertain findings of fact as "decision[s] on the evidence presented."¹⁰ Jerome Frank, another author concerned with such fact-finding, simply calls them "guesses."¹¹ However, the differences between a decision and a guess reflects more than a simple variance in the emotive effect of words. The more the fact-finding process implies guesswork, the more it resembles

a flip of a coin, and thus the informed public will have proportionately less confidence in the criminal justice system. The public accepts "decisions" by courts, as for example, "The judge rules that Mr. Smith took the money." However, the public would feel anxious if judges acted on conjecture, as for example, "The judge guessed Smith stabbed the victim." But as Frank points out, "whenever there is a question of the credibility of witnesses—of the believability, the reliability, of their testimony—then, unavoidably, the trial judge or jury must make a guess about the facts."¹² Guesses are subject to serious error. Frank maintains that "[t]hanks to avoidable courtroom errors, innocent men are convicted of crimes, and every week, for similar reasons, someone loses his life's savings, his livelihood, his job."¹³

In the forty years since his major works were first published, and despite his credibility as a thinker and a judge, Frank's observations have been largely overlooked by both the public and the legal profession. The Canadian public clearly must not believe that the justice system might routinely convict the innocent as warned by Frank; otherwise, there would be much public outcry. In order to gauge the public's expectations of the criminal justice system, one need only consider the concern that results from the exposure of even one false conviction,¹⁴ as well as the persistent societal anxiety that may be aroused by weaknesses in the fact-finding of a particular case.¹⁵ Accordingly, if the public accepts the validity of observations such as Frank's, there would be more evidence of social alarm. If anything, the public continually expresses concern that, in our zeal to protect the innocent from false conviction, too many guilty escape punishment.

Equally, mainstream jurists view Frank's argument as "an over-elaborated case about what in essence has never been far from the thoughts of the legal profession, viz., that you can never anticipate with certainty which way a court or jury will jump on issues of fact, and that

- *Pendant que vous allez ouvrir le chalet, je m'occupe des choses que nous avons à descendre de la voiture.*
- *Très bien, dit le père, je te laisse ça. Pendant ce temps-là, je vais préparer un bon feu de foyer car, à l'intérieur, ça doit être très humide.*

Le père se dirigea vers la maison pendant qu'Albert s'affairait dans le coffre de la voiture; comme chaque année, il y avait beaucoup d'objets à transporter en vue de l'été.

Soudainement, un coup de feu retentit, venant de la maison; Albert bondit pour regarder de ce côté et il aperçut son père qui luttait avec un homme, tous les deux se disputant la possession d'un fusil. La première réaction du fils fut de se précipiter vers son père mais dans un éclair, il se rappela le revolver que son père gardait dans le coffre à gants depuis qu'il avait été attaqué, une nuit, dans la ruelle, au moment où il remisait sa voiture dans son garage, après une visite à domicile.

Rapide comme un chat, Albert prit le revolver et voyant que l'individu ne l'avait pas encore aperçu, il s'avança en s'abritant derrière les arbustes et les hautes herbes, s'approchant d'assez près pour pouvoir viser avec précision. Le jeune avocat n'était pas un novice, il pratiquait le tir depuis plusieurs années et il n'hésita pas une seconde devant la situation. Les deux hommes continuaient à lutter mais il fallait agir vite: Albert visa l'étranger et tira; le premier coup atteignit l'homme à l'épaule, il lâcha le fusil et s'effondra.

Le père s'empara du fusil et le tint braqué sur l'individu pendant qu'Albert se rapprochait.

Un voisin, venu lui aussi pour la journée, entendit les coups de feu et accourut; on lui demanda d'appeler la police.

Le docteur déposa le fusil à terre et, s'adressant à son fils, dit:

- *Tiens-le en joue avec le revolver, lui dit-il, je vais regarder sa blessure, même si j'aurais plutôt l'envie de le laisser crever.*

Et pour l'individu toujours étendu à terre, il ajouta:

- *Quant à vous, je vous préviens, tenez-vous tranquille, si vous faites le moindre geste, mon fils tirera et je pense qu'il ne vous ratera pas.*

Il eut vite fait de dégager le bras blessé; il effectua un pansement afin de prévenir l'hémorragie.

- *Relevez-vous, lui dit-il, ensuite, je vais vous aider; vous allez vous asseoir, appuyé à la maison, en attendant les policiers, et ne bougez pas. Vous pouvez vous considérer chanceux de vous en tirer avec si peu.*

Le père et le fils prirent des chaises et s'assirent à quelque distance l'étranger, qu'ils surveillaient attentivement avec, dans les mains, l'un le fusil et l'autre le revolver.

Encore sous le choc, mais reprenant leur calme tranquillement, ils purent enfin se parler.

- *Comment est-ce arrivé? demanda le fils.*
- *Je me suis approché de la maison sans méfiance, répondit le docteur, j'étais loin de soupçonner qu'il y avait un intrus à l'intérieur, j'ai tenté d'ouvrir mais je me suis aperçu que la porte n'était pas verrouillée et, au même moment, cet individu a ouvert brusquement et a braqué son fusil sur moi; malheureusement pour lui, il s'est trop avancé et sans même réfléchir, par simple réflexe, j'ai saisi le canon du fusil en le dirigeant vers le haut, et le coup est parti. Nous avons continué à lutter et c'est là que tu es arrivé. Heureusement que tu as pensé à ce revolver!*
- *Je suis quand même bien content d'avoir pris des leçons de tir; je n'ai jamais pensé qu'elles pourraient me servir de façon aussi pratique.*

7 (London: Weidenfeld and Nicholson, 1978).

8 *Ibid.* at 1.

9 *Ibid.* at 1-2

10 *Ibid.* at 2.

11 *Courts on Trial*, (Princeton University Press, 1949) c.III at 14-36

12 *Ibid.* at 16.

13 *Ibid.* at 35.

14 See Nova Scotia, *Report of the Royal Commission on the Donald Marshall, Jr. Prosecution*, (Halifax: Queen's Printer, 1989)

15 *R. v. Milgaard* (14 April 1992), No.22732 (S.C.C.) [unreported].

Une Bonne Action

par Paul Robitaille, juge à la retraite

C'est le troisième épisode d'«Une bonne action», écrit par le juge en retraite Paul Robitaille, anciennement juge de la Cour provinciale du Québec. Il a régulièrement contribué à la rédaction du «Praetor», le bulletin mensuel des juges provinciaux du Québec dans lequel «Une bonne action» a été publiée en premier. L'histoire est reproduite avec autorisation. Elle raconte le meurtre d'un juge du Québec et les incidents dans sa vie professionnelle et personnelle qui ont précédé sa mort

La Buick Electra filait rapidement sur la nouvelle autoroute des Laurentides, que le premier ministre Maurice Duplessis devait inaugurer dans quelques jours. Albert conduisait, car son père savait combien il aimait tenir le volant, d'autant plus qu'il se sentait en complète sécurité avec ce grand fils qui, pour lui, était pourtant demeuré un petit garçon. Albert et son père connaissaient déjà les autoroutes américaines mais c'était grisant de pouvoir enfin, au Québec, rouler à grande vitesse sur ce long ruban reliant Montréal à Saint-Jérôme; avant l'inauguration, les guérites à péage étaient encore inoccupées mais la police de l'autoroute, dans ses nouvelles voitures et son uniforme tout neuf, exerçait sa surveillance, prête à tout moment à secourir les automobilistes en difficulté. Justement, il y avait un policier en train d'aider quelqu'un à changer un pneu.

Monsieur Dubois en fit la remarque:

“Voilà tout un changement, un policier qui aide un automobiliste au lieu de lui coller une contravention!”

On venait de contourner Saint-Jérôme, on s'apprêtait à s'engager sur le chemin des Hauteurs, il restait environ dix milles à parcourir pour arriver à la maison de campagne. C'était cette partie du trajet que préférait Albert, ce “petit chemin” comme le chantaient Jean Sablon et Mireille, sinueux, vallonné, étroit et dangereux, tracé à travers les arbres et qui sentait l'eau et la

forêt.

- *Il faudrait, dit tout à coup le docteur, arrêter à l'Auberge du lac pour réserver pour le lunch. J'espère que ce sont toujours les Duval qui tiennent l'Auberge, on ne sait jamais, elle a souvent changé de propriétaire.*
- *Il n'y a pas de raison que ça change, répondit le fils, les affaires semblent bien aller.*
- *En effet, mais il faut dire qu'ils travaillent très fort, surtout madame Duval, qui est aux fourneaux presque jour et nuit; sa cuisine est excellente.*

On traversa le village presque désert à cette heure et la limousine s'engagea sur le terrain de l'Auberge, en bordure du lac. Les propriétaires étaient les mêmes. Après les salutations, on échangea quelques paroles. Monsieur Duval raconta que la glace avait “calé” au cours de la nuit; l'eau, agitée par un souffle léger, était d'un bleu profond aux reflets irisés par les vagues soulevées par le vent.

Enfin, on arriva au chalet. C'était une maison de bois, à deux étages, avec un toit en pente, flanquée d'une grande véranda du côté donnant sur le lac; elle n'était habitable que l'été. Tout autour se trouvait un vaste terrain dont une partie en gazon mais le reste était laissé en friche avec de nombreux arbres qui, non seulement faisaient de l'ombre mais, aussi, protégeaient la maison des curieux. On y accédait par une petite route de gravier; le stationnement était situé près de la route, derrière une haute haie.

Après avoir stationné la voiture, Albert dit à son père:

- *Pendant que vous allez ouvrir le chalet, je m'occupe des choses que nous avons à*

innombrables facteurs combine to promote such uncertainty and render it ineradicable.”¹⁶ His ideas have also been dismissed as “more amusing than indicative of fruitful thought.”¹⁷ Although Frank has had some practical influence in legal circles, the American Realism movement of which he was a part has been judged as a shallow contribution to legal theory.¹⁸

Moreover, modern legal theorists have not given the issue of fact-finding the attention one might expect if Frank's concerns were accepted as valid. Ronald Dworkin, for example, is concerned with the uncertainty resulting from “hard cases” such as those that cannot be brought under a clear rule of law.¹⁹ However, the stuff of everyday trial courts, that is, those cases that turn on facts, are to him the “easy cases” where a judge simply applies a prior rule to a new case.²⁰ Dworkin has referred to the importance of the fact-finding issues,²¹ but in the context of his own thesis, such issues of fact are straightforward because “[i]f judges disagree over the actual, historical events in controversy, we know what they are disagreeing about and what kind of evidence would put the issue to rest if it were available.”²²

From a practical point of view, the problem is not encountered exactly in the manner stated by Dworkin. It is not that judges disagree; it is rather that a single judge, while lacking the evidence that would put the issue to rest, sits alone, not knowing whether other judges would agree or disagree with the decision on the facts. Provincial court judges in Saskatchewan are currently examining whether trial judges viewing the same trial in isolation from one another would render the same decision on the same facts. This paper is one step in such an examination, and other phases of the project can generate further material, such as inter-disciplinary articles, educational videos and manuals and judicial educational programs. A video²³ has

been prepared which realistically depicts a trial wherein a young female from a troubled past alleges a retired war-disabled veteran sexually assaulted her. The video is intended for use in a judicial fact-finding project, but it has also been shown to other groups, in particular twenty second-year law students.²⁴ Each student was asked to decide the case as if sitting as a judge alone. They divided twelve to eight in favour of guilt, a decision that was wholly dependent on fact-finding. Such an acquittal by eight out of twenty reasonable people, whether they be lay persons, trial judges or students trained in the law, implies a reasonable doubt as to guilt. Yet, if the trial had proceeded before only one of those twenty “judges,” there was a 60 percent chance of conviction.

It is reasonable to expect that the same situation exists in contemporary trial courts. That is, with all else being the same, when one judge convicts where another would have acquitted the actual determination of guilt or innocence is essentially left to the “luck of the draw” of judges. Hypothetically, if the outcome of the trial depends on the blind luck of the judge drawn and if the pool from which the judge is drawn, would split 50-50 upon viewing the same facts, then the issue could be decided by a flip of a coin and still be as predictable as a trial. More importantly, the issue in question would have as strong a claim to having reached the “just” decision. Either procedure initially rests upon chance and not reason, although the trial procedure subsequently obscures the foundation of chance it rests upon by an intricate display of legal procedure, rules and reasoning. Legal decisions based on a lottery are unthinkable, yet such a lottery seems to exist in the trial process. Ironically, society's acceptance of the trial process is based on a confidence of its rationality. This raises a fundamental question, which would not

16 Lord Lloyd of Hampstead & M.D.A. Freeman, *Lloyd's Introduction to Jurisprudence*, 5th ed. (London: Stevens & Sons, 1985) c. 8 at 685.

17 A.V. Lundstedt, *Legal Thinking Revised* (Stockholm: Almqvist & Wiksell, 1956) at 394, quoted in Lloyd & Freeman, *ibid.* n. 35.

18 *Ibid.* at 701.

19 Dworkin, *Taking Rights Seriously* (Cambridge: Harvard University Press, 1977) c. 4 at 81. But see “Decision and Inference in Litigation,” *supra*, note 1 for reference to the “new evidence scholarship” which is a recent theory that focuses on fact-finding and which is not regularly taught in law schools in Western Canada.

20 *Ibid.* at 4.

21 Dworkin, *Law's Empire* (London: The Belknap Press, 1986) at 12.

22 *Ibid.* at 3.

23 “Competing Stereotypes,” producer Judge David Arnot, (North Battleford: Battlefords' Community Cable, 1991) included in a series of videos commissioned by the Western Judicial Education Centre, Judge Douglas Campbell, executive director.

24 Professor Howard McConnell, lecture, *Jurisprudence Seminar*, University of Saskatchewan, College of Law, Saskatoon, March 1991.

change if the pool was split 75:25 instead of 50:50. At what level of risk does an innocent person come before a court to face his or her accuser, and what process of fact-finding reduces that level of risk to the point that public confidence in the legal process is maintained?

B. RISK AND FACT-FINDING

It is a maxim of our criminal law that it is better for ten guilty to go unpunished than for one innocent to be condemned. This ratio of ten to one, which regularly appears as a maxim in common law criminal cases, was established by Blackstone.²⁵ The ratio has varied, however. The Romans advocated that the ratio be at one guilty escape unpunished rather than one innocent condemned; Fortescue at twenty to one; Sir Edward Seymour in 1696 thought he followed the Romans at a ratio of ten to one; Hale at five to one; Blackstone established it in our minds at ten to one; and Bentham, in opposing the maxim, took it to be one hundred to one.²⁶

Glanville Williams cites William Paley as the maxim's most celebrated opponent, and quotes from Paley's *Principles of Moral and Political Philosophy*:

*When certain rules of adjudication must be pursued, when certain degrees of credibility must be accepted, in order to reach the crimes with which the public are infested, courts of justice should not be deterred from the application of these rules by every suspicion of danger, or by the mere possibility of confounding the innocent with the guilty. They ought rather to reflect, that he who falls by a mistaken sentence may be considered as falling for his country.*²⁷

No one would today argue so forthrightly that the innocent should be sacrificed to secure the conviction of the guilty, but Williams concedes that the justice system allows that "some risk of convicting the innocent must be run."²⁸ But at what risk?

The jury system in a sense translates that question into concrete odds in that an accused need only place a doubt in the mind of one of the twelve jurors in order to escape conviction. To Blackstone, trial by jury, a distinctively British invention, is "the glory of English law."²⁹ But it was not always considered so, and in its infancy, an accused had to be tortured into accepting a trial by jury.³⁰ There are, of course, many historical reasons for the fear of a jury trial,³¹ of which at least one is "because the jury included persons who knew the accused and had been his accusers, conviction was more certain at a jury trial than at an ordeal, where there was a good chance of 'coming clean.'"³² Consent to jury trial was necessary because "there remained uncertainty how a jury of mortals could assume the divine task of determining guilt,"³³ an explanation not unlike Bridle goose's because "knowing how obscure the law was, he put himself under divine guidance which revealed itself in the fall of the dice."³⁴

The jury system was not initially developed to protect the innocent, but subsequently grew in this function as did contemporary notions of justice.³⁵ Unfortunately, as it became a fairer system, it became less readily available to all, and "[i]ronically, the developments intended to improve the fairness of the jury trial created incentives to avoid the trial process altogether by guilty plea."³⁶ Aside from institutional disincentives to a jury trial, there is also a procedural impediment—a jury trial is not an available option for all criminal charges. Moreover, where the parties do have an option, the vast majority opt for trial by a judge alone.

Even if a jury trial were available to all, it would not provide a guarantee that factual issues are rationally determined. The jury trial is criticized both by those who lament the escape of the guilty and by those who fear for the innocent. To as careful a student of the law as Glanville Williams, "these dangers are not merely fanciful

"coupable" ou "non coupable". Il se peut par exemple que les témoignages révèlent sans aucun doute que l'accusé afflige d'une certaine façon la victime ou la communauté. Mais il demeure possible que le juge prudent se voie incapable de conclure qu'on a fait la preuve du "fait" (*de la perpétration*) de l'acte criminel - par exemple, que l'accusé a frappé la victime au visage. Ce dilemme est représenté avec un humour teinté de réalisme dans la caricature où l'on voit le juge qui déclare l'accusé non coupable, mais qui le sermonne en lui disant de ne plus recommencer. Plutôt que de réduire le règlement de la question à la décision du juge enquêteur portant sur un acte criminel déterminé, il serait peut-être utile de songer à rendre un *autre* verdict qui, tout en tenant compte de l'indétermination des faits, reconnaît que le juge se doit d'y réagir.

Dans de tels cas, les notions débattues dans les appareils judiciaires autochtones pourraient nous suggérer des alternatives viables aux réactions et aux verdicts non-criminels?

Dans les cas où l'on ne se préoccupe pas avant tout d'imputer une responsabilité morale ou d'imposer une peine, un verdict autre que celui de "coupable" ou "non coupable" serait susceptible de permettre à la communauté de réagir en soumettant les parties à une forme de surveillance ou de consultation, tout en écartant la cause du processus de justice criminelle. Il arrivera souvent que de telles situations surgissent dans les procès où il y a enquête et où des témoins qui se contredisent et qui sont en relation ont à déposer. Il peut s'avérer pratique d'avoir la possibilité de rendre un jugement interlocutoire, mesure de nature à protéger la victime et la communauté sans menacer la sécurité de l'accusé, dans les cas où, en dépit de nos nombreux soupçons et de notre grande inquiétude, il est dangereux de rendre un jugement de culpabilité compte tenu de l'incertitude qui est inhérente à la procédure d'enquête.

Nous ne prétendons pas que le modèle d'analyse du crédit est une procédure propre à

départager les témoignages contradictoires. Les catégories de témoins n'étant plus le principal point de mire de l'examen des témoins douteux, le modèle d'analyse du crédit les remplace en donnant à cet examen une structure logique et cohérente. D'autres modèles d'analyse pourront être tout aussi utiles à cette fin. Mais on ne doit pas se servir isolément de n'importe quel modèle et ainsi statuer machinalement sur la culpabilité ou l'innocence de l'accusé car on referait ainsi l'erreur de diviser les témoins en catégories d'une façon machinale. En première instance, le jugement est fondé sur la preuve toute entière, et en faisant appel aux techniques d'enquête voulant qu'on isole artificiellement les témoignages les uns des autres est susceptible on risque de commettre des erreurs graves.

En tant que structure technique, le modèle d'analyse du crédit permet d'aborder de façon cohérente la procédure d'enquête lorsqu'elle donne lieu à des témoignages contradictoires. On peut s'attendre à ce qu'une étude de la procédure d'enquête offre des avantages semblables en matière de cohérence à ceux qu'apportent aux juges leurs autres cours de formation. En général, les colloques favorisent une compréhension et une intelligibilité (sic) qui se traduisent à leur tour par une cohérence judiciaire génératrice de confiance dans le grand public. L'apparence d'exactitude prend de l'importance à cet égard :

*Only by producing generally acceptable verdicts on facts at issue can a legal system ensure that in the long term it will continue to retain the respect of the informed public. Only thus will it even survive. What is crucial here is not so much actual accuracy of trial outcomes, but rather the extent to which people believe in this accuracy, especially in criminal cases.*¹³⁴

Des conclusions de fait intelligibles et raisonnables, par opposition à arbitraires et imprévisibles, serviront à engendrer les bons verdicts requis pour que le public continue de faire confiance à notre appareil judiciaire.

25 Glanville Williams, *The Proof of Guilt*, 3d ed. (London: Stevens & Sons, 1963) c. 7 at 187.

26 *Ibid.* at 186-87.

27 Vol. 6 (Dublin, 1817) c. 9 at 428, quoted in *ibid.* at 187 n. 3.

28 Williams, *supra*, note 25 at 190.

29 *Ibid.* at 253.

30 O.E. Fitzgerald, *The Guilty Plea and Summary Justice* (Toronto: Carswell, 1990) at 13 n. 37.

31 *Ibid.* at 12.

32 *Ibid.*

33 *Ibid.* at 11.

34 Eggleston, *supra*, note 7 at 1.

35 Fitzgerald, *supra*, note 30 at 4-14.

36 *Ibid.* at 25.

134 D. Cohen, "Freedom of Proof" dans W.L. Twining, ed. *Facts in Law* (Wiesbaden: Steiner, 1983) I aux pages 4-5, cité dans MacCrimon, *supra*, note 3 à la page 277 n.10.

une incohérence entre juges dans l'évaluation, en grande partie de nature générique, de la preuve à l'appui. Parce qu'elle est générique, on arrivera à en faire un usage cohérent soit par persuasion rationnelle (sic), après analyse du problème particulier (par exemple, l'effet du casier judiciaire sur le crédit), ou par le biais d'une réforme de nature législative ou d'origine jurisprudentielle. Cependant, si la différence d'opinion porte sur une question de croyance, de telle sorte que le juge qui se fonde sur la déposition du témoin A, de préférence à celle du témoin B, ne peut justifier sa condamnation ou son acquittement de l'accusé qu'en invoquant la confiance qu'il porte au témoin A, on se butte alors à une des limites que le système impose à la rationalité.

