

Les déclarations incriminantes et l'immunité octroyée au témoin partie à une action

(Une étude de la portée de l'article 309
du Code de procédure civile du Québec)

Noël Mallette*

Une des qualités fondamentales de tout texte de loi est la clarté.¹ L'imprécision d'un texte législatif a même provoqué, sous l'administration québécoise précédente, une crise gouvernementale importante et entraîné la démission du ministre de l'Éducation du temps, M. Jérôme Choquette, pour un des motifs officiels que la précision des textes est une des "qualités essentielles à de bonnes lois"² et que certaines dispositions de la *Loi sur la langue officielle*³ ne répondaient pas à cet objectif.

Une disposition du Code de procédure civile du Québec (C.p.c.), l'article 309, ne semble pas répondre à cet objectif de clarté et de précision que doit revêtir tout texte législatif, si on en juge par l'interprétation contradictoire à laquelle il a donné lieu. Cet article 309 C.p.c. est à l'effet suivant:

309. Un témoin ne peut refuser de répondre pour le motif que sa réponse pourrait tendre à l'incriminer ou à l'exposer à une poursuite, de quelque nature qu'elle puisse être; mais s'il fait une objection en ce sens, sa réponse ne pourra servir contre lui dans aucune poursuite pénale intentée en vertu de quelque loi de cette province.

Cette disposition, selon l'appellation traditionnelle mais erronée, octroie "la protection de la cour"⁴ à un témoin qui désire se prému-

* B.A. (Université de Montréal); B.Sc. (science politique) (Université de Montréal); M.A. (relations industrielles) (Université de Montréal); LL. L. (Université de Montréal); professeur au Département des sciences administratives, Université du Québec à Montréal.

¹ Pigeon, *Rédaction et interprétation des lois* (1965), aux pp.3-4.

² *Le Devoir*, 27 septembre 1975, à la p.6.

³ L.Q. 1974, c.6.

⁴ L'expression "protection de la cour" véhicule une connotation de discrétion que ne revêtent ni l'esprit, ni la lettre de la loi, l'expression juste étant "la protection de la loi" ou "protection contre l'auto-incrimination". Voir Watt, *The Trial of Civil Cases in Quebec* [1960] R.L. 65 à la p.96: "It is not a bargain to be made with the Court which has no inherent power to protect a witness from the consequences of his answers. The protection comes from the law alone and in matters covered by the Code of Civil Procedure a witness can have no protection if he decides to speak"; R. v.

nir contre le dépôt en preuve de son témoignage dans une instance où il agirait à titre de "prévenu", de "défendeur" ou "d'intimé" cette fois, en conséquence de son aveu à caractère judiciaire prononcé dans une action antérieure à titre de témoin.

Les juristes de la *common law* circonscrivent en ces termes l'essence de pareille disposition:

This deliberately remaining common law disqualification of the accused is sometimes called "the privilege of the accused not to testify" or "to remain silent", and sometimes (mainly in the United States) "the privilege of the accused against self-incrimination". The latter label recognizes the affinity (but causes some confusion) with the privilege of *any witness* in *any legal proceeding* to refuse at common law to give an answer to a question put to him which might tend to subject him to separate contemporaneous or future criminal prosecution.⁵

L'étude de cette question en droit criminel a donné lieu à de très nombreux articles qui ont précisé la portée de la notion de "protection de la loi".⁶

Outre les deux thèses de doctorat et de maîtrise de Manfred Pieck⁷ qui traitent de l'étanchéité entre les instances civiles et criminelles relativement au transfert des éléments de preuve et à la notion de *res judicata*, aucun auteur, à ma connaissance, ne semble s'être penché sur la question que soulève l'interprétation de l'article 309 C.p.c. En effet, l'objet de cet essai est l'étude de la portée de l'article 309 C.p.c. et l'application du principe de l'auto-incrimination à un témoin qui invoque cette disposition, dans le cadre d'une poursuite civile d'outrage au tribunal à laquelle il est partie intimée lui-même, afin que son propre témoignage ne puisse l'incriminer dans cette même instance. Les motifs de deux jugements (des *obiter dicta* dans les deux cas) sont contradictoires à cet égard et ces motifs peuvent tenir à l'ambiguïté même du texte législatif pertinent.

Dame Bourdon [1973] C.A. 357 à la p.361; Garant, *Chronique de législation* (1969) 10 C.de D. 189 à la p.194; Simard, *Nouveau Code de procédure civile* [1966] R.P. 241 à la p.275; Lagarde, *Droit pénal canadien* 2e éd. (1974), t.2, à la p.2256.

⁵ Schiff, *Evidence in the Litigation Process: A Course book in Law* (1972), U.of T. (miméographié), à la p.165.

⁶ Ratushny, *Is there a Right against Self-Incrimination in Canada?* (1973) 19 McGill L.J. 1 qui fait une revue complète de la question, à partir de la jurisprudence et de la doctrine.

⁷ *The Accused's Privilege against Self-Incrimination in the Civil Law* (1962) 11 Am.J.Comp.L. 585; *Witness Privilege against Self-Incrimination in Civil Law* (1960) 5 Vill.L.Rev. 375.

Dans l'affaire *Commission de transport de la Communauté urbaine de Montréal v. Beaudoin*,⁸ le juge Hugessen a soutenu que la protection contre l'auto-incrimination de l'article 309 C.p.c. trouvait application dans le cas où la partie intimée l'invoquait dans le cadre de son témoignage dans sa propre cause, où elle agit à titre de partie. En l'instance, l'intimé Beaudoin, l'association accréditée dont il était le président et cinq autres membres du dit syndicat et salariés de l'employeur avaient refusé d'obtempérer à une ordonnance de la cour de mettre fin à une grève illégale. Poursuivis pour outrage au tribunal aux termes du Code de procédure civile, tous les intimés, à l'exception du syndicat lui-même, invoquèrent la protection dispensée par l'article 309 C.p.c., requête que le juge Hugessen accueillit. Il n'en condamna pas moins chacun des intimés à l'amende, à partir du témoignage accablant de chacun des intimés quant à chacun de ses collègues.