La jurisprudence ne nous renseigne guère sur les efforts déployés par la magistrature pour mieux comprendre les limites rationnelles de la confiance.¹²⁶ Ce sont les Cours d'appel de l'Ontario¹²⁷ et de la Colombie-Britannique¹²⁸ qui, les premières, ont tenté de repousser ces frontières. Mais la Cour suprême du Canada mit un terme à ces efforts lorsqu'elle statua que lorsque les témoignages sont contradictoires, le juge n'a pas donner de motifs lorsqu'il décide d'écarter ou de recevoir un groupe de témoignages plutôt qu'un autre, et notamment lorsqu'il décide d'écarter celui de l'accusé.¹²⁹ Certains auteurs juristes ont fait allusion à cette question¹³⁰, mais on aurait avantage à consulter ceux d'autres disciplines, notamment la philosophie¹³¹ et la psychologie.¹³²

L'augmentation des rapports entre le milieu juridique et les autres disciplines aura pour effet de clarifier et de développer les réflexions des juristes et d'étendre les connaissances des fonctionnaires de la cour, notamment en matière d'évaluation de la crédibilité, de les sensibiliser aux nouveautés scientifiques dans le domaine, par exemple, des techniques de détection des mensonges, ou de renseigner les avocats et les membres de la magistrature au sujet d'études

portant sur des sujets où on n'y voit pas clair, notamment dans les domaines de la culture, du sexe et de la classe. Ces sujets surgissent souvent en raison de croyances auxquelles on ne porte guère attention. Il faudrait pourtant que tous les juristes joignent leurs efforts pour promouvoir les activités pédagogiques de cette nature. Sinon, les avocats pleins d'espoir qui viendront proposer de nouveaux concepts à nos tribunaux se buteront à des juges mal préparés à convenir de la portée de ces nouvelles approches; en revanche, il est possible que des juges soulevés en cour des questions traitées dans ces colloques et dont les avocats ne sont pas au courant.

Parce que la décision du juge de croire un témoin plutôt qu'un autre dépend de son appréciation subjective et que cette appréciation diffère d'un juge à l'autre, il y aurait lieu d'envisager l'établissement d'autres règles ou méthodes en matière décisionnelle. On pourrait utiliser des enregistrements de procès sur bande magnétoscopique dans les séminaires judiciaires, pour permettre de décider de l'utilité des jurys. Si Williams a raison de croire que le procès devant trois juges est préférable au procès devant juge seul ou au procès par jury¹³³, il faudrait pousser notre examen de la question pour se demander quels procès devraient alors être instruits devant un jury, si on devrait permettre aux accusés de faire un choix pour en décider ou si on devrait adopter une autre procédure à cet égard et quels modifications il faudrait alors apporter à la législation. La disparition de la Commission de réforme du droit du Canada, la possibilité que l'on considère une éventuelle réforme d'une telle envergure sont minces et il est peu probable que l'on mette au point des modèles innovateurs en matière d'enquête.

L'incertitude inhérente à la procédure d'enquête nous porte à envisager de nouveaux verdicts permettant de réagir à la question de façon plus imaginative que de répondre

... [and] [i]t is impossible to say how far these factors produce unjust verdicts."³⁷ The *Criminal Code*³⁸ prohibits any disclosure of a jury's deliberations, and one reason for such prohibition is "the desire to preserve public confidence in a system which more intimate knowledge might destroy."³⁹ The jury may be a glorious invention of English law, but there is no way of determining whether the jurors' methods are in fact more rational and thus preferable to flipping a coin.

Did the old English believe that an ordeal was a certain test of guilt anymore than modern Canadians believe that a jury trial discovers truth? Or are both simply measures accepted by the people of the day for use in deciding cases where absolute human certainty is impossible? Judges who decide cases alone sometimes long for the luxury of a jury, perhaps not because they feel that a jury can better find the facts, but because, as William says, "[i]t is better to be a judge sitting with a jury than a single judge, in the same way as it is better to be a member of a firing squad than a single hangman."⁴⁰ Unshielded by a jury, the single judge arms himself or herself with rules, such as there are.

III. RULES AND FACT-FINDING

A. PROOF BEYOND A REASONABLE DOUBT

There is no "code" of rules and guidelines for fact-finding, and each judge develops a personal list of cases and principles from which he or she draws most often. While each is personal to the particular judge, such lists will generally reflect some common guidelines.

One fundamental principle with the most general application is the presumption of innocence. An accused is presumed innocent until proven guilty beyond a reasonable doubt. Even informed lay people⁴¹ overstate this presumption as meaning the following: "The law which orders that a man be presumed innocent until he is found guilty, does not impose an open mind on the court, but tells it on the contrary what to believe at the start: namely that the man is innocent."⁴²

The presumption in its strongest sense, as a belief that the accused is innocent, contradicts certain realities of the criminal law. As Williams says, "there is a sense in which it would be correct to say the presumption does not hold."⁴³ Pre-trial custody and the conditions under which arrested persons are held are examples of treatment of an accused that are inconsistent with innocence. "Obviously such a man is not, in any intelligible sense outside the rules of evidence, presumed to be innocent, though neither is he presumed to be guilty. The fact simply is that the finger of suspicion is pointing against him," writes Williams.⁴⁴

What the presumption of innocence really means is that the burden of proving the accused's guilt is upon the prosecution.⁴⁵ Accordingly, when confronted with the burden of proof, the trial judge is dealing with the "most fundamental rule of the game."⁴⁶ That fundamental rule, stated more fully, means all of the following:

The onus or burden of proving guilt of an accused person beyond a reasonable doubt rests upon the Crown and it never shifts.... The Crown must prove beyond a reasonable doubt that an accused person is guilty of the offence with which he is charged before he can be convicted. If you have a reasonable doubt as to whether the accused committed the offence with which he is charged, it is your duty to give that accused the benefit of the doubt and to find him not guilty on such counts. Now let me say by way of assistance that proof beyond a reasonable doubt has been achieved when you as a juror feel sure of the guilt of the accused. It is that degree of proof which convinces the mind and satisfies the conscience so that you as a conscientious juror feel bound or impelled to act upon it. Conversely, when the evidence you have heard leaves you as a responsible juror with some lingering or nagging doubt with respect to the proof of some essential element of the offence with which the accused is charged so that you are unable to say to yourself that the Crown has proven the guilt of the accused beyond a reasonable doubt as I have defined those words then it is your duty to acquit the accused.

126 Les tribunaux d'appel traitent de la procédure d'enquête lorsqu'ils réévaluent et qu'ils estiment la valeur probante des témoignages de façon à déterminer si le verdict est raisonnable ou s'il n'est pas justifié par cette preuve. Voir, par exemple l'arrêt dans *Yebe c. R.* [1987] 2 R.C.S. 168.

127 *R. v. Gun Ying*, 65 O.L.R. 369, 53 C.C.C. 378, [1930] D.L.R.925.

128 *R. v. Tonelli* (1951) 13 C.R. 430, 3 W.W.R.(N-É) 495, 99 C.C.C. 345.

129 *Lemay c. R.*; *R. c. Sugiyama*, *supra*, note 62.

130 *Supra*, note 1.

131 Jonathan Dancy, *Introduction to Contemporary Epistemology* (Oxford: Basil Blackwell, 1985); Armstrong, *supra*, note 119.

132 John C. Yuille, ed., *Credibility Assessment* (Dordrecht, Hollande: Kluwer Academic Publishers, 1988).

133 *Supra*, note 25.

37 *Supra*, note 25 at 276-77.

38 R.S.C. 1985, c. 46, s. 649.

39 *Supra*, note 25 at 268.

40 *Ibid.* at 282.

41 Michael Polanyi, *Personal Knowledge: Towards a Post-Critical Philosophy* (Chicago: University of Chicago Press, 1958).

42 *Ibid.* at 278-79.

43 *Supra*, note 25 at 183.

44 *Ibid.*

45 *Ibid.* at 184.

46 *R. v. W.(D)* [1991], 1 S.C.R. 742 at 750, Sopinka J.

... [i]f you believe the accused and he did not commit the offence or what he did lacks some essential element of the offence or if the evidence of the accused either standing alone or taken together with all of the other evidence leaves you in a state of reasonable doubt you must acquit him, but if upon consideration of all of the evidence, the arguments of counsel and my charge you are satisfied that the accused has been proven guilty beyond a reasonable doubt as I have defined those words to you, it is your duty to convict the accused.

Now I tell you that it is rarely possible to prove anything with absolute certainty and so the proof or the burden of proof on the Crown is only to prove guilt beyond a reasonable doubt and when I speak of reasonable doubt I use the words in their ordinary natural meaning, not as a legal term having some special connotation. A reasonable doubt is an honest and fair doubt based on reason and common sense. It is a real doubt, not an imaginary or frivolous doubt which might be conceived by an irresponsible juror to avoid his or her plain duty.⁴⁷

Difficulties arise in applying the presumption of innocence to those cases which essentially turn on the word of the accuser against the word of the accused, or their witnesses. If one story is true, and the other appears necessarily to be false, there is a dangerous temptation to view the decision as an "either/or" choice between the versions. That is an error.

A Saskatchewan Court of Appeal decision rendered in 1946⁴⁸ has guided trial judges on this point, but the Supreme Court of Canada was still dealing with the "oft-repeated error"⁴⁹ in 1991, indicating how tricky and difficult an area of fact-finding this is. In cases where the stories are absolutely in opposition, and it is obvious that they cannot both be true, it is not the function of a finder of fact to solve the question beyond a reasonable doubt as to which side was telling the truth. The finders of fact should "consider the credibility of all the witnesses and if they had any reasonable doubt of the story told by the witnesses for the Crown ... or if they thought that

the evidence given by the accused might reasonably be true they should return a verdict of not guilty."⁵⁰

The standard of proof beyond a reasonable doubt does not apply to the individual items or separate pieces of evidence,⁵¹ but the accused is entitled to the benefit of a reasonable doubt as to each element of the offence.⁵² In a case where credibility is important, the rule of reasonable doubt applies to that issue.⁵³ As to the question of credibility, the Supreme Court of Canada's most recent statement is as follows:

First, if you believe the evidence of the accused obviously you must acquit.

Secondly, if you do not believe the testimony of the accused but you are left in reasonable doubt, you must acquit.

Thirdly, even if you are not left in doubt by the evidence of the accused, you must ask yourself whether, on the basis of the evidence which you do accept, you are convinced beyond a reasonable doubt by that evidence of the guilt of the accused.⁵⁴

In the case of contradictory witnesses, an "either/or" approach to the evidence leads to error. For example, if the accused is disbelieved, it is an error to therefore conclude the opposing testimony must necessarily be accepted:

The jurors cannot accept (the opposing) version, or any part of it, unless they are satisfied beyond all reasonable doubt, having regard to all the events that the events took place in this manner; otherwise the accused is entitled, unless a fact has been established beyond a reasonable doubt, to the finding of fact the most favourable to him, provided of course that it is based on evidence in the record and not on mere speculations.⁵⁵

Likewise, the acceptance of the complainant's version may not by itself establish proof beyond a reasonable doubt, since the issue is not which version of the evidence is true, but rather, "on the totality of the evidence viewed as a whole, whether the Crown's case has been proven beyond a reasonable doubt."⁵⁶ Thus, in cases where an accused could not be convicted unless his or her evidence on an issue is totally rejected, if a trial judge convicts by relying on the

machinalement à l'instruction du procès. Le juge des faits doit tenir compte de toute la preuve qui lui est présentée et, s'il reste un doute raisonnable, il doit acquitter l'accusé, peu importe le crédit accordé de plein droit aux témoins importants. Le modèle d'analyse du crédit se veut un cadre d'analyse, un outil pour attirer l'attention du tribunal sur les éléments de preuve qui sont révélés ça et là au cours du procès et qui, même s'ils n'ont aucun rapport direct avec l'*actus reus*, ont néanmoins un effet sur la décision qui tranchera définitivement la question en litige.

V. CONCLUSION

L'incertitude de la procédure d'enquête dans le système de justice criminelle est bien connue et on admet qu'elle est indéracinable. Si on court le risque de condamner un innocent, c'est pour cette raison et aussi à cause du fait que les tribunaux concluent souvent à la culpabilité sur la foi d'un seul témoignage, même lorsque le témoin qui dépose n'est peut-être pas digne de confiance. Selon Dworkin, la nécessaire unanimité des douze jurés est un gage de sécurité et un élément essentiel de la procédure pénale.¹²² Ce dernier affirme éprouver de la difficulté à s'empêcher de croire que c'est en grande partie par hasard que ce nombre fut retenu. Ailleurs dans son ouvrage, ce dernier évoque l'hypothèse d'un jury plus juste (*accurate*) :

(Traduction) Supposons (pour mettre les choses au pire) que les procès seraient un tout petit peu plus justes si les jurys étaient formés de vingt-cinq jurés au lieu de douze ... Si nous continuons à ne faire appel qu'à douze jurés pour éviter de payer plus cher, des gens innocents seront condamnés ... Si les gens n'ont pas droit aux procès les plus justes possibles, oubliez la dépense, alors à quel degré de justice ont-ils droit ?¹²³

Mais quel est le niveau de justice si, comme dans notre supposition, un groupe de vingt juges des faits judiciaires sont divisés en deux camps égaux, ce qui laisse supposer que le hasard, non la raison, est le facteur déterminant dans les cas difficiles?

Il existe peut-être des systèmes qui sont meilleurs que le jury composé de douze profanes ou que le juge siégeant seul. Glanville Williams s'est déjà dit d'avis que les affaires au criminel seraient mieux jugées par un banc de trois juges qui ne pourraient condamner que par des verdicts unanimes :

*Trial by a single judge or magistrate provides no adequate safeguard against the vagaries of the individual. Trial by three judges, giving reasons for their decision and subject to correction on appeal, should in all human experience be a better trial than by jury; if it is not, there must be something gravely wrong with our method of appointing judges.*¹²⁴

Il y a également d'autres modèles à étudier, comme par exemple le *Schoffengerich* allemand, où de deux à six magistrats profanes siègent en qualité d'experts en plus d'un juge professionnel.¹²⁵

Toutefois, les réformes de cette nature échappent à la compétence des juges de la cour provinciale. Les juges doivent plutôt continuer d'améliorer leur rendement personnel au travail à l'intérieur du système actuel. On y arrivera notamment en encourageant la discussion et l'analyse de toutes les questions qui s'y rapportent. L'initiative en ce sens adoptée par les juges de la cour provinciale de Saskatchewan et dont j'ai déjà fait mention fait appel à la technologie du vidéo pour étudier la procédure d'enquête.

On ne peut limiter la portée de notre analyse aux questions de technique judiciaire sans discuter des influences systémiques fondamentales qui impliquent nécessairement un certain degré d'incertitude et d'arbitraire. Une meilleure compréhension de ces questions dans le cadre de la procédure d'enquête nous révélera l'urgence de procéder à une réforme et aussi de réduire le stress occasionné par les jugements rendus dans l'incertitude. Les juges ont quotidiennement à se débattre avec des questions de culpabilité ou d'innocence qui dépendent des conclusions de leur enquête, conclusions qui varieront souvent selon qu'ils accueillent ou qu'ils rejettent une déposition alors que les témoins se contredisent.

Le juge pourra atténuer la difficulté inhérente à la procédure d'enquête en cultivant sa technique de raisonnement critique méthodique.

La mise en oeuvre de techniques améliorées de raisonnement dans le cadre des procès au criminel sera facilitée si on parvient à mieux comprendre les limites que le système impose à la rationalité. Il est possible que l'étude empirique fasse surgir une de ces limites en cherchant s'il est possible de réduire ce qui semble être une différence d'opinion au sujet d'une croyance à

47 *Ibid.* at 753-55, Cory J., quoting trial judge.

48 *R. v. Nykiforuk*, [1946] 3 D.L.R. 609 (Sask. C.A.).

49 *Supra*, note 46 at 758, Cory J.

50 *Supra*, note 48 at 612.

51 *R. v. Morin*, [1988] 2 S.C.R. 345.

52 *R. v. Moreau* (1986), 26 C.C.C. (3d) 359 at 389 (Ont. C.A.).

53 *Supra*, note 46 at 757.

54 *Ibid.* at 757.

55 *R. v. Nadeau*, [1984] 2 S.C.R. 570 (*sub nom. Nadeau v. R.*).

56 *R. v. Riley* (1979), 42 C.C.C. (2d) 437 at 440 (Ont. C.A.).

122 Ronald Dworkin, *A Matter of Principle* (Cambridge: Harvard University Press, 1985) à la page 91.

123 *Idem*, à la page 90.

124 *Supra*, note 25 à la page 299.

125 *Idem*.

témoigner n'augmente le crédit de quiconque ni n'en diminue la fragilité. Le tribunal qui évalue le crédit ne fait pas de liste du pour et du contre pour ensuite calculer le solde. Cinq signes de plus (+) ne représentent quand même que ce que le témoin avait au départ, à savoir la fragile présomption de crédit, l'unique signe de plus (+) du diagramme que le moindre doute fait disparaître. La présence de cent preuves de crédit¹¹⁹ sans rapport avec ce doute ne fera pas disparaître ce moins. Pareillement, une douzaine de doutes peuvent tous être élucidés par un fait, rétablissant de la sorte le crédit par voie d'explication. Comme le dit Wigmore, la crédibilité est une chose globale, non divisible, de telle sorte que "ce qui rétablit notre confiance en lui [le témoin] personnellement la rétablit complètement; si nous concluons qu'il veut dire la vérité, nous allons ajouter foi à l'ensemble de sa version des événements."¹²⁰

4. Les juges font-ils un usage incohérent des attributs de caractère pour accréditer ou discréditer les témoins? La même caractéristique devrait avoir une propriété générique pareillement applicable à plusieurs cas. Le témoin est-il discrédité du fait qu'il est un adolescent préoccupé (comme en font foi ses absences non autorisées, ses confrontations avec ses parents et sa toxicomanie)? D'autant plus que chaque affaire représente un cas unique et doit être vue comme un tout, la preuve de réputation conserve une qualité générique. Il n'est pas certain que les juges, le grand public ou les experts en la matière s'entendent sur l'usage qui devrait être fait de ces renseignements dans la détermination du crédit.

Pour la plupart, les gens se fondent sur leur propre expérience de la vie pour porter des jugements sur autrui. L'expérience personnelle est un système de croyances, une sorte de plan dans l'esprit des gens, un tracé qui oriente l'activité de chacun.¹²¹ Lorsqu'on omet d'en vérifier l'exactitude et le mode d'emploi, nos préjugés risquent de nous égarer. De même, chacun est libre de suivre un autre tracé. Dans le cas d'agression sexuelle à l'étude, les différents juges sont-ils susceptibles d'en arriver à des conclusions différentes dans leurs jugements selon les idées qu'ils se font subconsciemment des "vieux cochons" et des "vénérables anciens combattants"? L'application universelle de concepts comme celui du modèle d'analyse de l'honnêteté, rend plus difficile la dissimulation de l'impact de ces croyances sur les décisions judiciaires.

5. Les juges qui entendent les témoignages contradictoires et non-discrédités de l'accusé et de la plaignante réagissent-ils tous de la même façon lorsque le poursuivant leur demande "pourquoi mentirait-elle?" Tout en étant de nature générique, cette question dépend des circonstances propres à chaque cas. Toutefois, même si elle peut en principe toujours être posée, cette question ne devrait pas discréditer l'accusé car on lui imposerait ainsi le fardeau de prouver que la plaignante a un motif de mentir. Le crédit n'étant pas cumulatif, on ne pourrait donc pas se servir de cette question pour discréditer l'accusé. Elle pourra cependant servir à le réhabiliter. Si, par exemple, le juge doute du témoignage de la plaignante à cause du fait qu'elle a un casier judiciaire, dans les circonstances de cette affaire la question "pourquoi mentirait-elle?" est susceptible de rétablir son crédit.

Les questions susdites ouvriront la porte à l'analyse qui doit être faite afin de déterminer jusqu'à quel point les différences d'opinion de la magistrature peuvent expliquer l'incohérence qui sévit chez les juges. Lorsqu'un les avis d'un groupe sont partagés sur une constatation de fait, comme ce fut le cas dans l'exercice du vidéo auquel nous avons déjà fait allusion, deux raisons peuvent expliquer ce désaccord. Premièrement, certaines gens croient intuitivement que tel ou tel témoin dit la vérité et une décision judiciaire ne peut adéquatement refléter leur opinion. Deuxièmement, les opinions diffèrent lorsqu'il s'agit de décider quel élément de preuve confirme le crédit et quel élément de preuve y porte atteinte, ou quel poids accorder à ces éléments de preuve.

L'examen empirique s'intéresse avant tout au mécanisme de la preuve contradictoire et détermine quels éléments influencent les décisions en matière de crédit. L'analyse empirique peut en outre révéler ce qui se passe en pratique - ce qui revient à dire qu'elle permet de savoir s'il est possible de réduire ce qui semble être une différence d'opinion au sujet d'une croyance à une incohérence entre juges dans l'évaluation de la preuve à l'appui. Le modèle d'analyse du crédit a pour but de dévoiler le processus de raisonnement critique que comporte la procédure d'enquête et par conséquent d'intensifier l'analyse et l'évaluation de certains éléments ou catégories de preuve.

On ne saurait d'ailleurs trop insister sur la nécessité de veiller à ne pas procéder aussi

evidence of a complainant, an appeal court may find it significant "that the trial judge did not specifically reject the evidence of the appellant nor find his evidence to be incredible."⁵⁷

If the accused does not take the stand to deny an accusation, it is not open to a trial judge sitting alone to bolster a weak Crown's case by making an inference from the omission to testify or to raise a defence.⁵⁸ Nor is it proper for a trial judge to reject the accused's denial of the charge on the basis that there is no apparent reason for the complainant to fabricate the allegation.⁵⁹

If the Crown's case is based on circumstantial evidence, the defence evidence, if uncontradicted, is entitled to some weight and cannot be disallowed simply by the trial judge saying that he or she disbelieves a witness. Reasons are necessary for rejecting oral defence evidence in preference to the Crown's circumstantial evidence.⁶⁰ In discrediting a witness, every judicial officer is obligated both to the witness and to the appellate court to state reasons for so doing.⁶¹

However, where there is a conflict of oral testimony, the trial judge need not give reasons for rejecting or accepting the evidence of one group of witnesses over another, including the rejection of the accused's testimony.⁶²

On the question of credibility of witnesses generally, the Supreme Court recently made no criticism of the following jury direction:

In deciding what the facts are in this case you will be the sole judges of the truthfulness of the witnesses and of the weight to be given to the testimony of each of them. In deciding whether a witness is worthy of belief you should bring your own common everyday experience to such matters. Simply, in effect, exercise your good common sense. I tell you that you are entitled to believe all of the evidence given by a witness, part of that evidence or none of it. In determining whether to believe that witness you should consider such things as his or her ability and opportunity to observe his appearance or her appearance

*in the manner while testifying before you, his or her power of recollection, any interest, bias or prejudice that he or she may have, any inconsistencies in the testimony and the reasonableness of that testimony ought to be considered by you when considering the light of all of the evidence in the case. You are not obliged to accept any part of the evidence of a witness just because there has been no denial of it.*⁶³

The accused's evidence, however, even if disbelieved, should not be discarded, but still considered as part of the total evidence to which the standard of proof applies. For that reason, the credibility of the accused is not treated exactly as is that of any other witness.⁶⁴

The above propositions arose in the context of particular appellate correctives, mostly from cases where the appellate court judges were concerned that the burden of proof—that "most fundamental rule of the game"—was compromised. Such propositions were not (and are not) intended as rigid rules forming a systematic guide to fact-finding. In the history of our criminal law, attempts have often been made to formulate such rules, most notably in dealing with evidence from accomplices, children, disreputable witnesses and complainants, especially complainants of sexual assault. That search was abandoned by the Supreme Court of Canada when it broke with precedent in the case of *Vetrovec v. R.*; *Gaja v. R.*⁶⁵ by removing the special rule requiring corroboration in accomplice evidence.