Dans un *obiter dictum* exprès, le juge Meyer, dans l'affaire *Gaz Métropolitain Inc. v. Pilon*,⁹ formule son désaccord avec l'interprétation que fait le juge Hugessen de l'article 309 C.p.c. Dans cette seconde affaire, l'intimé Pilon s'était vu enjoindre par la cour de cesser de raccorder le réseau de distribution de gaz naturel de la requérante aux équipements ménagers de clients qui faisaient défaut de payer leurs comptes de consommation. L'intimé Jean Pilon, la décision du juge Hugessen à l'appui, invoqua la protection de la loi prévue à l'article 309 C.p.c. dans l'action même instruite contre lui, suite à son défaut d'obéir à l'injonction émise par la Cour supérieure. Le juge Meyer a circonscrit la portée de l'article 309 C.p.c. en ces termes:

[U]n témoin ne peut refuser de répondre pour le motif que sa réponse pourrait tendre à l'incriminer ou à l'exposer à une poursuite à l'avenir, mais cette protection ne s'applique pas à l'instance dans laquelle on fait l'objection. Si le témoin fait une objection, sa réponse ne pourra servir contre lui dans aucune poursuite future, mais pourrait toujours servir contre lui dans l'instance dans laquelle il témoigne. S'il y a une protection pour un témoin (et même un accusé) dans l'instance dans laquelle il témoigne, c'est précisément du principe de la non-contrainabilité et non pas du principe de l'auto-incrimination que cette protection peut résulter.^{9a}

⁸ C.S.M., no 05-011325-74, 27 août 1974. J. Bernier dans le *Procureur Général de la Province de Québec v. L'Alliance professionnelle des para-médicaux* [1976] C.S. 1272 à la p.1275, arrive à la même conclusion en s'appuyant presque exclusivement sur le jugement pré-cité.

⁹ C.S.M., no 500-05-020055-750, 9 décembre 1976. J. Meyer omet toutefois de souligner la portée très limitée de la règle de la non-contrainabilité en matières civiles.

^{9a} *Ibid.*, à la p.9.

Il semble que ni la doctrine, ni la jurisprudence n'aient jusqu'alors vraiment soupçonné la possibilité d'interpréter cet article 309 C.p.c. comme l'a fait le juge Hugessen, à savoir que cette disposition octroie l'immunité au témoin partie à l'action dans l'instance même où la dite partie se produit à titre de témoin dans une poursuite de nature pénale en vertu du Code de procédure civile du Québec.

Je m'attarderai à démontrer que l'objet de l'article 309 C.p.c. est d'assurer l'immunité à une partie qui rend témoignage, quant à une autre "poursuite pénale intentée en vertu de quelque loi de cette province" et non pas, comme l'a fait le juge Hugessen, à l'occasion de l'instance même où la partie, qui agit à titre de témoin, requiert l'immunité de l'article 309 C.p.c. Je rechercherai dans la méthode comparative et dans l'analyse des dispositions législatives semblables, plus que dans l'étude des seules règles contenues au Code de procédure civile du Québec, la vérification de mon hypothèse.

Je citerai d'abord les principales dispositions similaires tirées du droit statutaire québécois, puis j'étudierai sommairement l'article 5 de la *Loi sur la preuve au Canada*.¹⁰ Je considérerai ensuite rapidement l'état de la *common law* sur cette question, pour finalement broser un historique du présent article 309 C.p.c. et de son évolution et ainsi espérer vérifier l'hypothèse ci-devant énoncée.

L'objet et la portée de cette disposition

L'objet de ces clauses octroyant l'immunité fut déterminé à quelques reprises par la doctrine et par la jurisprudence; il tient à une politique législative et judiciaire louable. Dans l'arrêt *Lamer v. la Reine*,¹¹ le juge Deschênes définit en ces termes la raison d'être de la protection dispensée par l'article 5 de la *Loi sur la preuve au Canada* qui assure lui aussi la protection au témoin contre l'auto-incrimination. Il souligne d'abord la nature sociale de l'obligation de témoigner qu'il tempère de certaines exceptions incriminantes ou, plus précisément, l'auto-incrimination, et qui sauvegardent les droits de la personne sans pour autant entraver irrémédiablement l'administration de la justice.

G. Arthur Martin estime quant à lui que les avantages à long terme dont bénéficie la justice du fait de l'existence de semblable

¹⁰ S.R.C. 1970, c.E-10.

¹¹ [1973] C.A. 625 à la p.629 (J. Deschênes, alors de la C.A., dont l'opinion est partagée par Lagarde, *supra*, note 4, à la p.2273).

protection surpassent largement les inconvénients que contient la formule.¹² Il se dégage de l'administration de la justice un climat de dignité et d'humanité susceptible d'accroître le respect à l'égard des tribunaux. Le mécanisme assure d'ailleurs un certain équilibre, surtout en matière criminelle, entre le pouvoir écrasant de l'état et les droits individuels des témoins et des prévenus.

Ces remarques ne trouvent pas application sans distinction au cas qui nous intéresse, du fait qu'elles visent des matières criminelles; leur essence n'en reste pas moins pertinente.

Ce type de clauses équivalentes en droit civil et que l'on retrouve à l'article 309 C.p.c. vise à protéger un témoin contre son propre témoignage incriminant et on en retrouve diverses versions dans plusieurs lois du Québec,¹³ du Canada¹⁴ et des autres provinces canadiennes.¹⁵ La portée générale commune de ces disposi-

¹² *The Privilege against Self-Incrimination Endangered* (1962) 5 C.B.J. 6 aux pp.8-9.