B. THE VETROVEC CAUTION

The specific issue in *Vetrovec* was accomplice evidence, but the principles from the case are applied to witnesses generally, and are not limited only to accomplices. The court concluded that it was impossible to find a rule which embodies and codifies a common sense approach in deciding guilt or innocence based on evidence from potentially unreliable sources. While rejecting rigid rules requiring special scrutiny of any witness, subject to a contrary statutory re-

119 De l'anglais "accrediting characteristics". J'ai interprété.

120 J.H. Wigmore, *supra*, note 113, vol.7 à la page 424, cité dans *Vetrovec*, *supra*, note 2 à la page 826.

121 D.M. Armstrong, *Belief, Truth and Knowledge* (Cambridge University Press, 1973) aux pages 3-5.

57 *Ibid.*

58 *R. v. Patrick*, [1982] 138 D.L.R. (3d) 384, aff'g [1981] 128 D.L.R. (3d) 496 at 513 (B.C.C.A.).

59 *R. v. Krack* (1990), 56 C.C.C. (3d) 555 at 561-62 (Ont. C.A.).

60 *R. v. Armstrong* (1970), [1972] 16 C.R.N.S. 170 at 171 (Ont. C.A.). See also *R. v. MacGregor* (1971), [1972] 6 C.C.C. (2d) 86 at 86 (Ont. C.A.).

61 *R. v. McCullough* (1969), [1970] 1 C.C.C. 366 at 368-69 (Ont. C.A.).

62 *R. v. Armstrong*, *supra*, note 60 at 171-72; see also *R. v. Sugiyama* (1976), [1977] 3 W.W.R. 478 at 479 (B.C.C.A.); *Lemay v. R.*, [1952] 1 S.C.R. 232 at 237-38; *Belzberg v. R.* [1962] S.C.R. 254 at 256.

63 *Supra*, note 46 at 747, Cory J. quoting trial judge.

64 *Ibid.* at 747-48, Sopinka J.: "I have serious misgivings that it is appropriate to make the bald statement that the credibility of the accused is to be treated exactly as that of any other witness."

65 *Supra*, note 2.

quirement, the court cautioned that in some circumstances, a clear and sharp warning is appropriate.⁶⁶ This has since been referred to as "the *Vetrovec* warning" or "the *Vetrovec* caution,"⁶⁷ and is based on the following statement of Dickson C.J.:

*I would only like to add one or two observations concerning the proper practice to be followed in the trial court, where, as a matter of common sense, something in the nature of confirmatory evidence should be found before the finder of fact relies upon the evidence of a witness whose testimony occupies a central position in the purported demonstration of guilt and yet may be suspect by reason of the witness being an accomplice or complainant or of disreputable character.*⁶⁸

Instead of pigeonholing witnesses into categories and then reciting ritual incantations, it is now within the discretion of the trial judge to determine, after thoroughly examining "all the factors which might impair the worth of a particular witness,"⁶⁹ the appropriate time to exercise such caution with respect to that witness.

Additionally, the court essentially discarded the technicalities of corroboration in accomplice evidence. However, when caution is appropriate, "something in the nature of confirmatory evidence should be found before the finder of fact relies upon the evidence."⁷⁰ This implies that "confirmation from some other source that the suspect witness is telling the truth"⁷¹ is needed, something such as whether the suspect testimony "fits in with other statements or circumstances relating the particular matter."⁷² Such supporting evidence need not relate to any of the overt acts to which the witness has testified, but the supporting evidence will suffice if it is capable of inducing a rational belief that the witness is telling the truth.⁷³

The *Vetrovec* warnings should not be applied to the testimony of an accused nor to that of the defence witnesses, but only to evidence that may assist in the demonstration of guilt.⁷⁴

Thus, a new chapter in the law of evidence was opened in *Vetrovec* when the court rejected rigid rules "which though they may cause difficulties because of inflexibility at least constitute a bulwark against incompetence or prosecution mindedness,"⁷⁵ and opted instead for discretionary rules sensibly applied. This decision reflects a sense of confidence in the fact-finders in a criminal trial prudently to exercise caution when required. Using the concept of credit, of trustworthiness, a judge will assess the worth of a witness and the appropriate need for caution.

C. VETROVEC AND CREDIT

In assessing the need for caution, the court in *Vetrovec* held that the trial judge should determine whether "the witness is trustworthy"⁷⁶ or whether "the credit of the witness is such that the jury should be cautioned."⁷⁷ Thus, the concept of credit, or trustworthiness, is the framework within which a trial judge assesses the worth of a witness. In the common law, one cannot discount a witness's testimony solely on the basis of a stereotype; that is, people with common characteristics should not be lumped into judicially-created categories to which special rules of evidence then apply. That is the legacy of *Vetrovec*.

Both common sense and the *Vetrovec* court recognize, however, that in practical terms witnesses do fall into specified categories, that some categories are more likely to include unreliable witnesses and that such categories may by themselves indicate initial caution. In *Vetrovec*, Dickson C.J. said that initial caution may arise "by reason of the witness being an accomplice or complainant or of disreputable character."⁷⁸ However, while specifically mentioning accomplices, complainants and disreputable characters, the court in that case was forcefully discarding strict reliance on such categories, and not reaffirming such reliance. In applying *Vetrovec*, that must not be forgotten; what is needed is

Au cours du processus intellectuel qui sert à l'évaluation de la fiabilité du témoin, le litige en question se situe quelque part à l'intérieur d'un cadre comportant six niveaux possibles. Une condamnation peut être envisagée à tous et chacun de ces niveaux mais, compte tenu de ce que nous avons précédemment affirmé au sujet du crédit, la probabilité d'une condamnation va en décroissant du haut en bas des niveaux suivants :

1. La partie défenderesse ne fait entendre aucun témoin (D'O'); la déposition du témoin à charge est accréditée (C+).
2. La déposition du témoin à décharge est discréditée (D-); celle du témoin à charge est accréditée (C+).
3. La déposition du témoin à décharge est discréditée (D-); celle du témoin à charge est discréditée (C-).
4. La déposition du témoin à décharge est accréditée (D+); la déposition du témoin à charge est accréditée (C+).
5. La partie défenderesse ne fait entendre aucun témoin (D'O'); la déposition du témoin à charge est discréditée (C-).
6. La déposition du témoin à décharge est accréditée (D+); celle du témoin à charge est discréditée (C-).

On peut faire un diagramme de ces niveaux en utilisant les symboles suivants: D=témoin à décharge; C=témoin à charge; O=aucun témoin; "+"=accréditée; et "-"=discréditée.

	D	C
1.	O	+
2.	-	+
3.	-	-
4.	+	+
5.	O	-
6.	+	-

Au premier et au deuxième niveau, on prévoit une condamnation dans tous les cas, si on ne donne pas de bons motifs pour acquitter. Aux quatre autres niveaux, il est possible mais douteux qu'il y ait condamnation. Au cinquième et au sixième niveaux, il est peu probable qu'il y ait condamnation, et l'avertissement *Vetrovec* s'applique, tout comme au troisième niveau. En conséquence de l'application des considérations énoncées dans l'arrêt *Vetrovec*, le témoin à charge peut voir son crédit rétabli, ce qui a pour effet de faire passer les chances de condamnation à un niveau supérieur. Si le crédit n'est pas rétabli, on peut s'attendre à un acquittement si on ne donne pas de bons motifs justifiant une condamnation.

Par exemple, imaginez le cas d'une jeune femme au passé orageux qui prétend avoir été

victime de l'agression sexuelle d'un vétéran invalide de guerre qui l'a engagée pour faire du jardinage. Ce dernier nie l'avoir agressée. Les questions de crédibilité ne débalancent pas l'échelle car les erreurs de perception, d'observation, de mémorisation ou d'interprétation ne poussent pas innocemment les témoins à raconter des mensonges. Seul leur crédit est en cause.

En se servant de cet exemple et du modèle du crédit, les questions suivantes méritent d'être analysées:

1. En se fondant sur le simple énoncé des faits, quel niveau de cette échelle doit-on prendre comme point de départ ? Le doute raisonnable, la présomption d'innocence et la règle énoncée dans l'arrêt *Vetrovec* ont-ils la même signification pour tous les juges ? Du simple fait qu'on le soupçonne, l'accusé est-il déjà discrédité, selon l'expression de Williams, de telle sorte qu'il parte avec un moins (-) sur l'échelle ? La règle *Vetrovec* signifie-t-elle que le plaignant commence avec un moins, ou passe-t-elle du haut au bas de l'échelle seulement si le juge décide de se montrer prudent ?
2. Supposons que la plaignante âgée de 16 ans purgeait, au moment du procès, une peine de huit mois de garde en milieu fermé pour deux vols à main armée commis le même été que la présumée agression. Quelle pertinence devrait-on, s'il y a lieu, attribuer au fait qu'elle ait un casier judiciaire ? Les juges n'ont sûrement pas besoin d'interpréter différemment ce fait non contesté. Cela porte-t-il ou non atteinte à son crédit ?

La force de l'opinion publique donne à penser que le fait d'avoir un casier judiciaire n'a rien à voir avec l'honnêteté du moment. S'il en est ainsi, alors il n'est pas nécessaire qu'il soit reçu en preuve. Cependant, si on devait cacher ce renseignement au juge, on s'attirerait à coup sûr la critique de l'appareil judiciaire. S'il s'agit d'un élément de preuve qui est pertinent, alors dans quelle mesure l'est-il ? En outre, sa pertinence doit assurément être étendue et ainsi, il serait utilisé de la même façon par différents juges.

3. Dans un procès au criminel, les témoins qui ne sont pas discrédités ont-ils tous la même occasion de s'exprimer, peu importe leur situation sociale ou leur expérience du monde ? Si les deux sont témoins et que ni l'un ni l'autre n'est par ailleurs discrédité, la parole de l'honnête citoyen retraité qui a "fait son bout de chemin" vaut-elle mieux que celle de l'adolescent qui se débat encore dans la vie ?

Le concept du crédit veut que l'on donne aux deux parties des chances égales de s'exprimer. La présomption de crédit est une présomption facile à réfuter. Le fait qu'il y ait mille indices pour en

66 *Ibid.* at 322.

67 *R. v. Bevan* (1991), 63 C.C.C. (3d) 333 at 340 (Ont. C.A.).

68 *Supra*, note 2 at 831.

69 *Ibid.* at 823.

70 *Ibid.* at 831.

71 *Ibid.* at 829, quoting Lord Diplock in *D.P.P. v. Hester* [1972] 3 All E.R. 1056 at 1073 (H.L.).

72 *Ibid.* at 830, quoting Lord Reid in *D.P.P. v. Kilbourne*, [1973] 1 All E.R. 440 at 456 (H.L.).

73 *Ibid.* at 832.

74 *R. v. Tzimopoulos* (1986), [1987] 29 C.C.C. (3d) 304 339-40 (Ont. C.A.).

75 J.D. Heydon, "The Corroboration of Accomplices" [1973] Crim. L. Rev. 264 at 281, quoted in, *supra*, note 2 at 824.

76 *Supra*, note 2 at 823.

77 *Ibid.*

78 *Ibid.* at 831.

le jury d'examiner la preuve.¹¹² Puisqu'il est possible de faire la preuve du crédit en invoquant la réhabilitation, soit par le processus d'explication¹¹³ (sic), le témoin ne peut jamais être inconditionnellement discrédité à cause d'un seul et même fait. Même le parjure peut se réhabiliter en s'expliquant.¹¹⁴ Étant donné qu'il est possible de faire la preuve du crédit (c'est-à-dire la preuve que le témoin est honnête et digne de confiance) au moyen d'une preuve à l'appui, il n'est pas nécessaire que cette preuve implique l'accusé; il n'est pas obligatoire qu'elle prouve la culpabilité de l'accusé¹¹⁵. La déposition d'un tiers ne doit servir que pour appuyer le crédit du témoin; il n'est pas nécessaire qu'elle fasse la démonstration de la culpabilité de l'accusé.¹¹⁶

En résumé, on revient au point de départ, à l'affaire *Vetrovec* et "à la poursuite de l'impossible: trouver une règle qui incorpore et qui codifie le bon sens en regard d'un processus qui consiste à déterminer la culpabilité ou l'innocence d'un accusé d'après un dossier qui comporte des témoignages de sources possiblement douteuses."¹¹⁷ Il ne peut y avoir de règle précise visant le témoin en qui on ne peut avoir confiance, car il n'est pas susceptible d'identification précise à l'avance. Toutefois, tous les témoins ne partagent pas la même intégrité et il faut, pour les besoins de la justice, que l'on tienne compte de ces différences dans le déroulement du procès. On y arrivera non en s'efforçant d'identifier le témoin peu fiable au cours de l'audition, ce qui représente un processus nébuleux, mais en reconnaissant la grande précarité de la présomption de crédit. Il est en effet facile de réfuter cette présomption en soulevant un doute raisonnable sur l'honnêteté du témoin. Le témoin discrédité n'est plus sur un pied d'égalité avec celui qui jouit de la présomption de crédit. On peut valablement refuser de se fier au témoignage du témoin discrédité même si on ne refuse pas de le croire. On ne devrait agir sur la foi de la déposition du témoin que si son crédit a été rétabli soit par conviction, par réhabilitation ou par preuve complémentaire. Dès qu'il y a des éléments de preuve susceptibles de valablement réfuter la présomption de crédit, il devrait être noté au dossier de la cour que le juge a entendu

le témoin dans le but de déterminer s'il était de bonne foi de la façon énoncée par le juge en chef Dickson dans l'arrêt *Vetrovec*.

B. Le modèle d'analyse du crédit

Il n'existe pas de réglementation systématique en matière d'enquête, mais la jurisprudence nous fournit de nombreux principes directeurs en la matière. Avec l'arrêt *Vetrovec* et les autres modifications statutaires, certains obstacles injustifiés qui bloquaient la procédure d'enquête sont disparus. On ne doit pas refuser de croire le témoin parce qu'il tombe dans une catégorie prédéterminée de témoins non fiables. La diminution des règles et l'adoption correspondante de mesures visant à assurer aux juges une plus grande liberté dans l'appréciation de la preuve ne les ont pas poussé à rendre des jugements plus discrétionnaires. Il leur faut désormais s'appliquer plus que jamais à rendre des jugements lucides sur les faits historiques en litige. Plutôt que de machinalement appliquer les règles comme le ferait un ordinateur programmé à cette fin, le juge doit le plus souvent faire appel à des facultés complexes d'analyse et de raisonnement pour statuer sur certains faits précis. La notion de crédit constitue un cadre à l'intérieur duquel le juge peut librement organiser l'évaluation de la fiabilité du témoin. Même si cette organisation contribue artificiellement à l'enquête, le déroulement du procès n'est pas en soi un simple reflet de l'expérience ordinaire. Polanyi fait à ce sujet le commentaire suivant:

(Traduction) *Le tribunal n'essaie pas de déterminer la vérité au sujet de certains événements intéressants, mais seulement de connaître - par le biais d'une procédure prévue par la loi - les faits pertinents à une question de droit déterminée... La relation entre les faits observés et les faits juridiques est en principe analogue à la relation entre l'expérience pratique et l'art qui y trouve son fondement, ou à la relation entre la réalité empirique et les concepts mathématiques. Dans tous ce cas, l'expérience sert de sujet à une activité de l'esprit qui en développe un aspect et en fait un système établi et accepté en raison de sa valeur intrinsèque.*¹¹⁸

good sense, not the application of a new technical rule.

The court directs attention to a "complainant," which is defined in section 2 of the *Criminal Code* as "the victim of an alleged offence."⁷⁹ In criminal law practice, a complainant also is "primarily that member of the public who has suffered some direct and personal injury either to his property or to his person."⁸⁰ The shopkeeper accusing a shoplifter, for example, and the victim of a sexual assault are thus equally complainants.

However, in dealing with cases of sexual assaults, care must be taken that section 274 of the *Criminal Code* is followed in that no corroboration be required for a conviction and no instruction to a jury be given that it is unsafe to find the accused guilty in the absence of corroboration. A conviction will be reversed if a factfinder simply changes labels from "corroboration" to "support" and, in a case of sexual assault, continues to seek evidence independent of the testimony of the complainant which not only implicates the accused and confirms in some material particular that the crime was committed, but also confirms that the accused was the person who committed it.⁸¹ Nevertheless, the *Vetrovec* warning has been applied to cases of sexual assault.⁸² Prior to his appointment to the Supreme Court of Canada, Cory J. pointed out the requirements of section 274, but went on to say:

However, there is nothing in the section which would prohibit a judge from exercising his or her discretion when reviewing the factual issues with the jury. In sexual assault cases this might include an instruction as to the weight (or the lack thereof) that a jury might see fit to give to the unsupported testimony of a complainant.... In *Vetrovec v. R.*; *Gaja v. R.*, Dickson J. set forth with great clarity the principles to be applied in situations such as that presented by the case at bar.⁸³

Other sexual assault cases which have applied *Vetrovec* found that the caution given was sufficient or unnecessary in view of the principles in *Vetrovec*,⁸⁴ or that the confirmatory evidence met the *Vetrovec* standard.⁸⁵ While accepting the necessity of the warning in the particular case, the appellate courts have so far relied on *Vetrovec* in sexual assault cases to support the trial judge's discretionary handling of the issue.

That is not to suggest that the *Vetrovec* warning is a platitude without force. For example, in a recent Supreme Court of Canada case dealing with accomplice evidence,⁸⁶ a minority of the court held that the trial judge's caution to the jury was not a clear and strong warning as required in the circumstances by *Vetrovec*. Similarly, in a recent Ontario Court of Appeal decision involving unsavoury witnesses,⁸⁷ a dissenting judgment called for a clear, sharp warning. In both cases, the majority held that the charge as a whole made it clear that the evidence should have been viewed with caution and that this constituted sufficient compliance with *Vetrovec*. Other cases dealing with accomplice evidence have similarly applied *Vetrovec* to confirm the trial judge's discretionary handling of the matter.⁸⁸

Wilson J. in *R. v. Potvin*⁸⁹ stressed the discretionary aspect:

Vetrovec in my view, represents a rejection of formalistic and a priori categories concerning the trustworthiness of evidence both with regard to warnings and corroboration. In every case it is for the trial judge on the bases of his or her appreciation of all the circumstances and, may I add, on the basis of the application of sound common sense, to decide whether a warning is required.⁹⁰

In deciding whether the evidence is from a potentially unreliable source, the factfinder must not resort to assumptions about stereotypical categories. Rather, each witness must be considered individually, and reliability should be con-

112 *Supra*, note 102.

113 J.H. Wigmore, *Evidence in Trials at Common Law*, vol.4, rev.ed. par James H. Chadbourn (Boston: Little, Brown, 1972) aux pages 232-320.

114 *Idem*, aux pages 240-42. Voir également *R. v. Waterfield and Gilmore* (1947) 3 D.L.R. 362 (C.A.C.-B.).

115 *Supra*, note 2 aux pages 825-28.

116 *Supra*, note 2 aux pages 825-28.

117 *Idem*, à la page 832.

118 *Supra*, note 41 à la page 279.

79 *Supra*, note 38 at s. 2.

80 J. Sedgwick, "Recurring Trial Problems" in The Law Society of Upper Canada, *Defending a Criminal Case* (Toronto: Richard De Boo, 1969) 153 at 157.

81 *R. v. R. (B.W.)* (1988), 82 A.R. 319 (C.A.).

82 *R. v. Boss* (1988), [1989] 46 C.C.C. (3d) 523. See also *R. v. K. (V.)*, *supra*, note 2.

83 *R. v. Boss*, *ibid.* at 530-32.

84 *R. v. Stoddart* (1986), [1987] 37 C.C.C. (3d) 351 (Ont. C.A.).

85 *R. v. Taylor* (1986), [1987] 31 C.C.C. (3d) 1 (Ont. C.A.); *R. v. B. (G.)*, [1990] 2 S.C.R. 57 (*sub nom.* *R. v. B. (G.)* (No. 3)).

86 *R. v. Hayes*, [1989] 1 S.C.R. 44.

87 *R. v. Bevan*, *supra*, note 65 at 358-68. See also *R. v. Cloutier* (1988), 43 C.C.C. (3d) 35 (Ont. C.A.).

88 *R. v. Ertel* (1987), 35 C.C.C. (3d) 398. See also *R. v. Potvin*, [1989] 1 S.C.R. 525.

89 *Ibid.*

90 *Ibid.* at 557.

sidered only on the basis of evidence presented in the trial and not on stereotypical assumptions, as was stated by the British Columbia Court of Appeal in *R. v. K.(V.)*:

The focus of the new discretion, which has replaced the old common law rules of practice, is the potential for the witness's evidence to be unreliable. No automatic assumptions of unreliability arise because of age, or the nature of the complaint. There must be an evidentiary basis upon which it would be reasonable to infer that the witness's evidence is, or may be, unreliable. Absent such evidentiary foundation, it could not possibly be argued that failure to exercise the discretion resulted in a miscarriage of justice. Were it otherwise, the purpose of Parliament in enacting s. 274 would be circumvented.⁹¹

Accordingly, the focus has now shifted to an assessment of the reliability of a witness as an individual, judged according to his or her own actions as revealed in evidence, and not as a member of a category to whom certain assumptions are applied. The focus has thus shifted to a consideration of credit

IV. CREDIT AND FACT-FINDING

As regards witnesses, three relevant theoretical concepts can be identified, although in practice the distinctions between them are not procedurally significant and therefore rarely acknowledged. These are the separate concepts of competency, credit and credibility. Issues of competency determine whether a witness will be heard. The concept of credit deals with the witness's status for truthfulness. The credibility of a witness depends in part upon the witness's truthfulness (credit), but is concerned with reliability generally and includes such matters as powers of observation, eyesight, perception, memory, accuracy and emotional stability. While both credit and credibility are concerned with a witness's reliability, the concept of credibility is directed to accuracy, and the concept of credit to truthfulness.