¹³ *Charte des droits et libertés de la personne*, L.Q. 1975, c.6, art.38; *Code des professions*, L.Q. 1973, c.43, arts.143 et 145; *Loi des commissions d'enquête*, S.R.Q. 1964, c.11, art.11; *Loi des coroners*, S.Q. 1966-67, c.19, art.23; *Loi des valeurs mobilières*, S.R.Q. 1964, c.274, art.38; *Loi du Barreau*, S.Q. 1966-67, c.77, arts.102(5) et 103(1); *Loi sur la fraude et la corruption dans les affaires municipales*, S.R.Q. 1964, c.173, art.21; *Code du travail*, S.R.Q. 1964, c.141, art.111; *Loi du protecteur du citoyen*, S.Q. 1967-68, c.11, art.24; *Loi de police*, S.Q. 1967-68, c.17, art.22; *Loi modifiant la loi de police, la loi des Commissions d'enquête et d'autres dispositions législatives* (1976), projet de loi 41 (1e lecture), 4e sess., 30e lég., art.42 (Qué.), ajouterait, une fois sanctionné, deux dispositions à la *Loi des commissions d'enquête*; une en vue d'y incorporer *inter alia* l'art.309 C.p.c., l'autre relative à l'exception à la règle de l'immunité en cas de parjure ou de faux témoignage. Dans son article intitulé *Is there a Right against Self-Incrimination in Canada?*, *supra*, note 6, à la p.55, Ratushny fait défaut de relever l'existence de l'art. 309 C.p.c. et des autres dispositions pertinentes, sauf l'art.11 de la *Loi des commissions d'enquête*.

¹⁴ *Loi sur la preuve au Canada*, S.R.C. 1970, c.E-10, art.5; *Déclaration canadienne des droits*, S.C. 1960, c.44, art.2(d); *Loi pour mieux protéger la société canadienne contre les auteurs de crimes violents et autres crimes* (1976), projet de loi C-83 (1e lecture), 3e sess., 30e lég., art.13 (Can.), vise à modifier les arts.775 à 789 du *Code Criminel*, S.R.C. 1970, c.C-34 et se proposait d'assurer les assises juridiques de la Commission d'enquête sur le crime organisé (C.E.C.O.) dont la constitutionnalité était contestée devant les tribunaux (voir *Di Iorio v. Warden of the Common Jail of Montreal* (1976) 35 C.R.N.S. 57 (C.S. Can.)) mais ne traitait pas de la question de l'auto-incrimination, cette matière étant déjà couverte par la *Loi sur la preuve au Canada*.

¹⁵ Voir R.S.A. 1970, c.127, art.7; R.S.B.C. 1960, c.134, art.5; R.S.M. 1970, c.E-150, art.7; R.S.N.B. 1952, c.74, art.7; S.Nfld 1971, no. 48, art.4; R.S.N.S. 1967, c.94, art.56; R.S.O. 1970, c.151, art.9; S.P.E.I. 1955, c.12, art.1; R.S.S.

tions serait à l'effet que la "protection de la loi" qu'elles octroient ne vise pas la partie qui témoigne mais n'est destinée à assurer la protection que du seul témoin ordinaire, conformément à l'interprétation que fait de l'art.309 C.p.c. le juge Meyer.

L'immunité aux termes de la loi fédérale sur la preuve

Donc avant de me livrer à l'étude de l'article 309 C.p.c., il importe de cerner, à cause de son importance historique et de son influence législative, l'objet et le mécanisme de cet article 5 de la *Loi sur la preuve au Canada*.¹⁶ L'ancêtre commun de ces dispositions au Canada est à l'effet suivant:

(1) Nul témoin n'est exempté de répondre à une question pour le motif que la réponse à cette question pourrait tendre à l'incriminer, ou pourrait tendre à établir sa responsabilité dans une procédure civile à l'instance de la Couronne ou de qui que ce soit.

(2) Lorsque, relativement à quelque question, un témoin s'oppose à répondre pour le motif que sa réponse pourrait tendre à l'incriminer ou tendre à établir sa responsabilité dans une procédure civile à l'instance de la Couronne ou de qui que ce soit, et si, sans la présente loi, ou sans la loi de quelque législature provinciale, ce témoin eût été dispensé de répondre à cette question, alors bien que ce témoin soit en vertu de la présente loi ou d'une loi provinciale, forcé de répondre, sa réponse ne peut pas être invoquée et n'est pas admissible à titre de preuve contre lui dans une instruction ou procédure criminelle exercée contre lui par la suite, hors le cas de poursuite pour parjure en rendant ce témoignage^{16a}

La Cour d'appel de l'Ontario a décrit le fonctionnement et les conditions d'applications de cette disposition dans l'affaire *R. v. Mottola*.¹⁷ Le juge Morden souligne que le témoin doit soulever lui-même le danger d'auto-incrimination que contient une question. Le juge peut permettre au témoin qui demande la protection de la loi de le faire en une seule requête, après la première d'une série de questions toutes susceptibles de comporter le même danger, plutôt que de se réfugier derrière cet écran après chaque question.

1965, c.80, art.35, lesquelles lois constituent des reproductions plus ou moins fidèles de la *Loi sur la preuve au Canada*, S.R.C. 1970, c.E-10.

¹⁶ Voir Turgeon, *De l'admissibilité des déclarations judiciaires faites par un accusé antérieurement à son procès* (1970) 30 R.du B. 47 à la p.50 et Tyndale, *Notes on the Canada Evidence Act in Quebec* (1942) 2 R.du B. 115 à la p.117, qui estiment que cette disposition est d'une rédaction fort tortueuse et d'une intelligence difficile.

^{16a} S.R.C. 1970, c.E-10.

¹⁷ [1959] O.R. 520 à la p.526, (1959-60) 31 C.R. 4 à la p.11, 124 C.C.C. 288 à la p.295 (J. Morden au nom de la C.A. Ont.), voir aussi Martin, *supra*, note 12, à la p.14.

On ne peut cependant pas demander la protection de la loi avant l'assermentation et avant la première question dont la réponse serait incriminante. L'objet de cette disposition n'est pas d'assurer l'immunité à une partie au litige mais d'assurer une certaine protection au simple témoin et d'ainsi favoriser l'éclosion de la vérité en le protégeant contre son propre témoignage possiblement incriminant, puisque l'accusé peut toujours refuser de témoigner en défense.¹⁸ Cet arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario a établi que l'accusé qui témoigne dans sa propre cause bénéficie du même privilège que le simple témoin, quant à l'immunité dispensée par la disposition pré-citée;¹⁹ le prévenu, en pareil cas, ne bénéficie de l'immunité que quant à une autre procédure, exercée "par la suite" comme le dit la *Loi sur la preuve au Canada*.

Le juge Lagarde dans son imposant traité, trace l'historique de cette disposition, puis il en circonscrit l'interprétation et le champ d'application.²⁰ Il distingue entre les concepts de contraignabilité et d'auto-incrimination que véhiculent les articles 4(1) et 5 de la *Loi sur la preuve au Canada*²¹ et souligne que la protection assurée par l'article 5 ne trouve application qu'en autant qu'un témoin soit accusé subséquemment à son témoignage et soit inculpé d'une infraction criminelle ou d'un acte criminel, donc dans une poursuite ultérieure.²² Jusque là, le seul privilège dont jouit le témoin est de réclamer aussi souvent qu'il le juge nécessaire la protection de la loi.

Pour les fins de mon étude, il n'importe pas de pousser plus à fond l'analyse de l'article 5 de la *Loi sur la preuve au Canada*, si ce n'est la caractéristique principale qui en délimite toute la portée

¹⁸ *Loi sur la preuve au Canada*, S.R.C. 1970, c.E-10, art.4(1); Lagarde, *supra*, note 4.

¹⁹ Voir aussi *R. v. Fox* (1898) 18 P.R. 343 aux pp.347-48 (Div.Ct Ont.) et Martin, *supra*, note 12, à la p.12: "It is in connection with the privilege of a witness as distinct from an accused, that the Canadian Law departs markedly from the Common Law rule which with exceptions prevails in England to-day."

²⁰ *Supra*, note 4, aux pp.2273-74. Voir aussi: *Rapport de la commission d'enquête relative au ministère de la main-d'oeuvre et de l'immigration à Montréal*, Ottawa, Information Canada, 1975, aux pp.304 et ss. (L'Heureux-Dubé, Commissioner); *Le Devoir*, 14 novembre 1974, à la p.3.

²¹ *Supra*, note 4, à la p.2273.

²² La même règle s'applique sous l'empire d'autres lois. Voir aussi Barbeau, *The Practitioner's Tax Notes* (1965) 8 C.B.J. 193 à la p.196; Houlden, *Discovery in Criminal Prosecutions in Bankruptcy Matters* [1972] R.du B.Can. 486 à la p.490; Martin, *supra*, note 12, à la p.13; Schiff, *supra*, note 5, à la p.165; Ratushny, *supra*, note 6, à la p.50; *R. v. Lalonde* (1898) 7 B.R. 204 à la p.212 (J. Wurtele de la C.Rev.).

et dans les termes par lesquels la Cour d'appel de l'Ontario l'a définie:

Any protection the witness has if he objects to the question, is [sic] provided by s.5(2), is against the use of his answer *in independent, contemporaneous or subsequent prosecution*.²³

Si le témoin est amené à témoigner ou, en matières criminelles, choisit de ne pas exercer le droit de s'abstenir, l'immunité que lui assure cette disposition ne saurait l'empêcher de supporter les conséquences de son témoignage dans l'instance où il témoigne, si la preuve l'accable, mais l'immunité ne trouve application que dans le cadre d'une *autre instance* ("procédure criminelle exercée contre lui *par la suite*").

Il ne saurait en être autrement, en matières criminelles, à cause du privilège du prévenu de refuser de témoigner dans sa propre cause; toutefois, si le prévenu décide de témoigner il peut requérir l'immunité consentie aux termes de l'article 5 de la loi, en vue de prévenir l'utilisation de son témoignage dans une autre instance. Quant au simple témoin, il ne requiert aucune protection particulière quant à une instance où il témoigne à ce titre; le risque, dans son cas, n'est que potentiel et dépend d'une dénonciation qui serait logée contre lui subséquemment à ce témoignage et, forcément, dans une autre instance.

Marcel Turgeon²⁴ exprime la réserve suivante quant à l'application de cette disposition: la Cour devrait souligner à un prévenu l'existence de semblable protection que dispense la loi, sans attendre que le prévenu lui-même ne l'invoque et ne la requière.²⁵

²³ *Supra*, note 17, à la p.526 (les italiques sont les miens).

²⁴ *Supra*, note 16, à la p.57.

²⁵ Olivier, *Commentaires sur les pouvoirs d'enquête de la Commission des valeurs mobilières du Québec* (1968) 3 R.J.T. 411 à la p.413 souligne que la Commission des valeurs mobilières a adopté l'attitude de prévenir tout témoin qui comparait devant elle qu'aux termes de sa loi constitutive (*Loi des valeurs mobilières*, S.R.Q. 1964, c.274, art.38) il peut se prévaloir de l'immunité accordée par la *Loi sur la preuve au Canada*. Assez curieusement d'ailleurs, cet art.38 fait référence explicite à la loi fédérale, au lieu, comme d'autres lois provinciales, d'accorder l'immunité de l'art.309 C.p.c. Dans son *Etude sur la Loi des coroners* (1964) 24 R. du B. 159 à la p.163, Chouinard déplore le fait qu'un témoin, aux termes de la *Loi des coroners*, S.R.Q. 1964, c.29, soit "forcé de témoigner sans jouir peut-être de toute la protection à laquelle il peut normalement avoir droit". Puis il se dit d'accord avec la règle 18 des *Coroners Rules 1953*, S.I. 1953/205 (U.K.) qui autorise un témoin à s'abstenir de répondre par crainte de s'incriminer et force le coroner à soulever ce droit du témoin, dès qu'il estime que pareille question lui est adressée. Le témoignage rendu dans l'ignorance de l'immunité dispensée par semblable disposition constitue une erreur de droit et, aux termes de l'art.