A. THEORY OF CREDIT

Credit is the faith placed in a witness to speak the truth, and before giving evidence, a witness must promise, usually under oath, to tell the truth. If the oath to tell the truth guaranteed that the witness would speak only the truth, our judges would all be as wise as Rhadamanthus, who had Plato's respect as "an absolute paragon of justice ... [who] won this reputation because of the scrupulously fair way in which he settled the judicial problems of his day."⁹² The insight that enabled Rhadamanthus to decide so wisely was his realization that the people were absolutely convinced of the existence of gods. Therefore, he let the litigants take an oath and since gods punish perjurers, the guilty would decline. Thus Rhadamanthus would complete his lists of cases rapidly and without making mistakes.⁹³

But Rhadamanthus lived in an earlier time, and Plato observed that even in Plato's own day "some people didn't believe in gods at all...[s]o in the modern world the legal procedure used by Rhadamanthus will hardly do."⁹⁴ Plato concluded over 2,000 years ago that "the climate of opinion about the gods has changed so the law must change too, and a legislator who knows his business ought to abolish the oaths sworn by each side in law-suit (*sic*)."⁹⁵

In the contemporary legal community, calls have come for the abolition of the oath as an antiquated ritual that has little or no meaning for the vast majority of people. The Law Reform Commission of Canada in its *Report on Evidence*⁹⁶ expressed concern that judges and jurors may be sceptical of witnesses who prefer to affirm rather than to take the oath, and therefore called for the removal of the oath. In dissent, Commissioner La Forest argued for the retention of the oath:

I am convinced that a substantial number of people are more likely to tell the truth, at least the whole truth, if they take the oath. To those who take the oath seriously (and this covers a great many people) the demands of conscience are more likely to elicit the exact truth than the highly uncertain threat of a prosecution for perjury.⁹⁷

d'un tout autre avis.¹¹¹

La crédibilité n'est pas toujours un point contesté. Par exemple, le témoin accrédité peut témoigner que le prévenu, qu'il connaît personnellement, a soudainement frappé le témoin au visage alors qu'ils discutaient d'une question de voisinage, sans aucun consentement ni aucune provocation de la part de ce témoin. Dans un tel cas, aucune méprise n'est possible par suite de quelque erreur de perception, de mémoire ou en conséquence d'autres questions de crédibilité (*sic*). Cependant, si un autre témoin accrédité témoignait qu'il avait également assisté à toute l'altercation et n'avait vu aucune agression, il ne serait pas déraisonnable de douter de la parole du premier témoin, la victime, tout en ne refusant pas de le croire. C'est là un exemple du deuxième cas susmentionné.

Par conséquent le témoignage du témoin accrédité, considéré isolément, devrait hypothétiquement toujours être admis en preuve sauf dans les deux cas précités. Ainsi, lorsqu'on pose en principe que le témoin a du crédit, on donne beaucoup de poids à son témoignage et c'est la notion de "discredit" qui y fait contrepoids.

Le crédit du témoin porte le juge à accepter son témoignage mais, du fait que ce crédit est *préssumé*, on ne peut accorder à cette accréditation qu'une confiance mitigée. Avant de se soucier de l'honnêteté actuelle du témoignage, on doit plutôt s'intéresser de plus près à l'inquiétude généralisée que soulève la notion de crédit prise dans son ensemble.

Le raisonnement qui sous-tend la règle de preuve ne peut être fondé sur l'honnêteté du moment du témoin, compte tenu de ses antécédents. Lorsqu'on divulgue les traits louches de ce dernier, ces caractéristiques n'en font pas un menteur, mais elles sont néanmoins révélatrices de la fragilité de la présomption de crédit. Ainsi, s'il n'y avait pas eu le témoignage contraire d'un témoin accrédité, ni les questions de crédibilité dans notre exemple précèdent des voisins en conflit, on aurait pu s'attendre à ce le jury rende un verdict de culpabilité fondé sur le témoignage du premier témoin accrédité. Le jury n'aurait pu trouver de motif le justifiant d'entretenir un doute et, lorsque le caractère

raisonnable n'en est pas facilement démontrable, le doute est possiblement capricieux ou préconçu, ce qui fait qu'il ne peut servir de fondement au verdict d'acquiescement.

La notion de discredit fait contrepoids à la force probante du témoignage accrédité. Pour discréditer le témoin, on n'a pas à prouver quoi que ce soit en ce qui a trait à son honnêteté du moment; on n'a qu'à perturber son apparence de crédit. Ainsi, pour en revenir à notre exemple, la preuve que la victime a déjà faussement accusé un autre voisin est susceptible d'entacher son crédit et, dans un tel cas, il serait acceptable que les membres du jury rendent un verdict d'acquiescement, tout en ne croyant pas que le témoin mente.

Le fait pour le jury de se fonder sur le témoignage d'une présumée victime pour déclarer l'accusé coupable entraîne une autre importante conséquence. En l'absence de la présomption de crédit, le juge des faits doit avoir un motif précis de s'en remettre à ce témoignage. Comme nous l'avons déjà mentionné, en l'absence de la présomption de crédit, le juge des faits n'a besoin d'avoir aucun motif indépendant pour se fier au témoin qui dépose devant lui et il serait en effet capricieux, sinon déraisonnable de ne pas retenir ce témoignage. Mais sans la présomption de crédit, ce serait favoriser le poursuivant et faire preuve de parti-pris, sinon courtiser le danger, que de retenir ce témoignage sans avoir de raison d'agir de la sorte. À défaut de la présomption fondée sur le crédit, le juge doit premièrement entendre le témoin et décider de son crédit.

Lorsqu'il n'est pas *préssumé*, le crédit n'est pas présent s'il n'est pas établi en conséquence de l'un ou l'autre des événements suivants : premièrement, lorsque le juge croit effectivement le témoin; deuxièmement, lorsque la présomption est rétablie parce qu'on a soit éliminé la cause du doute ou expliqué sa raison d'être ou : troisièmement, lorsqu'une autre preuve appuie l'honnêteté du témoin, c'est-à-dire en conséquence de la conviction, de la réhabilitation ou de la preuve complémentaire dont fait état l'arrêt *Vetrovec*.

Parce que la conviction peut permettre de faire la preuve du crédit, on ne doit pas empêcher

91 *Supra*, note 3 at 351.

92 Plato, *The Laws*, trans. Travor J. Saunders (Harmondsworth: Penguin, 1970) at 46.

93 *Ibid.* at 497.

94 *Ibid.* at 498.

95 *Ibid.*

96 Law Reform Commission of Canada, *Report on Evidence* (Ottawa: Law Reform Commission of Canada, 1977) at 36 and 86-87.

97 *Ibid.* at 87.

111 Les juges ont depuis longtemps adopté la pratique de retenir le crédit du témoin et de fonder leur jugement sur la crédibilité. Voir par exemple l'arrêt *Lane v. Jackson* (1855) 52 E.R. 710, à la page 711 où le juge Romilly affirme ce qui suit : (*sic*) "I have frequently stated, that where the positive fact of a particular conversation is stated to have taken place between two persons of equal credibility, and one states positively that it took place and the other as positively denies it, I believe that the words were said, and that the person who denies their having been said has forgotten the circumstances. By this means I give full credit to both parties" (les italiques sont de moi).

et avocats qui, avant de les faire comparaître, soumettent les témoins à une procédure de sélection sur dossier.¹¹⁰ Ainsi, étant donné la confiance que l'on porte aux gens en général et plus particulièrement aux officiers de la cour, il est fort probable que lorsque l'on fait comparaître un témoin et qu'il promet de dire la vérité, ce témoin s'efforcera sincèrement de le faire de son mieux. Étant donné cette forte probabilité, la politique à l'effet que l'on doive utiliser le temps du tribunal avec parcimonie entre alors en jeu. Il est inopportun de perdre du temps à vérifier le crédit de chaque témoin lorsqu'il est fort probable qu'il ne soit pas nécessaire de le faire la plupart du temps. Ce qui ne revient pas à dire qu'on ne doive jamais contester le crédit du témoin, mais plutôt qu'il est inopportun de rituellement exiger que l'on fasse ces vérifications qui prennent tellement de temps. La présomption d'honnêteté sert donc en partie à situer le *fardeau procédural* afin de respecter les exigences d'efficacité de la politique judiciaire et elle est en partie une présomption de fait découlant de l'expérience de la société.

Toutefois, une justification plus plausible de cette présomption réside dans le fait qu'on ne pourrait jamais faire la preuve absolue du crédit. En effet, pour prouver le crédit, il faudrait nécessairement utiliser un raisonnement d'induction. La preuve aurait ainsi un poids proportionnel aux renseignements recueillis, et sa certitude serait proportionnelle au nombre de fois que les renseignements recueillis concorderaient. Mais on ne pourrait jamais être certain de la conclusion qui en serait tirée car les données ne sont pas épuisées (sic). C'est pourquoi l'accréditation du témoin serait une procédure qui prendrait beaucoup de temps et qui pourrait s'éterniser, car tous les renseignements à son sujet seraient alors des éléments pertinents pour déterminer le degré de probabilité de son honnêteté.

On peut toujours mettre en doute l'honnêteté d'une personne, mais on ne peut jamais en faire une démonstration concluante. On peut faire la démonstration d'une probabilité d'honnêteté mais, pour que cela suffise, il faudrait que notre système de justice permette les condamnations fondées sur la probabilité de

culpabilité. Exiger du justiciable qu'il fasse la preuve de son crédit équivaut soit à lui imposer un fardeau absurde ou à inviter la création de fictions juridiques et notamment de catégorisations féodales fondées sur le statut social.

Par contre, il n'y a rien de plus facile que de mettre en doute le crédit du témoin au cours du procès. Pour le discréditer, il suffit de soulever un doute raisonnable au sujet de son crédit. Cependant, comme nous l'avons déjà mentionné, personne n'est certain du moyen d'établir le crédit si ce n'est par le biais d'une présomption et il est donc d'autant plus difficile d'en prouver l'absence avec certitude. Ainsi, l'état de discrédit n'est ni un fait, ni une condition et n'est peut-être même pas une conclusion ou un jugement. C'est un doute, même s'il ne s'agit peut-être que d'un soupçon.

Le crédit, ou l'honnêteté, fait l'objet d'une présomption et il est donc possible qu'il n'existe pas chez tel ou tel individu. Cependant, en posant en principe que le témoin a du crédit, on donne une grande valeur à son témoignage et on s'attend à ce que le juge fasse de même, sinon il pourra être considéré partial, capricieux ou corrompu. On ne saurait trop insister sur le fait que dans le cadre du procès, les éléments de preuve ne doivent pas être considérés isolément, mais que le jugement final doit être fondé sur la totalité de la preuve. Mais pour fins d'analyse, on doit accepter le témoignage du témoin accrédité sauf: premièrement, si on a un doute raisonnable quant à sa crédibilité; ou deuxièmement, s'il est raisonnable de penser que la déposition d'un autre témoin accrédité pourrait être véridique.

En guise d'exemple du premier cas, il se pourrait que le témoin accrédité affirme sans l'ombre d'un doute devant le tribunal que le prévenu est la personne qu'il a vu se sauver en courant un soir neuf mois auparavant. Il est malgré tout possible, sans aucunement mettre en doute son honnêteté (c'est-à-dire que son crédit demeure intact), de continuer à douter de cette identification en raison de la crédibilité de ce témoin, c'est-à-dire de ses pouvoirs de perception et de mémoire. Il n'est pas déraisonnable de conclure que le témoin s'est peut-être trompé en identifiant telle ou telle personne, même s'il est

The Federal/Provincial Task Force also recommended retaining the oath.⁹⁸

Without disagreeing with the clear logic of the view expressed by Commissioner La Forest and its useful application, it does not help the trial judge who is faced with the sworn evidence of an accuser and the exact opposite sworn evidence of the accused. Even if one partly takes the oath seriously and is thus more likely to tell the truth (and it is by no means certain that even one of them is such a witness), how can a judge know which one it is?

In the face of this problem, the canon law, like the Mosaic and the Roman, required at least two witnesses for proof. When trial by combat was abolished and the early common law turned to a jury system, the early Continental procedure followed the canon model, with the result as follows:

Canon law, meanwhile, had been developing a rational, if somewhat artificial, system of proof to replace the ancient appeal to God's judgment. This system was mathematical, limiting judicial discretion so as to give credibility to judgment by men. In order to convict, there had to be testimony of two eyewitnesses to the crime or the accused had to confess. If there was only "half proof," that is, some circumstantial evidence or the testimony of one eyewitness, the court would use torture, not to obtain an abject confession of guilt, but to obtain confession of information about the crime that no innocent person could know.⁹⁹

Of course, having more than one eyewitness does not ensure the truth. Kenny illustrates this point with three unusual examples:¹⁰⁰ in one case, sixty witnesses contradicted twenty-one others as to the existence of a monument; in another, thirty-five swore the accused was in Dorset and twenty-five swore he was in Middlesex; and in the third, 212 witnesses for the Crown and 256 for the defence gave four distinct versions of the event in question, and, Kenny concludes, "served only to prove each other to be untrustworthy."¹⁰¹

Questions such as whether or not a witness has relevant testimony to give, whether the witness can intelligently communicate that evidence, whether he or she understands the nature of an oath or the duty to tell the truth and whether the witness promises to tell the truth are all concerns of competency. If all of the above concerns are satisfied the witness will be heard. Despite the fact that the witness at this initial stage is asked to "tell the truth, the whole truth and nothing but the truth," doubts about the witness's reliability to tell the truth may not be immediately addressed.¹⁰² Scepticism as to the witness's truthfulness is not addressed under the guise of competency. Truthfulness is considered as a separate issue, the issue of credit.

P.K. McWilliams notes that the term "credit," used together with the terms credibility and character, is "used by lawyers and judges with an unfortunate lack of precision."¹⁰³ Starting first with what we know and expect of witnesses generally, the following may encourage precision.

Firstly, once found to be competent, every witness starts out on the same footing with equal credit, although the accused has an enhanced position, ultimately because the burden of proof is upon the Crown.¹⁰⁴ In our system we have no feudal-like categorization of witnesses, such that for example, from the moment they take the stand, the lord has more credit than the peasant, the educated than the illiterate, the propertied than the impoverished or the man than the woman. Nor ought there be any unstated, informally-understood division, such that for example, entering the court room, the police officer has more credit than the alleged speeder, be he or she a school principal or a student. That is not to say that witnesses remain of equal credit throughout the proceedings, but only that they begin on the same footing.

The reason for the initial equality is that nothing about the history or status of the witnesses reveals anything certain about their present truthfulness. One is never sure that any witness

110 Voir le document de travail no.62 de la Commission de réforme du droit du Canada, *Controlling Criminal Prosecutions* (Ottawa: Commission de réforme du droit du Canada, 1990) à la page 70, ou se trouve le commentaire suivant: "The major advantage ... where a Crown prosecutor must approve any charge in advance is the increased assurance that criminal charges will only be laid where such action is appropriate."

98 Uniform Law Conference of Canada, *Second Report of the Federal/Provincial Task Force on Uniform Rules of Evidence* (Toronto: Carswell, 1982).

99 *Supra*, note 30 at 21.

100 J.W. Cecil Turner, ed., *Kenny's Outlines of Criminal Law*, 18th ed. (Cambridge: University Press, 1962) at 452.

101 *Ibid.* at 453.

102 See *U.S.A. v. Shephard* (1976), 34 C.R.N.S. 207. Four of the nine Justices felt that an accused should not have to answer allegations from a self-confessed criminal conspirator who acted in the hope of a promised reward. The majority rejected that position and held that the jury is the sole judge of truth or falsity and could convict on dubious, unsafe evidence.

103 *Supra*, note 6.

104 *Supra*, note 47.

will always tell the truth or that any witness will always lie. One cannot even put a probability figure on a witness's truthfulness to say that witness A is 50 percent more likely to lie than witness B. Even if one could assign a probability, no progress would be made, because people will never settle for less than 100 percent truthfulness. To know that the prosecution witness is 89 percent truthful and that the defence witness is 79 percent truthful is not helpful. One will only settle for 100 percent truthfulness now. Faith in present truth may be present for a witness with a 30 percent probability 'rating,' yet may still be lacking for a witness with a 98 percent 'rating.' The truth, the whole truth and nothing but the truth is demanded. That is achieved by the concept of credit, which is concerned with "the estimation of the truthfulness of a witness based on his actions, creditable or discreditable as they may be."¹⁰⁵

Credibility, as distinct from credit, "concerns generally the assessment or weighing of the evidence of witnesses,"¹⁰⁶ and depends "not only upon his credit, or intent to tell the truth, but upon his perception, memory, expression and accuracy."¹⁰⁷ In this way, a witness who is 100 percent truthful may yet only be 50 percent accurate in his or her testimony.

In virtually all cases, it is now a presumption of the common law that once a witness is sworn or affirmed, he or she will speak truthfully, and that the "credit is a basic premise which is supposed to follow from the taking of an oath."¹⁰⁸ A number of factors lead to this presumption of credit. Partly, it is a reflection of society's experience that people are generally truthful, and this observation cannot be ignored despite the fact that people will at times lie under oath. This general confidence society has in its members is further strengthened by the trust the common law places in its officers, such as police and lawyers who screen witnesses prior to presenting them.¹⁰⁹ Thus, given the trust in people in general and in the court officers in particular, it is highly probable that once a witness is presented and promises to tell the truth, he or she will sincerely do so to the best of his or her abilities. Given that high probability, the policy

consideration that court time should be used economically then becomes a factor. It is inexpedient to spend time inquiring into the credit of each witness when the probability is high that most such inquiries are not necessary. That is not to say that the credit of a witness should never be put in issue, but rather that it is inexpedient to require as a matter of course such time-consuming inquiries. Therefore, the presumption of truthfulness is partly a presumption that is relied upon to locate a procedural onus in order to satisfy policy considerations of efficiency, and it is partly a presumption of fact, resulting from society's experience.

However, a more likely explanation for the presumption is the reality that credit could never be positively demonstrated. This is so because the method used to prove credit would necessarily be one of induction. Accordingly, the strength of the proof would be proportionate to the data accumulated, and the more instances of consistent data, the more the conclusion would tend toward certainty. But the conclusion would never be certain because the data is inexhausted. Therefore, accreditation would be a time-consuming, open process, because every fact about the witness would become relevant data in establishing the degree of probability of truthfulness.

One may cast doubt on the honesty of an individual; one can never conclusively demonstrate honesty. One can demonstrate a probability of honesty, but for that to be sufficient, one requires a justice system that allows convictions on a probability of guilt. To place the onus of accreditation on a party is either to require an impossible onus or to invite the development of legal fictions, such as feudal categorizations based on status, in order to establish credit.

On the other hand, to cast a doubt on a witness's credit is the lightest of all possible burdens and one easily discharged during the trial process. To discredit a witness means a reasonable doubt has been raised as to his or her credit. Discredit is not a category unto itself, but rather, as evil is the absence of good, discredit is the absence of credit. It is credit that one tries to establish and maintain. But as discussed above, no one is certain how to identify credit except by

En dépit du fait qu'à cette étape initiale, on demande au prévenu de "dire la vérité, toute la vérité et rien que la vérité", on ne peut immédiatement parler des doutes que l'on a au sujet de sa fiabilité.¹⁰³ Ce n'est pas sous le couvert de la compétence que l'on peut parler de scepticisme quant à l'honnêteté du témoin. La véracité des témoignages est étudiée séparément, sous le couvert de la question de crédit.

Selon P.K. McWilliams, l'expression "crédit", accolée aux expressions "crédibilité" et "réputation" (*character*) est "malheureusement utilisée par les avocats et les juges dans le vague."¹⁰⁴ Compte tenu de ce que nous savons et attendons des témoins en général, l'approche suivante est susceptible d'en préciser l'emploi.

Tout d'abord, tous les témoins jugés aptes à témoigner sont au départ sur un pied d'égalité, jouissant tous du même crédit, même si le prévenu jouit d'un avantage parce qu'en fin de compte, c'est au poursuivant qu'incombe le fardeau de la preuve.¹⁰⁵ Notre système ne prévoit pas de catégorisation féodale voulant, par exemple, que lorsqu'ils rendent témoignage, le noble jouisse de plus de crédibilité que le rustre, l'individu instruit que l'illétré, le possédant que le pauvre ou l'homme que la femme. Non plus qu'il ne devrait y avoir de compartimentage tacite et sous-entendu comme, par exemple, celui qui voudrait que lorsqu'il entre dans la salle d'audience, le policier soit favorisé par rapport au prévenu qui est accusé d'excès de vitesse, qu'il s'agisse en l'occurrence d'un directeur d'école ou d'un étudiant. Ce qui ne revient pas à dire que tous les témoins dussent jouir du même crédit durant la totalité de l'audience, mais seulement qu'ils doivent tous partir sur un pied d'égalité.

La raison en est qu'il n'y a rien dans les antécédents ou dans la situation actuelle du témoin qui permette au juge d'être certain de son honnêteté du moment. On ne peut jamais être certain que tous les témoins diront toujours la vérité, ni que tous les témoins mentiront toujours. On ne peut même pas chiffrer la probabilité

qu'un témoin donné dise la vérité pour en arriver par exemple à affirmer que le témoin A a 50 pour cent plus de chances de mentir que le témoin B. Fût-il même possible de déterminer cette probabilité, cela n'avancerait à rien car les gens ne se satisfont de rien de moins qu'un témoignage véridique à 100 pour cent. Il ne sert à rien de savoir que le témoin à charge dit la vérité 89 pour cent du temps et que le témoin à décharge lui, dit la vérité 79 pour cent du temps. On n'est satisfait que si un témoin dit la vérité à 100 pour cent sur-le-champ. On peut faire confiance au témoin dont la "cote" de probabilité est de 30 pour cent mais refuser d'ajouter foi au témoignage de celui dont la "cote" de probabilité est de 98 pour cent. Ce qu'on exige c'est la vérité, toute la vérité et rien que la vérité. On y arrive par le biais de la notion de crédit, qui se rattache à l'évaluation de l'honnêteté du témoin qui est fondée sur ses faits et gestes, fussent-ils estimables ou indignes.¹⁰⁶

La crédibilité, par opposition au crédit, "se rapporte généralement à l'appréciation ou à l'évaluation des témoignages"¹⁰⁷ et elle dépend "non seulement du crédit dont jouit le témoin, ou de son intention de dire la vérité, mais également de sa perception, de sa mémoire, de son expression et de sa rigueur."¹⁰⁸ De cette façon, le témoin qui dit la vérité à 100 pour cent peut cependant n'être rigoureux qu'à 50 pour cent dans son témoignage.