L'article 5 de la *Loi sur la preuve au Canada* ne trouve pas application au Québec, quand la personne qui requiert la protection de la loi témoigne sous l'empire d'une loi de la compétence de l'Assemblée nationale du Québec, conformément à l'arrêt de la Cour d'appel dans l'affaire *Silberberg v. Lévesque*.²⁶ En l'instance c'était la *Loi sur la fraude et la corruption dans les affaires municipales*²⁷ qui trouvait application. Toutefois pas plus le juge de première instance sur le fond²⁸ que le juge Tyndale sur requête pour émission d'un bref de prohibition,²⁹ ne semblent avoir soutenu le contraire, malgré ce qu'à prétendu la Cour d'appel. La portée de l'application de l'article 5 au Québec est donc soigneusement circonscrite aux matières criminelles et aux matières civiles et pénales de juridiction fédérale. Dans l'affaire *Robinson v. Casey*, le juge Greenshields de la Cour supérieure avait déjà soutenu un avis semblable, à l'effet que l'article 5 ne trouvait pas application dans une procédure de saisie conservatoire logée en vertu du Code de procédure civile.³⁰ En conclusion, la phraséologie de cette disposition de la loi fédérale, malgré ses limites, semble d'ores et déjà beaucoup moins ambiguë que celle de l'article 309 C.p.c.³¹

1245 C.c., ne saurait être révoqué pour ce motif (L'aveu judiciaire fait pleine foi contre celui qui l'a fait. "Il ne peut être révoqué à moins qu'on ne prouve qu'il a été la suite d'une erreur de fait", Nadeau et Ducharme, *Traité de droit civil du Québec* (1965), t.IX, aux pp.542-45). Une recommandation du *Rapport du Comité canadien de la réforme pénale et correctionnelle. Justice pénale et correction: un lien à forger*, Ottawa, Imprimeur de la Reine, 1969, à la p.73 (J. Ouimet, président), est au même effet, de même que le Document de travail no 17 de la Commission de réforme du droit au Canada, *Droit administratif: les commissions d'enquête*, Ottawa, ministère des Approvisionnements et Services, 1977, aux pp.38-39 et 62 (J. Lamer, président); ainsi que le rapport de la Commission de police du Québec, la *Lutte au crime organisé au Québec*, Rapport d'enquête sur le crime organisé et recommandations, Québec, Editeur officiel du Québec, Service de la reproduction, octobre 1976, aux pp.297-99.

²⁶ [1951] B.R. 212 aux pp.219-20 (J. McDougall), sauf bien entendu si une loi provinciale contenait une disposition semblable à celle de l'art.38 de la *Loi des valeurs mobilières*, S.R.Q. 1964, c.274 (voir *supra*, note 25).

²⁷ S.R.Q. 1941, c.214, art.21, maintenant S.R.Q. 1964, c.173, art.21.

²⁸ *Silberberg v. Lévesque* [1951] C.S. 140 à la p.142 (J. Caron, commissaire-enquêteur).

²⁹ *Silberberg v. Caron* [1951] C.S. 131 à la p.135 (J. Tyndale).

³⁰ (1910) 12 R.P. 95 à la p.97.

³¹ Il en est de même de l'art.2(d) de la *Déclaration canadienne des droits*, S.C. 1960, c.44.

L'immunité aux termes de la "common law"

Cette immunité dispensée au témoin relativement à son témoignage incriminant trouve son origine dans la *common law*, qu'Arthur Martin identifie comme la marque distinctive des systèmes juridiques dont la source commune remonte à la *common law*.³² Il ajoute que le mécanisme remonte au XVII^e siècle et fut invoqué pour la première fois dans l'affaire *John Lilburn*, à la Cour étoilée (*Court of Star Chamber*). Traduit devant les tribunaux sous le chef d'accusation d'avoir introduit en Angleterre des ouvrages hérétiques et séditeux, Lilburn contesta le bien-fondé de cette accusation. Comme le tribunal manifestait l'intention de l'interroger sur des matières connexes, il refusa de prêter serment et de répondre aux questions qu'on lui adressait.^{32a} Il fut, en conséquence, condamné à la peine du fouet et du pilori. La Chambre des Communes décréta, en 1642, cette condamnation "illegal and against the liberty of the subject",^{32b} en foi de quoi une indemnité de 3 000 livres lui fut versée.

Arthur Martin complète l'étude de cette question en brossant à grands traits l'évolution graduelle de la portée de ce concept de *common law*. A l'origine, la portée du concept voulait que l'inculpé dans un procès criminel ne puisse être forcé de divulguer des éléments de preuve de sa propre culpabilité. Avec le temps, le mécanisme trouva application auprès du témoin qu'on n'obligea plus à révéler des éléments auto-incriminants par le biais de son témoignage; ce privilège fut même étendu à la production de documents ou d'un bien mobilier (*chattels*). L'adoption de l'article 5 de la *Loi sur la preuve au Canada* de même que celle de toute disposition équivalente, y compris celle de l'article 309 C.p.c., a eu pour conséquence immédiate l'abrogation de la *common law* quant au privilège du témoin de garder le silence devant une question dont la réponse serait incriminante.³³

Arthur Martin déplore vivement l'abrogation de ce principe de la *common law*, pour des motifs qui s'apparentent à ceux exprimés par d'autres auteurs, à savoir que cette protection est quelque

³² Martin, *supra*, note 12, aux pp.6-7.

^{32a} *R. v. Lilburne* (1637) 3 State Tr. 1315.

^{32b} *Ibid.*, à la p.1342.

³³ Houlden, *supra*, note 22, à la p.490; Barbeau, *supra*, note 22, à la p.195; Lagarde, *supra*, note 4, à la p.2273; Ratushny, *supra*, note 6, à la p.50. *Silberberg, v. Caron, supra*, note 29, à la p.135; *R. v. Lalonde, supra*, note 22, à la p.212; *Di Iorio v. Warden of the Common Jail of Montreal, supra*, note 14, à la p.91 (J. Dickson).

peu illusoire du fait que la poursuite s'inspire du témoignage du prévenu pour étayer sa preuve.³⁴

L'immunité avant l'adoption de l'article 309 C.p.c. de 1965

L'ancêtre du présent article 309 C.p.c. fut l'article 331 C.p.c. (1897) lequel reproduisait exactement la version de l'article 274 du Code de 1866:³⁵

331. Le témoin n'est pas tenu de répondre aux questions qui lui sont faites, si ses réponses peuvent l'exposer à une poursuite criminelle. Lui seul peut élever cette objection.

L'économie de cette disposition était à l'effet que le témoin qui craignait de s'incriminer par son témoignage pouvait refuser de répondre à une question.³⁶ Alastair M. Watt a délimité la portée de cet article 331 C.p.c.; en retraçant l'origine à la *common law* britannique aux termes de laquelle un prévenu ne pouvait être forcé de s'incriminer, le commentaire souligne que pareil témoignage ne saurait être opposé à son auteur, à moins qu'il n'ait été livré volontairement, après les avertissements d'usage quant aux conséquences susceptibles d'y être attachées.³⁷ Le défaut par le témoin de requérir la protection de la loi entraînait toutes les conséquences de l'aveu judiciaire³⁸ tant en matières civiles que criminelles. L'auteur conclut que la protection de la loi ne peut être consentie qu'en autant que la menace de poursuite subséquente pèse sur le témoin. Advenant qu'il y ait *res judicata* quant à une matière connexe à celle qui fait l'objet du témoignage, le témoin n'aurait pu ainsi invoquer la protection de la loi de l'article 331 C.p.c. contre une

³⁴ Martin, *supra*, note 12, à la p.16; Cohen, *The Bankruptcy Act, Criminal Aspects of Bankruptcy Law* (1956) 16 R.du B. 310 à la p.322; Lagarde, *supra*, note 4, à la p.2273; Silberberg v. Caron, *supra*, note 29, à la p.137; Rapport du Comité canadien de la réforme pénale et correctionnelle. *Justice pénale et correction: un lien à forger*, *supra*, note 25, à la p.73.

³⁵ *Rossignol v. Morel* (1901) 3 R.P. 407 à la p.409 (C.S.). Cette disposition apparaissait telle quelle à l'art.278 du *Huitième Rapport des Commissaires chargés de codifier les lois du Bas Canada en matières civiles*, Ottawa, 1866 (Desbarats).

³⁶ *Kushner v. Sapera Bros.* [1950] B.R. 547 à la p.549 (où J. Hyde estime que cette immunité ne s'étend pas à la production des documents); pour une critique de cet arrêt, voir Watt, *supra*, note 4, aux pp.98-100; Watt, *Cross Examination of Codefendant's Witness* (1958) 18 R.du B. 131 aux pp.135-36; *R. v. Simpson* [1943] 2 W.W.R. 426 (C.A.), (1943) 79 C.C.C. 344, 3 D.L.R. 355. Aussi longtemps que cette disposition a eu force de loi, elle se trouvait de fait à codifier la *common law*: "At common law, the witness could refuse to answer", Ratushny, *supra*, note 6, à la p.50.

³⁷ *Supra*, note 4, aux pp.95-96.

³⁸ Nadeau et Ducharme, *supra*, note 25.

menace d'incrimination qui n'existe pas.³⁹ Le libellé de l'article 309 C.p.c. maintient le même tempérament.

Tant l'article 331 C.p.c. que l'article 309 C.p.c. (1965) accordent leur protection au témoin. Toutefois, la jurisprudence, sous l'article 331 C.p.c. établit une adéquation entre le témoin proprement dit (qui n'est pas partie à l'action) et la partie qui témoigne devant le tribunal.⁴⁰ Elle ne distingue pas entre l'un et l'autre et elle leur accorde un privilège de même étendue, c'est-à-dire le droit au silence.

Par ailleurs la protection assurée, par l'article 331 C.p.c. est d'une portée différente de celle de l'article 309 C.p.c. En effet, le témoin était dispensé de répondre sous l'empire de la première disposition, tandis que la seconde l'y oblige. L'article 331 C.p.c. incorporait presque, de ce fait, le principe de la *Loi sur la preuve au Canada* qui autorise le prévenu à ne pas témoigner dans sa propre cause, en matière criminelle, puisqu'il pouvait procéder au tri des questions auxquelles il choisissait de répondre et qui ne l'incrimineraient pas. Alastair M. Watt⁴¹ estime que l'article 5 de la *Loi sur la preuve au Canada* était de beaucoup supérieur à l'article 331 C.p.c. pour le motif que le premier réconcilie les intérêts divergents de la société et du prévenu en obligeant celui-ci à répondre, mais en conférant l'immunité à ses propos. L'article 331 C.p.c. soulignait finalement que seul le témoin était habilité à soulever le danger de s'incriminer et, en conséquence, pouvait refuser de répondre.⁴²

³⁹ *Supra*, note 4, à la p.98. Watt s'appuie alors sur *Phipson on Evidence* 8e éd. (1959), à la p.201.

⁴⁰ *Béique v. Fournier* (1908-09) 10 R.P. 302 à la p.303 (J. Fortin de la C.S.); *Cohen v. Turgeon* (1920) 26 R.L. 407 (C.A.); *St-Arnaud v. Barrette* (1901) 4 R.P. 102 à la p.104 (J. Bélanger de la C.S.); *Corporation des arpenteurs-géomètres de la province de Québec v. Beauchemin* [1964] C.S. 455. La même interprétation du terme "témoin" doit prévaloir sous l'art.309 C.p.c., J. Dickson dans *Di Iorio v. Warden of the Common Jail of Montreal*, *supra*, note 33, aux pp.92-3, ayant sanctionné l'interprétation large du terme "témoin" soumise par J. Rand dans *Klein v. Bell* [1955] R.C.S. 309 à la p.317, [1955] 2 D.L.R. 513 à la p.520 ("A witness, in a broad sense, is one who, in the course of judicial processes, attests to matters of fact").

⁴¹ *Supra*, note 4, à la p.95.

⁴² *Ibid.*, à la p.96; *Silberberg v. Caron*, *supra*, note 29, à la p.137; *Gagnon v. Chayer* (1924) 36 B.R.374 à la p.375 (J. Tellier); *Kushner v. Saper Bros*, *supra*, note 36, à la p.549; Olivier, *supra*, note 25, à la p.413; Anctil, *Commentaires du Code de procédure civile* (1973), à la p.312. *Contra*, *Corporation des arpenteurs-géomètres de la province de Québec v. Beauchemin*, *supra*, note 40, à la p.461. Voir Lagarde, *supra*, note 4, à la p.2276, relativement à une règle similaire établie aux termes de l'art.5 de la *Loi sur la preuve au*

Dans la guérilla judiciaire soulevée à l'occasion de "l'enquête Caron" (la Commission d'enquête sur la corruption et la fraude dans les affaires municipales à Montréal) et dont les affaires *Silberberg* sont les escarmouches, la disposition pertinente, aux termes de la loi constitutive de la Commission,⁴³ n'autorisait tout témoin assigné devant la Commission d'enquête à se prévaloir de son droit de s'abstenir de répondre à une question susceptible de l'incriminer en une autre poursuite, que pour une "raison valable".