La common law présume désormais dans presque tous les cas que lorsqu'il est assermenté ou qu'il fait l'affirmation solennelle, le témoin dit la vérité et qu'il "découle nécessairement de l'assermentation que l'on doive ajouter foi au témoignage."¹⁰⁹ Cette présomption de crédit résulte de plusieurs facteurs. Elle traduit en partie la perception de la société à l'effet qu'en général, les gens sont honnêtes. On ne peut faire fi de cette perception en dépit du fait qu'il arrive parfois à certains témoins de mentir sous serment. Cette confiance que notre société accorde au citoyen est renforcée par celle que la common law porte à ses officiers et notamment à ses policiers

¹⁰⁵ *Supra*, note 6.

¹⁰⁶ *Ibid.*

¹⁰⁷ P.K. McWilliams, *Canadian Criminal Evidence*, 1st ed. (Agincourt: Canada Law Book, 1974) at 624.

¹⁰⁸ *Ibid.*

¹⁰⁹ See, Law Reform Commission of Canada, *Controlling Criminal Prosecutions*, Working Paper No. 62 (Ottawa: Law Reform Commission of Canada, 1990) at 70, where it is noted: "The major advantage...where a Crown prosecutor must approve any charge in advance is that increased assurance that criminal charges will only be laid where such action is appropriate."

¹⁰³ Voir *U.S.A. v. Sheppard* (1976) 34 C.R.N.S. 207. Quatre juges sur neuf ont estimé que l'accusé ne devrait pas être tenu de répondre aux accusations d'un individu qui, de son propre aveu, avait été complice de son crime et qui avait agi dans l'espoir d'une récompense qui lui avait été promise. Le jugement de la majorité rejeta cette opinion et jugea que seul le jury était habilité à décider de la véracité ou de la fausseté (*de ce témoignage*) et qu'il pouvait conclure à la culpabilité sur la base d'une preuve douteuse et peu sûre.

¹⁰⁴ *Supra*, note 6.

¹⁰⁵ *Supra*, note 47.

¹⁰⁶ *Supra*, note 6.

¹⁰⁷ *Idem.*

¹⁰⁸ P.K. McWilliams, *Canadian Criminal Evidence*, 1^{ère} éd. (Agincourt: Canada Law Book, 1974), à la page 624.

¹⁰⁹ *Idem.*

Rhadamanthus ne fera certainement pas pas l'affaire aujourd'hui.⁹⁵ Platon en était donc, il y a maintenant plus de 2 000 ans, venu à la conclusion que "les courants de l'opinion au sujet des dieux ont changé et la loi doit donc changer elle-même aussi. Le législateur compétent devrait donc abroger les serments prêtés par les parties impliquées dans une action en justice (sic)."⁹⁶

De nos jours, les gens de loi ont maintes fois exigé que l'on abolisse l'assermentation qui n'est, selon eux, qu'une coutume surannée qui n'a pas ou presque pas de signification pour l'immense majorité des gens. La Commission de réforme du droit du Canada, dans son *Projet sur le droit de la preuve*⁹⁷, se montra inquiète du scepticisme manifesté par les jurés à l'égard des témoins qui choisissent de déclarer solennellement plutôt que d'être assermentés et demanda par conséquent que soit supprimée l'assermentation. Exprimant sa dissidence à cet égard, le commissaire La Forest plaida pour que l'on conserve le serment :

*Je suis convaincu que bon nombre de gens sont peu enclins à dire la vérité, du moins toute la vérité, s'ils prêtent serment. Pour ceux qui prennent le serment au sérieux (et ceci comprend beaucoup de gens) les exigences morales sont plus susceptibles de faire ressortir la vérité que la menace très aléatoire d'une poursuite pour parjure.*⁹⁸

Le groupe de travail fédéral-provincial recommanda lui aussi que l'on maintienne le serment.⁹⁹

Sans être en désaccord avec la logique évidente de l'avis exprimé par le commissaire La Forest et son utilité pratique, je crois que cet avis n'est pas de nature à aider le juge qui écoute le témoignage assermenté de l'accusateur et le témoignage diamétralement opposé de l'accusé. Même si une seule des parties (et il n'est pas du tout certain qu'il y en ait même une) prend son serment au sérieux et qu'il est par conséquent plus probable qu'elle dise la vérité, comment le juge pourra-t-il savoir de laquelle il s'agit?

Compte tenu de ce problème, le droit canonique, tout comme le droit mosaïque et le droit romain, exigeait que l'on présente au moins

deux témoignages en preuve. Lorsque furent abolies les procès par voie de combat et que, sous l'ancienne common law, on opta pour l'institution du jury, l'ancienne procédure continentale suivit le modèle du droit canon, entraînant le résultat suivant :

*Dans l'entretemps, la common law avait mis au point un système de preuve rationnel, malgré qu'il fût un peu artificiel, pour remplacer l'appel à la sagesse du Très Haut. Il s'agissait d'un système mathématique qui restreignait le pouvoir discrétionnaire de la magistrature pour ainsi donner de la crédibilité au jugement des hommes. Pour le déclarer coupable, il fallait que deux témoins oculaires du crime viennent déposer contre l'accusé ou bien que ce dernier avoue son crime. Si la preuve s'avérait insuffisante, soit qu'elle soit indirecte ou bien qu'elle ne soit fondée que sur le témoignage d'un seul témoin oculaire, le tribunal s'en remettait à la torture, non pas pour obtenir un vil aveu de culpabilité, mais pour obtenir au sujet du crime une déclaration de renseignements dont un innocent ne pouvait avoir connaissance.*¹⁰⁰

Comme de raison, la présence de plus d'un témoin oculaire n'est pas un gage de véracité. Kenny fait état de trois cas exceptionnels qu'il cite en exemple:¹⁰¹ dans une affaire, soixante témoins en ont contredit vingt-neuf autres relativement à l'existence d'un monument; dans une autre, trente-cinq témoins jurèrent que le prévenu se trouvait à Dorset et vingt-cinq autres jurèrent qu'il se trouvait à Middlesex; et dans une troisième affaire, 212 témoins à charge et 256 témoins à décharge donnèrent quatre versions distinctes de l'événement en question et, de conclure Kenny, "ils ne réussirent qu'à faire la démonstration qu'aucun d'eux n'était honnête."¹⁰²

La compétence d'un témoin dépend de la pertinence de sa déposition, de sa capacité de témoigner intelligemment, du fait qu'il comprenne bien la nature du serment et son devoir de dire la vérité et du fait qu'il promette ou non de dire la vérité. Si toutes ces conditions sont remplies, le témoin pourra témoigner.

presumption; therefore, the difficulty with identifying its absence with precision is compounded. If there is no way of measuring with certainty what is "hot," then how much more uncertain will be any attempt to measure what is "cold," which the dictionaries define as "not warm or hot"¹¹⁰ Thus, the state of discredit is not a fact, nor a condition and perhaps not even a conclusion or judgment. It is a doubt, or perhaps even only a suspicion.

Credit, or truthfulness, is presumed and therefore in any particular person, it may not exist. Yet, by positing credit in a witness, a great power is placed in that witness's testimony, which one would expect a trier of fact to accept. Otherwise, such a trier of fact may be considered prejudiced, whimsical or corrupt. It cannot be over-stressed that in a trial, evidence should not be considered in isolation, and that the final decision must be based on the totality of the evidence. But for the purposes of analysis, the evidence of an accredited witness considered in isolation should be accepted unless: first, the credibility of such a witness raises a reasonable doubt; or second, other accredited evidence might reasonably be true.

As an example of the first situation, an accredited witness may positively identify the accused in court as the person he or she saw running down a dark street nine months previously. Without in any way questioning the truthfulness of the witness (that is, his or her credit remains intact), it is still possible to remain doubtful about the identification because of the witness's credibility, that is, his or her powers of perception and memory. It is not unreasonable to conclude that the witness may be mistaken about the identification, even though he or she thinks otherwise.¹¹¹

Credibility will not always become an issue. For example, an accredited witness may testify that the accused, whom he or she knows personally, suddenly hit the witness in the face during an argument over some neighbourhood issue, without any consent or provocation on the witness's part. Here, no mistake is possible due to faulty perception, memory or other matters of credibility. However, if another accredited wit-

ness testified that he or she also saw the total argument and did not witness any assault, it would not be unreasonable to doubt the first witness, the victim, even though he or she is not disbelieved. This is an example of the second above-mentioned situation.

Therefore, the evidence of an accredited witness considered in isolation should hypothetically be accepted in all other circumstances except the above-mentioned two. Thus, by positing credit, a great power is placed in the statements of an accredited witness; it is the concept of "discredit" which balances this power.

Credit directs the trier of fact toward acceptance of the witness's testimony, but because credit is *presumed*, only a fragile confidence can be placed in the accreditation. Rather than any particular concern about the present truthfulness of a witness, it is the general uneasiness about the concept of credit as a whole that demands greater attention.

The rationale for any rule of evidence cannot be based on the present truthfulness of a witness as revealed by his or her past character. When disreputable characteristics about a witness are divulged, they do not expose the witness as untruthful. They do, however, expose the fragility of the presumption of credit. Thus, in the above example of the battling neighbours, if there were no contrary accredited witness, nor questions of credibility, one would expect a jury to convict on the evidence of the first accredited witness. The jury would not be able to identify a reason substantiating doubt, and doubt that is not demonstrably reasonable may be whimsical or prejudiced, thus incapable of supporting an acquittal.

The concept of discredit balances the power of accredited evidence. In discrediting a witness, one need not demonstrate anything about the present truthfulness of the witness; one need only disrupt the facade of credit. Thus, continuing the example, evidence that the victim had falsely accused another neighbour once before may impair his or her credit. Without credit intact, it would be reasonable for a jury to acquit, even if they did not disbelieve the witness.

95 *Idem*, à la page 498.

96 *Idem*.

97 Commission de réforme du droit au Canada, *Projet sur le droit de la preuve* (Ottawa, Commission de réforme du droit du Canada, 1977) aux pages 36 et 86-87 (de la version anglaise).

98 *Idem*, à la page 87 du texte anglais dont ceci est la traduction officielle.

99 Conférence sur l'uniformisation des lois au Canada, *Deuxième rapport du Groupe de travail provincial sur l'uniformisation des règles de preuve* (Yvon Blais, 1983).

100 *Supra*, note 30 à la page 21.

101 J.W. Cecil Turner, ed., *Kenny's Outlines of Criminal Law*, 18ième éd. (Cambridge: University Press, 1962) à la page 452.

102 *Idem*, à la page 453.

110 See, e.g., *The Random House Dictionary of the English Language*, Unabridged ed., (New York: Random House, 1967) at 288 where "cold" as a noun means "the relative absence of heat."

111 A desire to maintain credit and found the decision on credibility has long been a practice of judges. See for e.g., *Lane v. Jackson* (1855), 52 E.R. 710 at 711, where Romilly M.R. states: "I have frequently stated, that where the positive fact of a particular conversation is stated to have taken place between two persons of equal credibility, and one states positively that it took place and the other positively denies it, I believe that the words were said, and that the person who denies their having been said has forgotten the circumstances. By this means I give full credit to both parties" [emphasis added].

Another significant result arises if the jury relies on the evidence of a hypothetical victim and convicts on this evidence. Without the presumption of credit as support, the trier of fact should have a specific reason for relying on the witness. With the presumption of credit, as discussed earlier, a trier of fact does not need independent reason in order to rely on the witness, and indeed it would be whimsical or otherwise unreasonable not to accept the testimony. Without the presumption of credit, however, it would be prosecution-minded, biased or otherwise dangerous to accept the testimony without a reason for doing so. In the absence of the presumption afforded by credit, the trier of fact must first try the witness and determine credit.

Credit, when not presumed, is not present unless it is established either by: firstly, the trier of fact actually believing the witness; second, restoring the presumption because the reason for doubt has been removed or explained; or thirdly, other evidence supporting the present truthfulness of the witness, that is, by belief, rehabilitation or supportive evidence as explained in *Vetrovec*.

Because credit can be established by belief, the jury should not be barred from considering the evidence.¹¹² Since credit can be established by rehabilitation, which is the process of explanation,¹¹³ no single fact can ever unconditionally discredit a witness. Even a perjurer can rehabilitate himself or herself through explanation.¹¹⁴ Because credit (that is, truthfulness and trust) can be established by supportive evidence, such evidence need not independently implicate the accused. Independent evidence need only support the credit of the witness; it need not demonstrate the guilt of the accused.¹¹⁵

In summary, one returns to the beginning, to the case of *Vetrovec* and "the search for the impossible: a rule which embodies and codifies common sense in the realm of the process of determining guilt or innocence of an accused on the basis of a record which includes evidence from potentially unreliable sources."¹¹⁶ There can be no specific rule about an unreliable witness because such a witness cannot be identified precisely in advance. Nevertheless, there are differences in the integrity of various witnesses,

and justice demands that these differences be addressed in the trial process. This is accomplished not by trying to identify an unreliable witness during the trial, which is a nebulous process, but by recognizing how fragile the presumption of credit is. Credit is easily rebutted by evidence that raises a reasonable doubt about the witness's truthfulness. Once discredited, the witness no longer stands on equal footing with a witness having presumed credit. One could reasonably refuse to rely on the evidence of the discredited witness, even if he or she was not disbelieved. One should only act on evidence if his or her credit has been restored either by belief, rehabilitation or supportive evidence. Once there is evidence that could reasonably rebut the presumption of credit, the record should disclose that the trier of fact tried the witness to establish credit in the manner described by Dickson C.J. in *Vetrovec*.

B. THE CREDIT MODEL OF ANALYSIS

In the area of fact-finding, there is no systematic code of rules; however, judicial experience offers considerable guidelines. With the decision in *Vetrovec* accompanied by other statutory changes, some artificial and unjustified barriers have been removed from the fact-finding process. Witnesses must not be discounted in advance because they conform with a pre-determined category of unreliability. Rather, it is by the application of sound common sense that a trial judge must now decide whether or not a particular witness's unsupported evidence should be viewed cautiously. The lessening of rules and the corresponding move to freer evaluation of evidence have not prompted triers of fact to become more arbitrary in their decisions. The task of rational decision-making about historical facts at issue in a trial now requires more thought than ever before. Instead of mechanically applying rules, as does a programmed computer, a trier of fact more frequently utilizes complex skills of analysis and reasoning about particular facts. The concept of credit is a framework within which a trial judge can build a flexible structure for the assessment of witnesses' reliability. Although this structure is an artificial aid to fact-

de la norme *Vetrovec*. De même, l'arrêt *Vetrovec* a été utilisé dans plusieurs autres jugements traitant du témoignage des complices pour confirmer l'utilisation faite de son pouvoir discrétionnaire par le juge de première instance dans son jugement sur cette question.⁸⁹

Dans *R. c. Potvin*⁹⁰, la juge Wilson souligne ainsi cet aspect discrétionnaire :

À mon avis, l'arrêt *Vetrovec* rejette les catégories formalistes et définies d'avance en matière de fiabilité des témoignages tant à l'égard des mises en garde que de la corroboration. Dans chaque cas, il appartient au juge du procès, selon son appréciation de toutes les circonstances et, si je puis ajouter, le sens commun, de décider si une mise en garde est nécessaire.⁹¹

Lorsqu'il a à décider si le témoignage provient d'une source peut-être douteuse, le juge doit éviter de faire appel à des hypothèses au sujet de catégories hypothétiques. Il doit plutôt juger de la valeur de chaque témoin sur une base individuelle, et ne juger de sa fiabilité que sur la base de la preuve présentée au cours du procès, sans se fonder sur des hypothèses. C'est en effet ce qu'affirmait la Cour d'appel de la Colombie-Britannique dans l'affaire *R. c. K. (V.)* :

(Traduction) Le point de mire de cette nouvelle discrétion, qui a remplacé les vieilles règles de pratique de la common law, est le fait qu'il est possible que la déposition du témoin soit douteuse. L'âge du témoin ou la nature de la plainte ne donnent pas automatiquement lieu de supposer le manque de fiabilité du témoignage. Il faut que la preuve permette de conclure que la déposition du témoin est effectivement ou possiblement douteuse. Simon, il sera impossible de plaider que le défaut d'exercer ce pouvoir discrétionnaire a entraîné une erreur judiciaire. En fût-il autrement, cela irait à l'encontre de l'intention du législateur lorsqu'il a adopté l'article 274.⁹²

Le nouveau point de mire est donc désormais l'évaluation de la fiabilité individuelle de chaque témoin, compte tenu de ce que la preuve permet de conclure quant à sa propre conduite, et non en fonction de sa fiabilité en tant que membre d'une catégorie au sujet de laquelle on fait certaines hypothèses. Les tribunaux ont ainsi fait de l'examen du crédit leur nouveau point de mire.

IV. LE CRÉDIT ET LA PROCÉDURE D'ENQUÊTE

Bien que les distinctions que l'on fait entre les témoins n'aient en pratique aucune importance procédurale et qu'on n'y porte donc que rarement attention, on peut identifier trois notions théoriques pertinentes à leur égard. Il s'agit des notions distinctes de compétence, de crédit et de crédibilité. La compétence du témoin est le facteur qui détermine si on lui permettra de témoigner. La notion de crédit tient à l'honnêteté du témoin. La crédibilité du témoin dépend en partie de son honnêteté (de son crédit) mais a également trait à sa fiabilité au sens large et notamment à ses facultés d'observation, de vue, de perception, de mémoire, de rigueur et à son équilibre émotif. Même si le crédit et la crédibilité ont trait à la fiabilité du témoin, la notion de crédibilité porte sur sa rigueur, et la notion de crédit porte sur son honnêteté.

A. Le concept de crédit

La crédit du témoin tient à ce que l'on se fie à ce qu'il dise la vérité et avant de témoigner, le témoin doit, habituellement sous serment, promettre de dire la vérité. Si le serment de dire la vérité garantissait la totale véracité du témoignage, nos juges auraient la sagesse de Rhadamanthus, dont Platon disait avec admiration qu'il était "un véritable modèle de probité... dont la réputation tenait à la scrupuleuse équité qu'il mettait au règlement des questions judiciaires de son époque."⁹³ La perspicacité qui permettait à Rhadamanthus de faire preuve de tant de sagesse dans ses jugements découlait de ce qu'il s'était rendu compte que le bon peuple était tout à fait convaincu de l'existence des dieux. Il laissait donc les protagonistes se faire assermenter et, puisque les dieux punissent les parjures, les coupables refusaient de prêter serment. Rhadamanthus mettait ainsi peu de temps à disposer de toutes les affaires inscrites à son rôle, le tout sans commettre d'erreur.⁹⁴

Mais Rhadamanthus avait vécu avant Platon et ce dernier nota que, même à son époque, "certains gens ne croyaient pas du tout aux dieux ... et la procédure légale suivie par

112 *Supra*, note 102.

113 J.H. Wigmore, *Evidence in Trials at Common Law*, vol. 4, rev'd ed. by James H. Chadbourn (Boston: Little, Brown, 1972) at 232-320.

114 *Ibid.* at 240-42. See also *R. v. Waterfield and Gilmore* (1947), 3 D.L.R. 362 (B.C.C.A.).

115 *Supra*, note 2 at 825-28.

116 *Ibid.* at 832.

89 *R. c. Ertel* (1987) 35 C.C.C.(3d) 398. Voir aussi *R. c. Potvin* (1989) 1 R.C.S. 525.

90 *Idem.*

91 *Idem.*, à la page 557.

92 *Supra*, note 3 à la page 351.

93 Platon, *The Laws*, trad. Trevor J. Saunders (Harmondsworth: Penguin, 1970) à la page 46.

94 *Idem.*, à la page 497.

recommandable. Dans *Vetrovec*, le juge en chef Dickson affirme que le témoin peut, au départ, "être sujet à caution parce qu'il est soit un complice, soit la victime ou qu'il ait mauvaise réputation."⁸⁰ Pourtant, s'il mentionne expressément les complices, les victimes et les personnes qui ont mauvaise réputation, le tribunal dans cette affaire s'oppose vigoureusement à ce qu'on s'en remette uniquement à ces catégories et évite de les cautionner. Vous devez garder cela à l'esprit lorsque vous appliquez *Vetrovec*; ce qu'il faut c'est faire usage de bon sens et non appliquer une nouvelle règle de procédure.

Le tribunal a affaire à un "plaignant", dont l'article 2 du *Code Criminel* donne la définition suivante: "la victime de l'infraction présumée". Dans la pratique du droit pénal le plaignant, c'est aussi "avant tout le simple particulier qui a subi un dommage direct et personnel affectant soit son bien ou sa personne."⁸¹ Ainsi, le marchand qui accuse le voleur à l'étalage, par exemple, et la victime d'une agression sexuelle, sont pareillement des plaignants.

Lorsqu'on a à juger d'un cas d'agression sexuelle, on doit cependant prendre soin de se conformer aux dispositions de l'article 274 du *Code criminel* car il y est prévu que la corroboration n'est pas nécessaire pour déclarer une personne coupable et que dès lors le jury n'est pas informé qu'il n'est pas prudent de déclarer l'accusé coupable en l'absence de corroboration. La déclaration de culpabilité sera renversée si le juge choisit tout simplement de remplacer l'appellation de "corroboration" par celle de "preuve à l'appui" et, dans une affaire d'agression sexuelle, continue de chercher à obtenir des témoignages n'ayant aucun rapport avec celui du plaignant qui non seulement compromettent l'accusé et confirment par un détail important que le crime a été perpétré, mais qui prouvent que c'est bien l'accusé qui l'a commis.⁸² Il n'en demeure pas moins que l'avertissement *Vetrovec* a servi dans des affaires d'agression sexuelle.⁸³ Avant d'être nommé pour siéger à la Cour suprême

le juge Cory, alors qu'il soulignait les exigences de l'article 274, ajouta ce qui suit :

However, there is nothing in the section which would prohibit a judge from exercising his or her discretion when reviewing the factual issues with the jury. In sexual assault cases this might include an instruction as to the weight (or the lack thereof) that a jury might see fit to give to the unsupported testimony of a complainant In Vetrovec v. R.; Gaja v. R., Dickson J. set forth with great clarity the principles to be applied in situations such as that presented by the case at bar.⁸⁴

Lorsqu'ils eurent à entendre d'autres affaires d'agression sexuelle, les tribunaux qui ont appliqué *Vetrovec* ont jugé soit que la mise en garde servie était adéquate ou inutile eu égard aux principes énoncés dans *Vetrovec*⁸⁵, ou que les éléments de nature à confirmer le témoignage répondaient à la norme établie dans *Vetrovec*.⁸⁶ Tout en admettant qu'il soit parfois nécessaire de faire cette mise en garde, les tribunaux d'appel se sont jusqu'ici fondés sur *Vetrovec* dans les cas d'agression sexuelle pour défendre la façon dont le juge de première instance s'est servi de son pouvoir discrétionnaire pour disposer de cette question.