O.S. Tyndale⁴⁴ a soulevé un point qui souligne l'ambiguïté de pareilles dispositions. A qui appartenait, selon cette disposition de décider du bien-fondé de l'opposition à répondre, au prévenu ou au juge? Comment le juge pouvait-il arriver à trancher, si on lui abandonne la discrétion en cette matière, sans connaître les faits et les circonstances qui servaient d'appui à l'opposition du témoin? Le commentateur s'abstient de prendre position et se contente de soulever le caractère davantage satisfaisant du libellé de l'article 5 de la loi fédérale.

Le tribunal, dans l'affaire *Silberberg v. Caron*,⁴⁵ suggère un mode d'application de cette disposition qui satisfasse les fins de la justice et assure toute la protection désirée au témoin. Le juge Tyndale estime en effet utile, pour les fins de l'administration de la justice, que le tribunal soit investi de l'autorité discrétionnaire d'ordonner à tout témoin qui invoquerait le privilège de ne pas s'incriminer par son propre témoignage, de répondre à toute question, tout en lui donnant l'assurance de la protection de la loi quant à toute poursuite subséquente. Le juge Tyndale déplore cependant que la lettre de la loi ne répond pas à cette attente et que le tribunal ne dispose pas de semblable discrétion, d'où le droit du témoin à refuser de répondre. Dans l'arrêt *Silberberg v. Lévesque*, le juge McDougall commenta en ces termes l'obligation faite à un témoin de répondre à une question qui lui était adressée, dans le cadre d'une enquête menée par une commission, selon l'article 21 de la loi constitutive:⁴⁶

To avoid any misunderstanding let me say that when deciding whether a witness has "just cause" for refusing to answer, the judge cannot establish his own standards. He must decide whether the witness has "just cause" ["raison valable"] for his refusal to answer and in so

Canada; Fischer, *Civil and Criminal Aspects of Contempt of Court* (1956) 34 R. du B. Can. 121 à la p.132; Barbeau, *supra*, note 22, à la p.196; Martin, *supra*, note 12, à la p.14.

⁴³ *Supra*, note 27.

⁴⁴ *Supra*, note 16, à la p.117.

⁴⁵ *Supra*, note 29, aux pp.138-39.

⁴⁶ S.R.Q. 1941, c.214, maintenant S.R.Q. 1964, c.173.

doing must apply the recognized privileges under our law e.g. the professional privilege of the priest, the lawyer and doctor not excluding that provided by art.331 C.P.⁴⁷

Si le juge refusait alors de reconnaître au témoin le droit au silence et que, subséquentement, celui-ci était inculpé suite à ce témoignage, le dit témoignage ne pouvait être utilisé dans la seconde instance.

Dans l'affaire *Lévesque*,⁴⁸ le juge Caron, président de la Commission d'enquête, distingua la portée de ce même article 21 de la *Loi sur la fraude et la corruption dans les affaires municipales* de celle de l'article 331 C.p.c.:

Le législateur connaissait la règle de l'art.331 C.P. Il aurait pu l'incorporer dans la loi et là aucune contrainte n'aurait pu être exercée contre un témoin...

Le législateur n'a pas inclus cet art.331, mais il en a inclus un tout à fait spécial, l'art.21.

C'est qu'il savait qu'en ce genre d'enquête on côtoie presque nécessairement et presque constamment le crime et la fraude. C'est surtout, de par la nature des choses, de ceux qui ont participé, de près ou de loin, avec ou sans excuse, au crime ou à la fraude, que peut être obtenue la preuve essentielle. Pour l'avoir, il faut que les témoins susceptibles de s'incriminer puissent être contraints tout en ne les exposant pas à des poursuites. Autrement, sans contrainte, comment arrêter la malversation, l'abus de confiance, l'inconduite et la corruption, comment atteindre l'objet de la loi d'enquête qui tente de remédier à ces abus et comment obtenir l'exécution des prescriptions du chapitre 214 [S.R.Q. 1941] suivant leur véritable sens qui est de découvrir les manoeuvres frauduleuses et la corruption dans les affaires municipales et d'y mettre fin.

La source, l'objet et la portée de l'article 309 C.p.c. (1965)

L'intention des commissaires à la codification du Code de procédure civile de 1965⁴⁹ était d'incorporer aux lois provinciales une

⁴⁷ *Supra*, note 26, à la p.219.

⁴⁸ *Supra*, note 28, à la p.147.

⁴⁹ *Rapport des commissaires dans Code de procédure civile*, à la p.245. *Loi modifiant le Code de procédure civile* (1964), Bill 20 (1e lecture) 3e sess., 27e lég. (Qué.) à la p.63a, reproduit la disposition ci-après rapportée. A cet égard l'interprétation soumise par J. Masson semble conforme à l'esprit de l'art.309 C.p.c. et aux objectifs des commissaires: "Il faut distinguer entre la qualité de la preuve, 'the standard of proof', et les règles de la preuve, entre les moyens pour obtenir une décision et l'exécution d'icelle. L'omission de témoigner devra donc être considérée non pas comme un droit en vertu des règles de la preuve en matière criminelle, mais comme un défaut de faire valoir des moyens de défense selon les règles de la preuve, en matière civile", *Goodyear Tire and Rubber Co. v. Union Locale 483 des ouvriers unis du caoutchouc, liège, linoléum et plastique d'Amérique* [1975] C.S. 44 à la p.48.

disposition comparable à celle de l'article 5 de la *Loi sur la preuve au Canada*:

309. L'intérêt de la justice exige qu'un témoin ne soit pas dispensé de répondre par ce seul motif que sa réponse pourrait l'incriminer, pourvu toutefois que celle-ci ne puisse servir contre lui dans quelque poursuite criminelle ou pénale. Actuellement, il en est ainsi en matière criminelle, vu l'article 5 de la *Loi sur la Preuve au Canada*. La disposition suggérée accorde au témoin la même immunité à l'égard des poursuites pénales dont il pourrait être l'objet en vertu de quelque loi de la province.