Ce qui ne veut pas dire que la mise en garde *Vetrovec* soit une redite vide de sens. Par exemple, dans un récent jugement de la Cour suprême traitant du témoignage des complices⁸⁷, le jugement minoritaire du tribunal fut à l'effet que la mise en garde du juge de première instance au jury n'était pas la mise en garde claire et non équivoque que *Vetrovec* exigeait dans les circonstances. De même, dans un jugement récent de la Cour d'appel de l'Ontario où il était question de témoins désagréables⁸⁸, un juge dissident demanda que l'on fasse dans ces cas une mise en garde claire et précise. Dans ces deux affaires, la majorité des juges statua qu'il était évident à la lecture de l'acte d'accusation que les témoignages auraient dû être considérés avec circonspection et que cela constituait une observation suffisante

finding, the trial process itself is not a simple reflection of ordinary experience, as Polanyi, among others, has noted:

The court does not try to find out the truth about certain interesting events, but only to find—by a legally prescribed procedure—the facts relevant to a certain legal issue.... The relation between observed facts and legal facts is similar in principle to that between experience and an art based on such experience, or between empirical facts and mathematical conceptions. In all these cases experience serves as a theme for an intellectual activity which develops one aspect of it into a system that is established and accepted on the grounds of its internal evidence.¹¹⁷

During the intellectual activity of assessing a witness's reliability, a particular case locates itself at a certain point within a framework of six possible levels. A conviction is possible in law at any level, but given the earlier discussion of credit, the probability of conviction decreases down the following levels:

1. The defence calls no evidence (D'O'); the Crown evidence is accredited (C+).
2. The defence evidence is discredited (D-); the Crown evidence is accredited (C+).
3. The defence evidence is discredited (D-); the Crown evidence is discredited (C-).
4. The defence evidence is accredited (D+); the Crown evidence is accredited (C+).
5. The defence calls no evidence (D'O'); the Crown evidence is discredited (C-).
6. The defence evidence is accredited (D+); the Crown evidence is discredited (C-).

The levels may be diagrammed according to the following symbols:

D=defence, C=Crown; O=no evidence; "+"=credit; and "-"=discredit.

	D	C
1.	O	+
2.	-	+
3.	-	-
4.	+	+
5.	O	-
6.	+	-

At the first and second levels one expects a conviction in all cases, unless good reasons are given for an acquittal. In the remaining four levels, convictions are possible but uncertain. At the fifth and sixth levels, the probability of a conviction is low, and the *Vetrovec* warning applies, as it also does at the third level. By the application of *Vetrovec* considerations, a Crown witness may regain credit, thus the probability of

conviction increases to a higher level. If the credit is not regained, one expects an acquittal, unless good reasons are given for a conviction.

As an example, consider a case where a young female from a troubled past alleges that a retired, disabled war veteran, who employed her for yard work, sexually assaulted her, which he denies. Issues of credibility do not unbalance the scale because mistakes due to perception, observation, recollection or interpretation do not innocently lead either witness to relate erroneous evidence. Credit is the sole issue.

Using this example and the credit model, the following issues merit analysis:

1. On the bare facts, at what point on the scale does one begin? Do reasonable doubt, the presumption of innocence and the rule in *Vetrovec* mean the same thing to all judges? Does the mere fact that "the finger of suspicion is pointing against him," to repeat Williams' phrase, already discredit an accused so that he starts with a minus (-) on the scale? Does the *Vetrovec* rule mean that the complainant starts with a minus, or does she move down the scale only if the trial judge decides that caution is warranted?
2. Assume that the 16-year-old complainant was, at the time of trial, serving eight months closed custody for two armed robberies that were committed in the same summer as the alleged assault. What relevance, if any, or affect ought to be given a criminal record? Surely there is no need for this undisputed fact to be interpreted differently by different triers of fact. Does it or does it not affect her credit?

The weight of current opinion suggests that a criminal record is not relevant to present truthfulness. If it is not relevant, then it need not be admitted into evidence; yet, in a controversial conviction in a sexual assault case, such as the above example, to withhold such information from the trier of fact would surely invite criticism of the justice system. Therefore, if such evidence is relevant, then to what extent? Additionally, its relevancy must certainly be generic, and thus would be applied in the same way by different triers of fact.

3. In a criminal trial, do witnesses who are not discredited speak with an equal voice, regardless of their station or experience in life? If neither witness is discredited for any other reason, is the word of a good citizen and pensioner who has "run the race" stronger than that of a teenager who is still struggling in life?

80 *Idem*, à la page 831.

81 J. Sedgwick, "Recurring Trial Problems" dans The Law Society of Upper Canada, *Defending a Criminal Case* (Toronto: Richard De Boo, 1969) 153, à la page 157.

82 R. c. R.(B.W.) (1988) 82 A.R. 319 (C.A.).

83 R. c. Boss (1988), [1989] 46 C.C.C.(3d) 523. Voir aussi R. c. K.(V.), *supra*, note 2.

84 R. c. Boss, *idem* aux pages 530-32.

85 R. c. Stoddart (1986), [1987] 37 C.C.C.(3d) 351 (C.A.Ont.).

86 R. c. Taylor (1986), [1987] 31 C.C.C.(3d) 1 (C.A.Ont.); R. c. B.(G.) (1990) 2 R.C.S. 57 [sub. nom.

R. c. B.(G.) (No.3)].

87 R. c. Hayes (1989) 1 R.C.S. 44.

88 R. c. Bevan, *supra*, note 65 aux pages 358-68. Voir aussi R. c. Cloutier (1988) 43 C.C.C.(3d) 35 (C.A.Ont.).

117 *Supra*, note 41 at 279.

According to the theory of credit, the voices of both parties should be equal. Credit is only a fragile presumption. One thousand accrediting indicia do not enhance one's credit or lessen its fragility. In assessing credit, one does not enumerate the "pros and cons" and calculate the balance. Five pluses (+) still only constitute what the witness started with, namely the fragile presumption of credit, the single plus (+) on the chart, which a single discrediting fact removes. One hundred accrediting characteristics unrelated to that discrediting fact will not remove that minus. Similarly, one dozen discrediting details may all be explained by one fact, thereby re-establishing credit by explanation. Trust is an entire thing, as Wigmore said, and not a separate one, so that "whatever restores our trust in him [the witness] personally restores it as a whole; if we find that he is desiring and intending to tell a true story, we shall believe one part of his story as well as another."¹¹⁸

4. Do triers of fact make inconsistent use of attributes of character in accrediting or discrediting witnesses? The same characteristic should have a generic quality equally applicable to different cases. Does the characteristic of being a troubled teenager (as evidenced by truancy, confrontation with parents and substance abuse) discredit a witness? As much as each case is unique and must be looked at in the totality of its own facts, there is still a generic quality to character evidence. It is not clear if judges, the public generally or experts in the fields agree as to what use such information should be put in determining credit.

Most people make assessments on the basis of their own life experience. Personal experience is a belief system that acts as a map in the mind, one which directs individual action.¹¹⁹ If such maps are not examined for accuracy and proper application, one may steer off course by virtue of stereotypical thought. Similarly, everyone may follow a different map. In the sexual assault case under examination, are unconscious images of "dirty old men" or "distinguished veterans" capable of leading different triers of fact to different conclusions about credit? The impact of such beliefs on judicial decisions is less easily hidden if some structure such as the credit model is universally applied.

5. Faced with the contradictory evidence of an accused and a complainant with neither discredited, are triers of fact equally affected by the prosecutor's question of "why would she lie?" While this question also has a generic quality to it, it is at the same time very specific to the circumstances of each case. As a general principle applicable across all cases, however, such a question ought not discredit the accused, for to do so would thereby place an onus on the accused to prove the complainant had a motive to lie. Since credit is not cumulative, that question could therefore not be used to tip the scale in deciding between otherwise accredited witnesses. To do so implies that one has used the question to discredit the accused. However, at most, the question may re-establish the credit of a complainant. For example, if a trier of fact believes that the complainant is discredited by her criminal record, the question "why would she lie?" in the circumstances of this case, may re-establish her credit.

The above issues will invite an analysis that is needed to determine the extent to which judicial disagreement may account for inconsistency among triers of fact. When a group divides on the finding of fact derived from contradictory testimony, as in the video exercise described earlier, the disagreement can be explained on one of two grounds. First, some individuals hold an intuitive belief in the witness, a belief that cannot be adequately expressed in a legal judgment, while others lack this discernment. Second, there is disagreement on which evidence supports or detracts from credit, or on what weight is given to such evidence.

An empirical study focuses on the mechanics of contradictory evidence, and determines what factors affect decisions on credit. Additionally, an empirical analysis may expose what actually happens in practice—that is, whether what appears to be disagreement about belief can be reduced to an inconsistency among fact-finders in their evaluation of supportive evidence. The credit model of analysis is intended to expose the critical thinking process involved in fact-finding, and thus permit increased analysis and evaluation of specific pieces or categories of evidence.

One cannot, however, over-emphasize the need for caution so that a trial does not proceed in such a mechanical manner. A trier of fact

avertit que ce qui peut être indiqué, dans certains cas, c'est une mise en garde claire et précise.⁶⁹ C'est ce qu'on a appelé "l'avertissement *Vetrovec*" ou "la mise en garde *Vetrovec*"⁷⁰, laquelle trouve son fondement dans le commentaire suivant du juge en chef Dickson :

*J'aimerais ajouter seulement une ou deux observations au sujet de la pratique à suivre au procès lorsque le bon sens requiert que le juge des faits dispose d'éléments de nature à confirmer un témoignage avant de se fonder sur celui-ci si le témoin, qui joue un rôle clé dans la preuve de culpabilité, peut être sujet à caution parce qu'il est soit un complice, soit la victime ou qu'il ait mauvaise réputation.*⁷¹

Plutôt que de tenter de classer le témoin dans une catégorie et de réciter ensuite des incantations rituelles, le juge jouit désormais du pouvoir discrétionnaire de décider, après avoir examiné "tous les facteurs susceptibles de porter atteinte à la crédibilité d'un témoin en particulier", du bon moment pour faire cette mise en garde à l'égard de ce témoin.

En outre, le tribunal a somme toute écarté les technicalités de la corroboration du témoignage du complice. Mais lorsque la mise en garde est indiquée, "le bon sens requiert que le juge des faits dispose d'éléments de nature à confirmer un témoignage avant de se fonder sur celui-ci."⁷² Il en découle que ce qu'il faut, c'est "la confirmation, à partir d'autres sources, que le témoin suspect dit la vérité"⁷³, par exemple si l'affirmation mise en doute "concorde avec d'autres déclarations ou circonstances se rapportant à la même affaire."⁷⁴ Il n'est pas nécessaire qu'il y ait un rapport entre la preuve complémentaire et les actes manifestes sur lesquels porte la déposition du témoin, mais cette preuve complémentaire sera suffisante si elle "est susceptible de faire naître une conviction logique que (le témoin) dit la vérité."⁷⁵

L'avertissement *Vetrovec* ne devrait pas être appliqué au témoignage de l'accusé ni à celui des témoins à décharge, mais uniquement au témoignage susceptible d'aider à faire la démonstration de la culpabilité.⁷⁶

Un nouveau chapitre du droit de la preuve a donc été écrit lorsque le tribunal a rejeté, dans l'arrêt *Vetrovec*, les règles strictes "qui, tout en pouvant causer des difficultés à cause de leur rigueur, constituent un rempart contre l'incompétence ou le parti pris en faveur de la poursuite"⁷⁷, leur préférant des règles discrétionnaires raisonnablement appliquées. Ce jugement témoigne du fait que l'on a confiance que les juges dans les procès au criminel feront une utilisation judicieuse de la mise en garde lorsque nécessaire. Les notions de crédit et de fiabilité permettront au juge d'évaluer les témoins et de déterminer s'il est ou non nécessaire de leur faire la mise en garde.

C. *Vetrovec* et le crédit

Dans l'arrêt *Vetrovec*, le tribunal jugea que le juge doit décider si "le témoin est digne de foi"⁷⁸ ou si "le crédit du témoin exige que le jury soit mis en garde."⁷⁹ Ainsi, la notion de crédit, ou celle de fiabilité est le cadre à l'intérieur duquel le juge évalue les témoins. Sous le régime de la *common law*, on ne peut mettre en doute la déposition du témoin en se fondant uniquement sur un stéréotype, ce qui revient à dire qu'on doit éviter de mettre les gens qui ont des caractéristiques communes dans des catégories d'inspiration judiciaire que l'on soumet ensuite à des règles de preuve particulières. Voilà l'héritage de *Vetrovec*.

Cependant, notre bon sens et le tribunal dans *Vetrovec* reconnaissent qu'en pratique, les témoins ne tombent pas dans des catégories précises, que certaines catégories sont plus susceptibles de compter des témoins qui ne sont pas dignes de confiance et qu'elles semblent en soi indiquer qu'une mise en garde est

118 J.H. Wigmore, *supra*, note 113, vol. 7 at 424, quoted in *Vetrovec*, *supra*, note 2 at 826.

119 D.M. Armstrong, *Belief, Truth and Knowledge* (Cambridge: Cambridge University Press, 1973) at 3-5.

69 *Idem*, à la page 322.

70 R. c. Bevan (1991) 63 C.C.C. (3d) 333, à la p.340 (C.A. Ont.).

71 *Supra*, note 2, à la page 831.

72 *Idem*, à la page 831.

73 *Idem*, à la page 829, citant Lord Diplock dans *D.P.P. v. Hester* (1972) 3 All E.R. 1056, à la page 1073 (Chambre des Lords).

74 *Idem*, à la page 830, citant Lord Reid dans *D.P.P. v. Kilbourne* (1973) 1 All E.R. 440 à la page 456 (Chambre des Lords).

75 *Idem*, à la page 832.

76 R. c. Tzimopoulos (1986) [1987] 29 C.C.C. (3d) 304, 339-40 (C.A. Ont.).

77 J.D. Heydon, "The Corroboration of Accomplices" [1973] *Crim L Rev* 264, à la page 281, cité dans *supra*, note 2 à la page 824.

78 *Supra* note 2, à la page 823.

79 *Idem*.

Si les prétentions du poursuivant sont fondées sur une preuve circonstancielle, on doit accorder une certaine valeur probante aux dépositions des témoins à décharge et le juge ne peut les rejeter en affirmant tout simplement qu'il croit ou qu'il ne croit pas tel ou tel témoin. Le juge doit motiver son rejet du témoignage rendu de vive voix lorsqu'il lui préfère⁶² la preuve circonstancielle présentée par le poursuivant.⁶³ Lorsqu'elle affirme ne pas croire le témoin, la personne qui préside l'audience a l'obligation, tant envers ce dernier qu'envers la cour d'appel, de motiver son affirmation.⁶⁴

Toutefois, lorsque les témoignages sont contradictoires, le juge n'est pas tenu de donner les raisons pour lesquelles il rejette ou il accepte les dépositions d'un groupe de témoins de préférence à ceux d'un autre, et notamment de motiver son rejet de la déposition du prévenu.⁶⁵

La Cour suprême s'est récemment prononcée sur la question de la crédibilité des témoins en général et n'a pas critiqué la directive suivante donnée au jury :

*Pour déterminer les faits de l'espèce, vous êtes les seuls juges de la véracité des témoins et du poids à accorder aux dépositions de chacun d'eux. Pour déterminer si un témoin est crédible, vous devez faire appel à votre expérience de tous les jours à cet égard. En réalité, pour dire les choses simplement, servez-vous de votre bon sens. Je vous indique que vous avez le droit de croire la totalité de la déposition d'un témoin, d'en croire des parties ou de ne rien croire du tout. Pour savoir si vous devez croire un témoin, vous devez tenir compte de choses comme sa capacité d'observer et de l'occasion qu'il a eue de le faire, de son comportement au moment de témoigner devant vous, de sa mémoire. Vous devez aussi tenir compte de tout intérêt, parti-pris ou partialité qu'il peut avoir, de toute incohérence dans sa déposition et du caractère raisonnable de cette déposition dans l'ensemble de toute la preuve offerte dans l'affaire. Vous n'êtes pas obligés de croire ce qu'un témoin a dit uniquement parce que personne n'a nié ce qu'il a dit sur un point.*⁶⁶

Pourtant, même si on n'y ajoute pas foi, le témoignage du prévenu de doit pas être mis de côté. On doit considérer que sa déposition fait partie de la totalité de la preuve soumise à la norme de preuve. C'est pourquoi la crédibilité de l'accusé n'est pas considérée exactement de la même façon par les tribunaux que l'est celle des autres témoins.⁶⁷

Les affirmations qui précèdent ont été faites lorsque la Cour d'appel eut à apporter des correctifs spéciaux et surtout dans des affaires où les juges se souciaient que le fardeau de la preuve - "la plus fondamentale des règles du jeu" - était mis en péril. Ces affirmations n'ont jamais été (ni ne sont) conçues comme des règles strictes destinées à servir systématiquement de guide au juge enquêteur. Au cours de l'histoire de notre droit pénal, on a fait maintes tentatives de formuler une telle réglementation, visant plus particulièrement les cas où les tribunaux ont à statuer sur les témoignages des complices, des enfants, des témoins et des plaignants louches, en particulier sur ceux des plaignants dans les poursuites pour agression sexuelle. La Cour suprême a mis un terme à ces efforts lorsqu'elle s'est écartée de ses décisions antérieures dans l'arrêt *Vetrovec* c. R.; *Gajac* c. R.⁶⁸ en révoquant la règle spéciale exigeant que le témoignage d'un complice soit corroboré.

B. La mise en garde *Vetrovec*

Dans l'arrêt *Vetrovec*, le litige portait précisément sur la question du témoignage des complices, mais les principes émis dans ce jugement sont appliqués aux témoins en général et ils ne s'appliquent pas uniquement aux complices. Le tribunal conclut qu'il est impossible de trouver une règle qui exprime et qui codifie une solution de bon sens lorsqu'il s'agit de statuer sur la culpabilité ou l'innocence en se fondant sur des témoignages de sources possiblement douteuses. Bien qu'il rejette les règles strictes exigeant que l'on fasse un examen particulièrement minutieux de la déposition des témoins, sous réserve des prescriptions législatives contraires, le tribunal

must take into account the evidence in its totality, and if a reasonable doubt remains, the accused must be acquitted, regardless of which level of credit one artificially assigns the key witnesses. The credit model is meant only as a framework for analysis, a tool to help focus attention on the pieces of evidence that are scattered throughout a trial, yet are not directly related to the question of the *actus reus*, but nonetheless affect the ultimate determination of that issue.

V. CONCLUSION

The uncertainty in the fact-finding process of the criminal justice system is well recognized and accepted as ineradicable. For that reason, and because the court will often convict on the evidence of a single witness, even if the witness is potentially unreliable, there is a risk that the innocent will be convicted. The required unanimity of twelve jurors is "the level of safety provided at the centre of the criminal process,"¹²⁰ notes Dworkin, who finds it "hard to resist supposing that the number actually chosen was in large part fortuitous."¹²¹ Elsewhere, he considers the hypothetical case of a more accurate jury:

Suppose (to put a crude case) that trials would be marginally more accurate if juries were composed of twenty-five rather than twelve jurors.... If we continue to use only twelve jurors in order to save the extra expense, that will result in some people being convicted though innocent....

*If people are not entitled to the most accurate trials possible, hang the cost, then to what level of accuracy are they entitled?*¹²²

But, what is the level of accuracy if, as in our crude experiment, a group of twenty judicious fact-finders would divide equally, thereby implying that chance, not reason, is determinative in difficult cases?

There may exist better systems than either those of a jury of twelve lay people or a judge sitting alone. Glanville Williams once recommended that criminal cases could be better decided by a bench of three judges who would require unanimity in order to convict:

Trial by a single judge or magistrate provides no adequate safeguard against the vagaries of the individual. Trial by three judges, giving reasons for their decision and subject to correction on appeal, should in all human experience be a better trial than by jury; if it is not, there must be

*something gravely wrong with our method of appointing judges.*¹²³

There are also other models to consider, such as the German *Schoffengerich*, where between two and six lay magistrates sit as assessors in addition to a professional judge.¹²⁴

Such reforms, however, are outside the scope of provincial court judges. Judges instead must continue to improve their individual performance within the existing system. Discussion and analysis of all related issues will contribute to that aim. As mentioned earlier, one such endeavour by Saskatchewan provincial court judges invokes the use of videos to study the process of fact-finding.

Limiting analysis to the technical legal issues conceals the more fundamental and systemic forces that make a certain degree of arbitrariness and uncertainty inescapable. To understand these issues in the context of fact-finding will reveal the specific need for reform and also lessen the stress generated by judgments made with uncertainty. Every court day, trial judges struggle with questions of guilt or innocence that are dependent upon their fact-finding, which is often based on the acceptance or rejection of testimony from contradictory witnesses. The inherent difficulty in the fact-finding process can be lessened by the cultivation of methodical critical reasoning skills.

The application of improved reasoning skills in a criminal trial will be enhanced by a better understanding of the bounds of rationality that are imposed by the system itself. One of these boundaries may emerge in the empirical study, which will examine whether what appears to be disagreement about belief can be reduced to an inconsistency among fact-finders in their application of supportive evidence, much of which is generic in nature. Because it is generic, consistency in its application is achievable either by rational persuasion upon analysis of the particular issue (for example, the effect of a criminal record on credit), or by law, either through legislation or judicial reform through precedent. However, if the disagreement is about belief, so that a trier of fact who relies on the evidence of witness A over witness B cannot demonstrate any reason to convict or to acquit other than his or her belief in witness A, then one of the system's boundaries of rationality is then encountered.

62 De l'anglais "in preference to", j'ai interprété.

63 R. c. *Armstrong* (1970), [1972] 16 C.R.N.S. 170, à la page 171 (C.A. Ont.). Voir aussi R. c. *MacGregor* (1971), [1972] 6 C.C.C. (2d) 86, à la page 86 (C.A. Ont.).

64 R. c. *McCullough* (1969), [1970] 1 C.C.C. 366, aux pages 368-69 (C.A. Ont.).

65 R. c. *Armstrong*, *supra*, note 60 aux pages 171-72; voir également R. c. *Sugiyama* (1976), [1977] 3 W.W.R. 478, à la page 479 (C.A. C.-B.); *Lemay* c. R. (1952) 1 R.C.S. 232, aux pages 237-38; *Belzberg* c. R. (1962) R.C.S. 254, à la page 256.

66 *Supra*, note 46 à la page 747, où le juge Cory cite le juge du procès.

67 *Idem*, aux pages 747-48, où le juge Sopinka affirme: "Je doute beaucoup qu'il convienne d'affirmer de façon catégorique qu'il faut considérer la crédibilité de l'accusé exactement comme celle de n'importe quel autre témoin."

68 *Supra*, note 2.

120 Ronald Dworkin, *A Matter of Principle* (Cambridge: Harvard University Press, 1985) at 91.

121 *Ibid.* at 90.

122 *Ibid.* at 72-73.

123 *Supra*, note 25 at 299.

124 *Ibid.*

Case law does not provide much information about judicial attempts to explore in more detail the rational frontiers of belief.¹²⁵ Early attempts to expand these frontiers came from the Courts of Appeal of Ontario¹²⁶ and British Columbia.¹²⁷ However, such attempts were suspended when the Supreme Court of Canada ruled that when there is a conflict of oral testimony, the trial judge need not give reasons for rejecting or accepting one group of witnesses over another, including the rejection of the accused's testimony.¹²⁸ Although there is some legal writing that addresses this issue,¹²⁹ other disciplines such as philosophy¹³⁰ and psychology¹³¹ have much to offer. Increased contact between the legal profession and other disciplines will clarify and expand legal thinking and improve the skills of court officials, for example, in credibility assessment; increase awareness about scientific developments, for example, in lie-detection techniques, such as the polygraph or statement analysis; or inform lawyers and judges about studies into blind spots related to such factors as culture, gender and class. Many of these blind spots occur because of beliefs that are only dimly held in one's awareness. However, the legal profession as a whole should move together to encourage such educational pursuits. Otherwise, hopeful lawyers will bring new ideas into court, only to face judges who are ill-prepared to accept the significance of the new theories; conversely, judges may bring into the court forum seminar evidence of which counsel is unaware.

If subjective judgment determines which witness a trier of fact believes, and if there exists inconsistency among triers of fact, then alternative rules or methods for decision-making, such as panels, ought to be considered. Judicial exercises using videotaped trials could determine the usefulness of panels. If Williams is correct in expecting that a trial by three judges is better

than one by a judge alone or a jury,¹³² then further study would be necessary to consider what types of cases would come before a panel, whether such cases would be identified by an election or some other process and what changes to the law would be necessary. With the demise of the Law Reform Commission of Canada, the possibility of study of reform on such a large scale is uncertain and the development of creative models of fact-finding unlikely.

The ever-present uncertainty in the fact-finding process invites a consideration of new verdicts that would allow for more creative responses than do the choices of either "guilty" or "not guilty." For example, after hearing evidence, it might be obvious that the accused is distressing the victim or the community in some way. However, a judicious fact-finder may be unable to conclude that the "fact" of the criminal offence is proven—for example, that the accused slapped the victim's face. The cartoon of the judge finding the accused not guilty, but lecturing him about never committing that offence again humorously but truthfully reflects this dilemma. Instead of limiting the determination of the issue to a fact-finding decision about a specific criminal act, it might be helpful to consider an alternate verdict that would respect the factual uncertainty, yet at the same time acknowledge that some judicial response is warranted.

In such cases, could concepts that are discussed in native justice systems, such as healing or reconciliation, suggest viable alternatives to non-criminal verdicts and responses? In situations where the primary concern is not to ascribe moral blame or to prescribe punishment, a verdict other than "guilty" or "not guilty" might allow the community to respond so as to monitor or counsel the parties, while at the same time diverting the case from the criminal justice process. These situations will often arise in those fact-finding cases involving contradictory wit-

contre celle du prévenu ou celle de leurs témoins. Si un des récits est véridique et que forcément, l'autre semble faux, la tentation est forte de se sentir obligé de choisir entre les deux. C'est une erreur.

En 1946, la Cour d'appel de la Saskatchewan rendait un jugement⁵⁰ qui a servi de guide aux juges à cet égard. Toutefois, en 1991, la Cour suprême du Canada traitait encore de cette "erreur qu'on trouve trop souvent"⁵¹ et soulignait comment à cet égard, l'enquête est difficile et parsemée de pièges. Lorsque les récits sont carrément contradictoires et qu'il est évident qu'ils ne peuvent tous deux être véridiques, le rôle du juge n'est pas de déterminer au delà de tout doute raisonnable laquelle des parties a dit la vérité. Les juges doivent "étudier la crédibilité de tous les témoins et, si les témoignages des témoins à charge soulèvent chez eux un doute raisonnable ... ou s'ils croient raisonnable de croire le témoignage du prévenu, ils doivent alors rendre un verdict de non culpabilité."⁵²

Le niveau de preuve hors de tout doute raisonnable ne s'applique pas aux éléments de preuve individuels⁵³, mais le prévenu a droit au bénéfice du doute raisonnable relativement à chaque élément de l'infraction.⁵⁴ Lorsque l'élément de crédibilité est important, la règle du doute raisonnable s'applique à cette question.⁵⁵ En ce qui concerne la crédibilité, voici la plus récente déclaration de la Cour suprême du Canada à ce sujet :

Premièrement, si vous croyez la déposition de l'accusé, manifestement vous devez prononcer l'acquiescement.

Deuxièmement, si vous ne croyez pas le témoignage de l'accusé, mais si vous avez un doute raisonnable, vous devez prononcer l'acquiescement.

*Troisièmement, même si vous n'avez pas de doute à la suite de la déposition de l'accusé, vous devez vous demander si, en vertu de la preuve que vous acceptez, vous êtes convaincus hors de tout doute raisonnable par la preuve de la culpabilité de l'accusé.*⁵⁶

Pour ce qui est des témoins qui se contredisent, l'obligation de choisir entre leurs témoignages est source d'erreur. Par exemple, si on ne croit pas le témoin, on aurait tort d'en conclure que l'on doit forcément ajouter foi au témoignage qui contredit le sien:

*Les jurés ne peuvent retenir (la) version (adverse), ou portion de celle-ci, que s'ils sont, en regard de toute la preuve, satisfaits hors de tout doute raisonnable que les événements se sont passés comme tels; à défaut de quoi, et à moins qu'un fait ne soit prouvé hors de tout doute raisonnable, l'accusé a droit à la détermination de fait qui lui est la plus favorable, en autant, bien sûr, qu'elle repose sur une preuve au dossier et n'est pas pure spéculation.*⁵⁷

De même, le fait que la version du poursuivant soit retenue n'en fait pas automatiquement preuve hors de tout doute raisonnable car la question n'est pas de savoir laquelle des versions des faits est véridique mais plutôt, "eu égard à la totalité de la preuve, considérée dans son ensemble, (de savoir) si la poursuite a prouvé le bien-fondé de sa cause hors de tout doute raisonnable."⁵⁸ Ainsi, alors que le prévenu ne peut être trouvé coupable que si son témoignage est entièrement rejeté, si le juge le condamne sur la foi de la preuve présentée par le poursuivant, il est possible que la Cour d'appel attache de l'importance au fait "que le juge n'a pas expressément rejeté la preuve présentée par l'appelant, ni jugé son témoignage invraisemblable."⁵⁹

Advenant que le prévenu ne vienne pas témoigner pour démentir une accusation, il n'est pas loisible au juge qui siège seul de corriger la faiblesse de l'argumentation du poursuivant en tirant une conclusion de l'omission de rendre témoignage ou de présenter une défense.⁶⁰ Et il n'est pas convenable que le juge rejette la dénégation opposée par le prévenu à l'accusation en invoquant que le poursuivant n'a aucun motif apparent d'inventer ce qu'il allègue.⁶¹

125 Appellate courts discuss fact-finding when they reweigh and evaluate the evidence to determine if a verdict is unreasonable, or if it cannot be supported by that evidence. See, for example, *Yebe v. R.*, [1987] 2 S.C.R. 168.

126 *R. v. Gun Ying*, 65 O.L.R. 369, 53 C.C.C. 378, [1930] D.L.R. 925.

127 *R. v. Tonelli* (1951), 13 C.R. 430, 3 W.W.R. (N.S.) 495, 99 C.C.C. 345.

128 *Lemay v. R.*; *R. v. Sugiyama*, *supra*, note 62.

129 *Supra*, note 1.

130 Epistemology is concerned with knowledge, which is traditionally defined as "true belief." E.g., Jonathan Dancy, *Introduction to Contemporary Epistemology* (Oxford: Basil Blackwell, 1985). Philosophical attention has been specifically directed to the nature of belief, for example as maps by which we steer, and variously considered to be conscious occurrences, dispositions or as states of the mind. E.g., Armstrong, *supra*, note 119. Philosophy of language, linguistic analysis and theory of meaning are also applicable.

131 E.g., John C. Yuille, ed., *Credibility Assessment* (Dordrecht, The Netherlands: Kluwer Academic Publishers, 1988).

132 *Supra*, note 25.

50 *R. c. Nykiforuk*, (1946) 3 D.L.R. 609 (C.A. de la Sask.).

51 *Supra*, note 46 à la page 758, le juge Cory.

52 *Supra*, note 48 à la page 612.

53 *R. c. Morin*, (1988) 2 R.C.S. 345.

54 *R. c. Moreau*, (1986) 26 C.C.C. (3d) 359, à la page 389 (C.A.Ont.).

55 *Supra*, note 46 à la page 757.

56 *Idem*, à la page 758.

57 *R. c. Nadeau* (1984) 2 R.C.S. 570 (sub nom *Nadeau c. R.*).

58 *R. c. Riley* (1979) 42 C.C.C. (2d) 437, à la page 440 (C.A.Ont.).

59 *Idem*.

60 *R. c. Patrick* (1982) 138 D.L.R. (3d) 384, confirmant (1981) 128 D.L.R. (3d) 496, à la page 513 (C.A.C.-B.).

61 *R. c. Krack* (1990) 56 C.C.C. (3d) 555, aux pages 561-62 (C.A.Ont.).

d'exécution qu'être un bourreau solitaire.⁴² Ne bénéficiant pas de l'écran de protection que lui procure un jury, le juge qui siège seul s'arme des règles que l'on a mis à sa disposition.

III. LES RÈGLES ET LA PROCÉDURE D'ENQUÊTE

A. La preuve au-delà de tout doute raisonnable

Les règles et les normes de la procédure d'enquête ne font l'objet d'aucune "codification", et chaque juge dresse sa propre liste d'arrêts et de principes dont il s'inspire la plupart du temps. Bien que chaque liste demeure la propriété exclusive du juge qui l'a dressée, certaines normes communes s'y retrouvent généralement.

Le principe de base qui est appliqué le plus souvent est celui de la présomption d'innocence. Il est à l'effet le prévenu est réputé ne pas être coupable tant qu'on n'a pas fait la preuve de sa culpabilité au-delà de tout doute raisonnable. Même les profanes bien renseignés⁴³ exagèrent la portée de cette présomption en l'interprétant comme suit :

*"La règle qui prescrit qu'un homme doit être réputé innocent tant qu'il n'est pas déclaré coupable ne force pas le tribunal à juger sans parti pris mais, au contraire, lui dit ce qu'il doit croire au début: c'est-à-dire qu'il s'agit d'un innocent."*⁴⁴

Cette présomption, lorsqu'interprétée de façon à lui donner toute sa signification, c'est-à-dire comme une croyance que le prévenu est innocent, va à l'encontre de certaines réalités du droit pénal. Selon Williams, "dans un sens, on pourrait dire que cette présomption perd sa validité."⁴⁵ Le fait que le prévenu soit incarcéré avant son procès et les conditions de sa détention sont parfois incompatibles avec (la présomption de) son innocence. Selon Williams, "cet homme n'est bien sûr aucunement réputé innocent si ce n'est sans égard aux règles de preuve, quoiqu'il ne soit pas non plus réputé coupable. La réalité, c'est tout simplement qu'on le soupçonne."⁴⁶

La présomption d'innocence signifie effectivement que c'est au poursuivant qu'il incombe de faire la preuve de la culpabilité du prévenu.⁴⁷ En conséquence le juge, lorsqu'il traite

du fardeau de la preuve explique en fait "la règle la plus fondamentale du système."⁴⁸

Voici un énoncé de tout ce que signifie cette règle fondamentale:

La charge ou le fardeau de prouver la culpabilité d'un accusé hors de tout doute raisonnable incombe à la poursuite et il ne se déplace jamais ... La poursuite doit prouver hors de tout doute raisonnable que l'accusé a commis l'infraction dont il est inculpé pour qu'il soit déclaré coupable. Si vous avez un doute raisonnable quant à savoir si l'accusé a commis l'infraction dont il est inculpé, il est de votre devoir d'accorder le bénéfice du doute à l'accusé et de le déclarer non coupable relativement à ces chefs d'accusation. J'ajouterai, pour vous éclairer, qu'il y a une preuve hors de tout doute raisonnable lorsque, comme jurés, vous êtes convaincus de la culpabilité de l'accusé. C'est le niveau de preuve qui convainc l'esprit et satisfait la conscience au point qu'en tant que juré consciencieux, vous vous sentez tenu ou obligé d'en tirer les conséquences. Par contre, si la preuve que vous avez entendue laisse dans votre esprit un doute persistant ou tenace sur la preuve d'un des éléments essentiels de l'infraction dont l'accusé est inculpé, de sorte que vous ne pouvez pas vous dire que la poursuite a prouvé la culpabilité hors de tout doute raisonnable, selon la définition que j'ai donnée de ces termes, alors il est de votre devoir d'acquitter l'accusé.

.... Maintenant, je vous dis qu'il est rarement possible de prouver quelque chose de façon absolument certaine, de sorte que la preuve ou le fardeau de preuve (sic) imposé à la poursuite est celui de prouver la culpabilité hors de tout doute raisonnable. Quand je parle de doute raisonnable, j'emploie les mots dans leur sens naturel ordinaire, non comme une expression juridique qui aurait une signification particulière. Un doute raisonnable est un doute juste et honnête fondé sur la raison et le bon sens. C'est un doute véritable, non pas un doute imaginaire ou fantaisiste qu'un juré irresponsable pourrait imaginer pour se soustraire à son devoir.⁴⁹

On éprouve de la difficulté lorsqu'il s'agit d'appliquer cette présomption d'innocence aux affaires où c'est avant tout la parole du poursuivant

nesses who are themselves in a relationship. The availability of an intermediate verdict, one that is protective of the victim or community while not threatening the security of the accused, may be useful in those cases where despite a high degree of suspicion and concern, the inherent uncertainty of the fact-finding process makes a judicious finding of guilt dangerous.

The credit model is not offered as a technical procedure to resolve contradictory testimony. Since categories of witnesses are no longer the prime focus for an analysis of potentially unreliable witnesses, a credit model can instead provide a logical and coherent framework for such analysis. Other models may serve equally well. However, any model must not be used in isolation as a mechanical means to decide guilt or innocence, for to do so would be to repeat the error of mechanically-dividing witnesses into categories of reliability. A trial decision is based on all the evidence in its totality, and any techniques that artificially isolate evidence can promote serious error.

As a theoretical framework, the credit model provides a coherent approach to fact-finding involving contradictory evidence. One expects a study of fact-finding to produce similar benefits of consistency that judges derive from their other educational studies, such as sentencing seminars. Seminars tend to generate understanding and intelligibility, which in turn are reflected in judicial consistency that fosters confidence among the general public. In this regard, the appearance of accuracy in fact-finding is important:

*Only by producing generally acceptable verdicts on facts at issue can a legal system ensure that in the long term it will continue to retain the respect of the informed public. Only thus will it even survive. What is crucial here is not so much actual accuracy of trial outcomes, but rather the extent to which people believe in this accuracy, especially in criminal cases.*¹³³

Findings of fact that are intelligible and rational as opposed to arbitrary and unpredictable will produce the acceptable verdicts needed to maintain public confidence in the criminal justice system.

42 *Idem*, à la page 282.

43 Michael Polanyi, *Personal Knowledge: Towards a Post-Critical Philosophy* (Chicago: University of Chicago Press, 1958).

44 *Idem*, aux pages 278-79.

45 *Supra*, note 25 à la page 183.

46 *Idem*.

47 *Idem*, à la page 184.

48 R. c. W.(D.) [1991], 1 R.C.S. 742, à la page 750 (le juge Sopinka).

49 *Idem*, aux pages 753-55, le juge Cory, citant le juge de première instance.

133 D. Cohen, "Freedom of Proof" in W.L. Twining, ed., *Facts in Law* (Weisbaden: Steiner, 1983) 1 at 4-5, quoted in MacCrimmon, *supra*, note 3 at 277 n. 10.

La Procédure d'Enquête Judiciaire et Le Concept de Crédit*

l'Hon. Gerald T.G. Seniuk*

I. INTRODUCTION

Cet article a pour but d'étudier l'incertitude qui prévaut dans la procédure d'enquête lors de l'instruction criminelle des procès donnant lieu à des témoignages contradictoires. Les conclusions de fait requises pour établir le bien-fondé de l'accusation au criminel (c'est-à-dire les décisions qui portent sur ce qui s'est dit ou ce qui s'est fait à un moment précis) sont fréquemment les seules questions en litige lors d'un procès au criminel. Souvent, les conclusions portant sur les faits historiques découlent de ce que l'arbitre des faits préfère la parole d'un témoin à celle de l'autre. Le rejet de la déposition du témoin a pour effet d'empêcher le tribunal d'en tenir compte. Les juges ne motivent que rarement, et les jurys jamais, leur refus de croire le témoin et ils empêchent de ce fait le tribunal de tenir compte de sa déposition. Ainsi, le sort réservé au prévenu ou la justice rendue à la victime peut dépendre de la déposition d'un seul témoin, et le jugement rendu peut n'être fondé que sur la confiance que porte le juge à ce témoin. En conséquence, lorsqu'il s'agit de se prononcer sur la culpabilité ou l'innocence, la preuve juridique et le processus de raisonnement juridique peuvent dépendre d'une croyance subjective qui défie presque toute analyse rationnelle.

Ainsi, quiconque n'a pas effectivement vu les témoins rendre témoignage aura de la difficulté à juger de la validité des conclusions fondées sur la fiabilité de ces témoins. C'est pourquoi les tribunaux d'appel s'en remettent à l'arbitre des faits pour en juger et se concentrent plutôt sur des points de droit qui ne font qu'effleurer la question par le biais de sujets comme ceux de l'admissibilité du témoignage et de l'application de la règle de preuve. Mais en général, les juges de

la cour d'appel ne font dans leurs jugements l'analyse ni de cette croyance subjective, ni de la preuve à qui elle sert de fondement car ils n'en ont pas la compétence. Par conséquent, la détermination de la culpabilité ou de l'innocence, lorsqu'elle est fondée sur la croyance subjective du juge, est une question importante mais dont la jurisprudence ne fait aucun cas. La doctrine y a porté une certaine attention, s'attardant à l'étude de la force probante de la preuve qui est fondée sur les probabilités et les conclusions tirées des faits.¹ Ce type d'analyse diffère du processus de croyance et de preuve (sic) qui fait l'objet de la présente étude.

Les questions de croyance et de preuve dont nous faisons ici l'étude sont celles qui dépendent de ce qu'on fasse ou non confiance à tel ou tel témoin. La preuve de culpabilité n'est pas plus concluante que cette confiance, ce qui contraste avec le genre de croyance ou de preuve fondée sur une série de faits qui amènent logiquement à conclure d'une certaine façon. La force probante de ce dernier type de croyance se mesure selon les normes reconnues de preuve raisonnable. Il n'existe pas de critères correspondants universellement acceptés en procédure pénale pour évaluer le caractère raisonnable de la preuve fondée sur la croyance subjective ou la confiance accordée à un témoin plutôt qu'à un autre. C'est ce qui fait l'incertitude de la procédure d'enquête lors de laquelle des témoins se contredisent.

L'issue d'un procès où le litige porte sur la véracité d'un témoignage peut souvent dépendre d'une conclusion fondée sur un témoignage contradictoire. Faute de pouvoir, dans un tel cas, en détecter à coup sûr le caractère mensonger, on a coutume en droit pénal d'avoir recours à la présomption d'innocence et aux règles en matière

judiciaire convient "qu'il faut parfois courir le risque qu'un innocent soit condamné."³⁰ Mais quel genre de risque?

D'une certaine façon, le système du jury fait effectivement de cette question une affaire de chance puisque le prévenu n'a qu'à soulever un doute dans l'esprit d'un des douze jurés pour échapper à la condamnation. Blackstone estime que le procès avec jury, sans équivoque une innovation d'origine britannique, est "le titre de gloire du droit anglais."³¹ Mais on ne l'a pas toujours jugé de la sorte et à ses débuts, on devait forcer le prévenu à accepter de subir son procès devant un jury.³² Bien sûr, plusieurs raisons historiques justifient cette crainte du procès avec jury³³, dont au moins celle qui veut que "parce que le jury était composé d'individus qui connaissaient le prévenu et qui l'avaient dénoncé, ce dernier courrait plus de chances d'être déclaré coupable lors d'un procès avec jury que s'il était soumis à une épreuve dont il avait des chances de finalement sortir indemne"³⁴. Le consentement au procès devant jury s'avérait nécessaire "en raison du fait qu'on demeurerait dans le doute quant à savoir comment un jury composé de mortels pourrait assumer la tâche d'établir la culpabilité"³⁵, une explication qui ressemble à celle qu'en donne Bridle goose car "sachant la grande ambiguïté du droit en la matière, il demanda conseil à Dieu et ce dernier lui répondit par les dés."³⁶

Le système du jury ne fut pas au premier abord institué afin de protéger les innocents mais, à l'instar des nouveaux concepts de justice, il en vint par la suite à assumer ce rôle.³⁷ Malheureusement, au fur et à mesure que ce système devenait plus équitable, il devenait moins facile à tous d'y avoir accès et, "ironie du sort, les progrès destinés à promouvoir l'équité du procès avec jury incitèrent les gens à éviter complètement d'avoir à subir un procès en plaidant coupable."³⁸ En plus des mesures institutionnelles décourageant le recours aux procès avec jury, il existe également un obstacle

procédural - on ne peut choisir un procès avec jury pour toutes les accusations au criminel. Du reste, lorsque les parties ont le droit de choisir, l'immense majorité d'entre elles choisissent un procès présidé par un juge seul.

Même si tous pouvaient se prévaloir d'un procès avec jury, cela ne garantirait aucunement que les questions de fait soient jugées raisonnablement. Le procès avec jury fait l'objet de la critique tant de ceux et celles qui se plaignent du fait que des coupables s'en tirent que par ceux et celles qui craignent pour les innocents. Pour un juriste aussi consciencieux que Glanville Williams, "ces dangers ne sont pas imaginaires ... et il est impossible de savoir dans quelle mesure ces éléments entraînent des verdicts injustes."³⁹ Le Code criminel⁴⁰ interdit la divulgation des délibérations d'un jury. Un des motifs qui justifient cette interdiction tient au fait que l'on "souhaite garder la confiance que le public accorde à un système que cette connaissance plus intime est susceptible d'anéantir."⁴¹ Le jury est peut-être une merveilleuse invention du droit anglais, mais rien ne permet de savoir si les méthodes qu'emploient les jurés sont effectivement plus rationnelles qu'un coup de pile ou face, lui étant par conséquent préférables.

Les anglais d'antan étaient-ils plus certains qu'une épreuve révélerait à coup sûr la culpabilité du prévenu que ne le sont les canadiens d'aujourd'hui qu'un procès avec jury est révélateur de vérité? Ou serait-ce plutôt que ces deux méthodes ont tout simplement été adoptées par leurs contemporains parce qu'elles leur permettaient de statuer dans des cas où il était humainement impossible de parvenir à une certitude absolue? S'il arrive au juge qui décide d'une affaire seul de désirer ardemment pouvoir se payer le luxe d'avoir un jury, ce n'est peut-être pas parce qu'il croit qu'un jury est plus apte que lui à découvrir ce qui s'est effectivement passé mais, selon Williams, "parce qu'il est préférable d'être un juge avec jury qu'un juge seul, tout comme il vaut mieux faire partie d'un peloton

* Juge de la cour provinciale de la Saskatchewan. L'auteur remercie le professeur Russ Buglass de l'Université de Saskatchewan de l'aide considérable qu'il lui a prodigué dans la rédaction du présent article.

«Reproduit avec la permission de l'auteur et de l'éditeur du journal *Le Praetor*.»

1 Voir par exemple J.H. Wigmore, *The Science of Judicial Proof*, 3ième ed. (Boston: Little, Brown, 1937); W.L. Twining, *Theories of Evidence: Bentham & Wigmore* (London: Weidenfeld & Nicolson, 1985); N. Gold, C. Mackie & W.L. Twining, *Learning Lawyers' Skills* (London: Butterworths, 1989); W.L. Twining, *Rethinking Evidence: Exploratory Essays*, (Oxford: Basil Blackwell, 1990). On trouvera plusieurs articles traitant d'un nouveau mouvement académique nommé le "new evidence scholarship," qui étudie les conséquences de la théorie décisionnelle, des probabilités et de la statistique sur l'étude de la preuve dans "Decision and Inference in Litigation" (Special Issue) (1991) 13 *Cardozo Law Review*, aux pages 253 et suivantes.

30 Williams, *supra*, note 25 à la page 190.

31 *Idem*, à la page 253.

32 O.E. Fitzgerald, *The Guilty Plea and Summary Justice* (Toronto: Carswell, 1990) à la page 13, n.37.

33 *Idem*, à la page 12.

34 *Idem*.

35 *Idem*, à la page 11.

36 Eggleston, *supra*, note 7 à la page 1.

37 Fitzgerald, *supra*, note 30 aux pages 4-14.

38 *Idem*, à la page 25.

39 *Supra*, note 25 aux pages 276-77.

40 L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 649.

41 *Supra*, note 25 à la page 268.

avoir été victime de l'agression sexuelle d'un ancien combattant invalide. Ce vidéo est destiné à être utilisé dans le cadre d'un projet portant sur la procédure d'enquête devant un juge, mais on l'a également fait visionner par d'autres groupes et notamment par un groupe de vingt étudiants de deuxième année en droit²⁶. On a alors demandé à chacun de ces derniers de rendre un arrêt comme s'il siégeait en qualité de juge siégeant seul. Leurs décisions furent partagées : douze à huit en faveur d'une déclaration de culpabilité. Le fait que huit personnes raisonnables sur un total de vingt se soient ainsi prononcées en faveur d'un acquittement, qu'il s'agisse en fait de non-initiés, de juges ou d'étudiants ayant reçu une formation en droit, laisse supposer un doute raisonnable quant à la culpabilité du prévenu. Malgré tout, si ce procès s'était déroulé devant ces vingt "juges", la probabilité de condamnation aurait été de 60 pour cent.

On peut raisonnablement s'attendre à ce que la même chose se produise devant les tribunaux contemporains, ce qui revient à dire que, toutes choses égales d'ailleurs, lorsqu'un juge condamne le prévenu que son confrère de la magistrature aurait acquitté, le prononcé de la culpabilité ou de l'innocence est, en fin de compte, essentiellement une question de chance qui dépend du juge qui est chargé d'entendre la cause. Si on prend pour hypothèse que le résultat d'un procès dépend de la chance qu'on a ou non de plaider sa cause devant tel ou tel juge et que les avis exprimés sur la même preuve par l'équipe de juges dont ce dernier est issu sont partagés moitié-moitié, alors on pourrait décider de ce résultat d'un coup de pile ou face, et ce résultat serait quand même tout aussi prévisible que celui d'un procès. Fait encore plus important, on pourrait prétendre avec la même assurance que la décision fondée sur cette preuve est "juste". Au départ, chacune de ces procédures repose sur la chance et non sur la raison, mais la procédure qui régit le procès obscurcit ensuite l'élément de chance sur laquelle elle repose par le biais d'un déploiement complexe de procédures, de règles et de raisonnement judiciaires. Il est impensable que les décisions judiciaires soient fondées sur une loterie, mais on dirait que la procédure qui régit le procès en comporte une. Ironiquement, l'approbation dont jouit la procédure régissant le

procès auprès de la société est fondée sur la confiance que l'on accorde à sa rationalité (sic). Ceci soulève une question fondamentale qui ne changerait pas même si les avis exprimés par l'équipe susmentionnée sont inégalement partagés (i.e. par exemple dans une proportion de 75-25 au lieu de 50-50). Quelle est l'étendue du risque couru par l'accusé innocent qui se présente devant le tribunal pour faire face à son accusateur et quelle procédure d'enquête doit-on adopter afin de réduire l'étendue de ce risque suffisamment pour que le public continue d'avoir confiance en la procédure qui régit le procès?

B. Le risque et la procédure d'enquête

Il y a une maxime dans notre droit pénal à l'effet qu'il vaut mieux permettre que dix coupables restent impunis que condamner un seul innocent. Cette proportion de dix contre un, qui sert fréquemment de barème en matière pénale, a été établie par Blackstone.²⁷ La proportion a toutefois varié. Les romains préconisaient que la proportion soit d'un coupable impuni plutôt que d'un innocent condamné; Fortescue qu'elle soit de vingt contre un; en 1696, Sir Edward Seymour se croyait sur les traces des romains en préconisant que la proportion soit de dix contre un; Hale préconisait qu'elle soit de cinq contre un; Blackstone nous a convaincu qu'elle devait être de dix contre un; et Bentham, dans son opposition à la maxime, supposa qu'elle était de cent contre un.²⁸

Glanville Williams fait de William Paley le plus célèbre adversaire de cette maxime, et il cite l'extrait suivant du *Principles of Moral and Political Philosophy* de Paley :

*When certain rules of adjudication must be pursued, when certain degrees of credibility must be accepted, in order to reach the crimes with which the public are infested, courts of justice should not be deterred from the application of these rules by every suspicion of danger, or by the mere possibility of confounding the innocent with the guilty. They ought rather to reflect, that he who falls by a mistaken sentence may be considered as falling for his country.*²⁹

De nos jours, personne n'oserait prétendre aussi fermement qu'on doive sacrifier des innocents pour s'assurer que les coupables soient condamnés, mais Williams admet que le système

de corroboration pour se prémunir contre le risque qu'un faux témoignage passe inaperçu. Au cours des dix dernières années, certaines règles exigeant la corroboration ont été soit modifiées² ou révoquées.³ De plus, la Cour suprême du Canada a récemment rendu des jugements dans lesquels elle s'oppose aux règles d'exclusion, renforçant de la sorte la tendance favorisant la libre appréciation de la preuve,⁴ ce qui laisse plus de discrétion à chaque juge et permet une plus grande diversité des jugements. Ainsi, tout en appliquant les mêmes règles au même témoignage, différents juges pourront rendre des jugements très différents.

Ce relâchement des règles régissant la corroboration a-t-il donné naissance à un système judiciaire où règne l'arbitraire? Si, dans une seule et même affaire, un juge acquitterait le prévenu alors qu'un autre juge le condamnerait - l'issue du procès dépend de quel de ces juges sera choisi pour le présider - ce qui équivaut à laisser l'issue du procès au hasard comme s'il s'agissait d'un coup de pile ou face. L'arbitraire encourage l'incohérence. Plus les juges sont cohérents, moins il est probable que l'issue du procès ressemble au résultat d'un jeu de hasard. Il faut donc que l'exercice de sa discrétion par le magistrat comporte le moins possible d'arbitraire pour que sa libre appréciation de la preuve soit aussi cohérente et recevable que possible. Étant donné la révocation des règles qui exigeaient plus de cohérence, comment les juges pourront-ils désormais se garder de tomber dans l'arbitraire?

La première partie du présent article traite notamment de l'incertitude que comporte la procédure d'enquête et on y arrive à la conclusion que la détermination de la culpabilité ou de l'innocence comporte en effet une part de hasard. Qui dit hasard dit risque et, dans le système de la justice criminelle, on risque gros. Ce qu'on risque, c'est de condamner un innocent et de relâcher un contrevenant qui, parfois, représente encore un danger.

On soulève donc une question fondamentale dans cette première partie: quelle est l'étendue du risque que court l'innocent qui comparaît devant le tribunal pour faire face à son accusateur et quelle procédure d'enquête doit-on adopter

pour que la confiance des gens à cet égard ne soit pas ébranlée?

La dialectique juridique reconnaît qu'il y a un facteur de risque et tente d'assurer un niveau acceptable de rationalité en soumettant la procédure d'enquête à certaines normes décisionnelles. Nous faisons, dans la prochaine partie, l'étude de ces règles pour en arriver à la conclusion qu'en 1982, le système de justice criminelle a mis fin à sa recherche de règles systématiques très précises pour leur préférer certains principes généraux servant à guider les juges. C'est la Cour suprême du Canada qui en a ainsi décidé dans son célèbre jugement dans *Vetrovec c. La Reine; Gaja c. La Reine*.⁵ On en discutera au titre "La mise en garde *Vetrovec*". Il découle de cette analyse que dans les cas où la fiabilité des témoins est une question déterminante, la Cour suprême du Canada s'attarde plutôt à l'examen de la question du crédit.

Avec la venue de la notion de crédit - que l'on peut décrire comme étant "l'évaluation de l'honnêteté du témoin, fondée sur ses actions"⁶ - nous avons désormais un cadre nous facilitant l'étude de ces questions. Le présent article a pour but pratique de chercher à savoir si la notion de crédit est susceptible de donner aux juges un cadre théorique pouvant leur servir de guide dans l'examen qu'il font collectivement de la procédure d'enquête. Même si la procédure d'enquête devra toujours comporter un certain degré d'incertitude, plus elle devient rationnelle et cohérente, moins elle ressemble au jeu de pile ou face, et plus elle suscitera la confiance des gens.

Nous ferons donc, dans la prochaine partie, la distinction entre les notions de compétence, de crédit et de crédibilité et nous y présenterons le concept de crédit. Même si les témoins n'ont pas tous la même intégrité, la notion de crédit nous évite la nébuleuse procédure par laquelle on détermine lesquels des témoins sont dignes de confiance et lesquels ne le sont pas. Le crédit fait figure de présomption facile à réfuter et fragile.

En se fondant sur ce concept de crédit,⁷ on examine ensuite le modèle d'analyse du crédit qui permet une approche structurée de la procédure d'enquête. En conséquence de la sup-

26 *Jurisprudence Seminar*, une Conférence donnée par le professeur Howard McConnell de l'Université de la Saskatchewan, College of Law, Saskatoon, au mois de mars 1991.

27 Glanville Williams, *The Proof of Guilt*, 3d ed. (Londres: Stevens & Sons, 1963) ch.7, à la page 187.

28 *Idem*, pp. 186-87.

29 Vol. 6 (Dublin, 1817) ch. 9 à la p.428, cité dans *idem* à la p. 187 n. 3.

2 *Vetrovec c. R; Gaja c. R.* (1982), [1982] 1 R.C.S. 811.

3 Voir dans *R. c. K.(V.)* (1991), 4 C.R. (4ième) 338 (C.A.C.-B.) aux pages 346 à 348, où on en fait l'historique législative.

4 M.T. MacCrimmon, "Developments in the Law of Evidence: The 1987-88 Term" (1989) 11 *Sup Ct L Rev* 275, à la page 350.

5 *Supra*, note 2.

6 P.K. McWilliams, *Canadian Criminal Evidence*, 2ième édition (Aurora: Canada Law Book, 1984) à la page 1078.

7 De l'anglais "credit model of analysis".

pression des règles strictes qui faisaient en sorte que les jugements étaient rendus machinalement, le juge doit désormais faire preuve d'une plus grande capacité d'analyse et de raisonnement que jamais. En faisant appel à une structure comme celle du modèle d'analyse du crédit, on met l'accent sur les facteurs qui nous portent à croire ou à ne pas croire un témoin en identifiant le sérieux des déductions qui nous ont mené à cette croyance. Le modèle d'analyse du crédit ne doit être considéré que comme un instrument d'analyse et non comme un procédé technique permettant de départager les témoignages contradictoires.

Dans la conclusion, nous examinerons les limites systémiques de la rationalité dans la procédure qui régit le procès, ce qui nous amènera à faire une étude plus approfondie de certaines réformes susceptibles d'en réduire l'arbitraire et l'incohérence. Enfin, il est recommandé que le Barreau implique d'autres disciplines et professions, et notamment des philosophes et des psychologues, dans l'examen de ces questions.

II. LES ALÉAS DE LA PROCÉDURE D'ENQUÊTE

A. L'incertitude implique le hasard

On a déjà signalé qu'il existe une certaine similarité entre la décision judiciaire et le jeu de hasard. Dans *Evidence, Proof and Probability*,⁸ Richard Eggleston raconte l'histoire du juge Bridlegoose, qui jugeait sur un coup de dés :

(Traduction) Selon ce qu'en raconte Rabelais, lorsque le juge Bridlegoose fut assigné à comparaître devant la Cour supérieure de Mirelinguais pour y énoncer les motifs qui lui avaient fait rendre un jugement discutable, il expliqua que la méthode qu'il utilisait pour rendre jugement était de jeter les dés, d'abord pour la partie demanderesse et ensuite pour la partie défenderesse, puis de rendre un jugement en faveur de la partie qui avait obtenu le plus grand nombre de points. Il affirma que dans la présente affaire, étant donné son grand âge, il avait peut-être mal vu les dés, d'autant plus qu'ils étaient très petits. On plaïda en sa faveur que, depuis quarante ans, la Cour d'appel avait toujours confirmé ses jugements...⁹

Eggleston signale que Rabelais avait compris, il y a quatre siècles, que le système Bridlegoose

ressemblait bien plus à ce qui se faisait effectivement qu'on ne le reconnaissait à son époque et qu'on ne le reconnaît encore de nos jours, puis il affirme ce qui suit :

*La procédure judiciaire est généralement considérée comme un processus dans lequel le juge, après avoir tout d'abord vérifié lesquels des faits sont vrais, décide ensuite de l'état du droit à leur égard pour ensuite appliquer ce droit aux véritables faits en litige. Mais le juge ne vérifie pas si tout ce qu'on lui dit est effectivement vrai. Il rend plutôt jugement en se fondant sur la preuve qui lui est présentée, preuve qui s'avère souvent incomplète, et il n'y est pour rien dans la façon dont cette preuve est recueillie et présentée.*¹⁰

D'un ton apaisant, Eggleston dit de ces conclusions sur les faits qu'elles sont des "jugements portés sur la preuve présentée."¹¹ Jerome Frank, un autre auteur qui s'est intéressé à la procédure d'enquête, écrit qu'il s'agit simplement de "conjectures."¹² Mais la différence entre le jugement et la conjecture traduit plus qu'une simple différence dans l'impact émotif des mots. Plus la procédure d'enquête comporte de conjectures, plus elle ressemble à un coup de pile ou face et le public bien informé fera donc proportionnellement moins confiance au système de justice criminelle. Le public accepte les "jugements" rendus par les tribunaux comme, par exemple, "Le juge statue que monsieur Lebrun a pris l'argent." Mais le public serait inquiet si les juges fondaient leurs jugements sur des conjectures comme, par exemple, "Le juge pense que Lebrun a poignardé la victime." Cependant, comme Frank le fait remarquer, "à toutes les fois qu'un doute est jeté sur la crédibilité des témoins, - ou sur la foi que l'on peut ajouter à leur témoignage - alors le juge doit inévitablement hasarder une conjecture sur les faits."¹³ Les conjectures sont parfois l'occasion d'erreurs graves. Frank soutient que "à cause d'erreurs évitables commises en salle d'audience, des innocents sont déclarés coupables de crimes; et c'est ainsi que, chaque semaine, quelqu'un perd toutes ses économies, son gagne-pain, son travail."¹⁴

Depuis la première publication de ses travaux il y a quarante ans, et en dépit de la crédibilité dont il jouit à titre de penseur et de juge, les remarques de Frank ont pour la plupart été

négligées tant par le public que par le milieu juridique. Nous ne devons pas laisser croire au public canadien que, comme Frank nous en avertit, le système de justice puisse systématiquement condamner des innocents; sinon, l'opinion publique serait ameutée et en ferait grand cas. Pour mesurer ce que le public compte recevoir du système de justice criminelle, on n'a qu'à songer à l'inquiétude que cause la révélation d'une seule condamnation erronée¹⁵, de même qu'à la continuelle anxiété que peuvent soulever dans la société les faiblesses de l'enquête menée dans une affaire.¹⁶ En conséquence, si le public convient (sic) de la justesse de remarques comme celles de Frank, l'inquiétude serait plus vive dans la société. Plutôt, le public manifeste continuellement l'inquiétude que notre empressement à protéger les innocents de toute condamnation erronée permette à un trop grand nombre de coupables de se soustraire à leur châtement.

De l'avis des juristes modérés¹⁷, les prétentions de Frank sont "une affaire tarabiscotée portant sur un sujet qui a toujours été présent à l'esprit du milieu juridique, à savoir qu'on ne peut jamais anticiper avec certitude la position qu'adoptera soit le tribunal ou le jury en ce qui a trait aux questions de fait, et que d'innombrables éléments contribuent à cette incertitude, la rendant indéracinable."¹⁸ On a également écarté ses idées, les disant "plus amusantes qu'indicatives d'une réflexion fructueuse."¹⁹ Bien que Frank ait joui d'une certaine influence dans les milieux juridiques, on a dit du American Realism Movement, dont il était membre, que son apport à la doctrine était superficiel.²⁰

Du reste, les nouveaux auteurs de doctrine n'ont pas prêté à la question de la procédure d'enquête l'attention à laquelle on serait en droit

de s'attendre si les inquiétudes exprimées par Frank étaient jugées valables. Ainsi, Ronald Dworkin est soucieux de l'incertitude suscitée par les "cas difficiles" comme, par exemple, ceux qu'on ne peut assujettir à une règle de droit bien établie.²¹ Cependant, le quotidien des tribunaux ordinaires, c'est-à-dire les affaires qui concernent des questions de fait sont, à son avis, des "cas faciles" où le juge n'a qu'à appliquer au nouveau cas qui lui est soumis une règle déjà bien établie.²² Dworkin a fait allusion à l'importance que l'on doit accorder aux questions qui se rapportent à l'enquête²³ mais, dans le contexte de sa propre thèse, ces questions de fait sont simples car "si les juges sont en désaccord au sujet des faits réels, historiques, qui sont en litige, nous savons ce sur quoi ils sont en désaccord et, le cas échéant, quel genre de preuve il faudrait leur présenter pour régler la question."²⁴

En pratique, ce problème ne surgit pas exactement de la façon suggérée par Dworkin. Ce n'est pas que les juges sont en désaccord; le problème résulte du fait que, tout en ne disposant pas de la preuve qu'il faudrait lui présenter pour régler la question, le juge qui siège seul ne peut, de ce fait, savoir si d'autres juges seraient ou non d'accord avec sa décision sur les faits. En Saskatchewan, les juges de la cour provinciale sont présentement à se demander si des juges assistant au même procès, isolés les uns des autres, rendraient tous la même décision sur les mêmes faits. Le présent exposé fait un pas dans cette voie et les autres étapes de notre enquête pourront nous en dire plus long, notamment par le biais d'articles inter-disciplinaires, de vidéos, de manuels éducatifs et de programmes de formation de la magistrature. On a réalisé un vidéo²⁵ qui dépeint avec réalisme un procès au cours duquel une jeune femme au passé orageux prétend

8 (Londres: Weidenfeld and Nicholson, 1978).

9 *Idem*, à la page 1.

10 *Idem*, aux pages 1 et 2.

11 *Idem*, à la page 2.

12 *Courts On Trial*, (Princeton, Princeton University Press, 1949) chap. III, aux pages 14-36.

13 *Idem*, à la page 16.

14 *Idem*, à la page 35.

15 Voir le *Report of the Royal Commission on the Donald Marshall, Jr Prosecution*, Nouvelle Écosse (Halifax; Imprimeur de la Reine, 1989).

16 R. c. *Milgaard* (le 14 avril 1992), No. 22732 (C.S.C.) (non rapportée).

17 De l'anglais "mainstream jurists".

18 Lord Lloyd of Hampstead & M.D.A. Freeman, *Lloyd's Introduction to Jurisprudence*, 5th ed. (Londres: Stevens & Sons, 1985) ch.8 à la page 685.

19 A.V. Lundstedt, *Legal Thinking Revised* (Stockholm: Almqvist & Wiksell, 1956) à la page 394, cité dans Lloyd & Freeman, *Idem*, n.35.

20 *Idem*, à la page 701.

21 Dworkin, *Taking Rights Seriously* (Cambridge: Harvard University Press, 1977) ch.4 à la p.81. Mais voir "Decision and Inference in Litigation", *supra*, note 1, qui traite du "new evidence scholarship", une nouvelle théorie qui s'intéresse particulièrement à la procédure d'enquête et qui ne fait pas partie des matières habituellement enseignées dans les écoles de droit de l'Ouest canadien.

22 *Idem*, à la page 4.

23 Dworkin, *Law's Empire* (Londres, The Belknap Press, 1986) p.12.

24 *Idem*, à la page 3.

25 "Competing Stereotypes", réalisé par le juge David Arnot, (North Battleford: Battlefords' Community Cable, 1991) fait partie d'une série de vidéos commandés par le Western Judicial Education Centre, sous la direction du juge Douglas Campbell.