Dans son long commentaire du *Nouveau Code de procédure civile*, le Juge Simard dit du nouvel article 309 C.p.c.:

Enfin, par l'article 309 du nouveau Code, le témoin ne pourra refuser de répondre pour le seul motif que sa réponse pourrait l'incriminer; mais s'il fait une objection en ce sens, *i.e.* s'il demande la protection de la Cour, sa réponse ne pourra servir contre lui dans aucune procédure pénale.

En d'autres termes, cette disposition confère au témoin une immunité semblable à celle conférée en matière criminelle par l'article 5 de la *Loi de la preuve au Canada*.⁵⁰

Dans un article publié par le Barreau du Québec,⁵¹ Alastair M. Watt souligne que l'objet de l'article 309 C.p.c. est d'incorporer dans les lois provinciales une disposition semblable essentiellement à l'article 5 de la *Loi sur la preuve au Canada* et ne manque pas de souligner, relativement à la production de documents toutefois, que pareille protection est consentie quant à une poursuite ultérieure.

Dans l'arrêt *R. v. Dame Bourdon*, la Cour d'appel par les juges Hyde, Rinfret et Lajoie définit ainsi les conditions d'application de l'article 5 de la *Loi sur la preuve au Canada* et les applique à l'article 309 C.p.c.:

[L]'article 5 de ce statut ... n'oblige pas à demander la protection de la cour pour en bénéficier, il suffit que l'on s'oppose à répondre pour le motif que la réponse puisse tendre à s'incriminer [sic] pour que telle réponse ne puisse être invoquée ni ne soit admissible à titre de preuve dans une *procédure criminelle exercée par la suite*, sauf pour parjure.

L'article 309 C.P. relativement aux poursuites pénales provinciales *édicte la même règle*.⁵²

⁵⁰ *Supra*, note 4, à la p.275. Tyndale, *Notes on the New Code of Civil Procedure* (1966) 26 R.du B. 345 à la p.351, porte le même jugement sur la portée de l'art.309 C.p.c.

⁵¹ *Conférences, le Code de procédure civile* (1966) aux pp.36-37.

⁵² *Supra*, note 4, à la p.361 (les italiques sont les miens); la loi applicable était alors la *Loi de la prévention des incendies*, S.R.Q. 1964, c.187.

Dans l'arrêt de la Cour suprême du Canada, *Di Iorio v. Warden of the Common Jail of Montreal*, la Cour, dans un *obiter dictum*, compare les textes des articles 5 de la *Loi sur la preuve au Canada* et 309 C.p.c., soulignant que le premier vise à protéger

[t]he witness against the use of his statements in subsequent legal proceedings,⁵³

et poursuit:

A similar provision is found in s.309 of the Code of Civil Procedure which is made applicable to the proceeding of a commission of inquiry.^{53a}

L'article 331 C.p.c. de 1897 assurait l'immunité, advenant une "poursuite criminelle", tandis que l'article 309 C.p.c. a plutôt recours à l'expression "poursuite pénale". La modification équivalait à un changement de concordance, puisque le poids de la jurisprudence était à l'effet que le terme "criminel" utilisé par l'article 331 C.p.c. devait plutôt signifier "pénal",⁵⁴ étant donné la compétence respective du Parlement fédéral et des législatures provinciales sur ces questions.⁵⁵ Aussi le commentaire du professeur Reid semble-t-il non avvenu, quand il déclare que:

Ainsi sera écartée la jurisprudence relative au sens de l'expression "poursuite criminelle" utilisée dans l'article 331 C.P. (1897),⁵⁶

puisque le courant jurisprudentiel prépondérant considérait déjà comme synonyme les termes "criminel" et "pénal" pour les fins de cette disposition.

Les autres commentateurs et les autres décisions des tribunaux qui ont porté directement ou indirectement sur l'interprétation de l'article 309 C.p.c. l'ont fait en des termes tellement généraux⁵⁷ qu'ils ne sont d'aucune utilité en vue de prouver l'hypothèse énon-

⁵³ *Supra*, note 14, aux pp.91-92.

^{53a} *Ibid.*

⁵⁴ *St-Arnaud v. Barrette*, *supra*, note 40; *Stewart v. Harrower Co.* (1909) 36 C.S. 418 à la p.424 (J. Loranger); *Corporation des arpenteurs-géomètre de la province de Québec v. Beauchemin*, *supra*, note 40, à la p.462; *Ferland v. Dorais* [1944] C.S. 223 à la p.236 (J. Bond); *Dupont v. Dominion Bridge Co.* (1924) 30 R.L.N.s.297 aux pp.298-99 (J. Rinfret de la C.S.); *Watt*, *supra*, note 4, à la p.95. *Contra*, *Le Barreau de Montréal v. Lubotta* (1932) 36 R.P. 96 à la p.97 (J. Boyer de la C.S.); *Wilson v. Latter* (1911) 13 R.P. 237 (J. Charbonneau de la C.S.).

⁵⁵ *L'Acte de l'Amérique du Nord Britannique, 1867*, 30-31 Vict., c.3, arts.91:27 et 92:15 (U.K.).

⁵⁶ *Code de procédure civile annoté* (1966), à la p.218.

⁵⁷ *Ancil*, *supra*, note 42; *Garant*, *supra*, note 4; *Viau, Enquête et tutelle* (1968) 28 R.du B. 694 à la p.695. *Dame Dumont v. Les Héritiers Laliberté* [1971] C.A. 635 à la p.636 (J. Montgomery).

cée au début. C'est ainsi que dans *Dame Dumont v. Les Héritiers Laliberté*, la Cour d'appel parle de "various texts of law excluding certain types of evidence in civil matters".^{57a} Les critères sont donc soit très lâches, soit inexistantes, de sorte qu'on ne peut s'appuyer sur ces "commentaires" pour vérifier l'hypothèse ci-dessus.⁵⁸

Les *obiter dicta* de la Cour suprême du Canada et de la Cour d'appel du Québec, l'opinion du juge Meyer dans l'affaire *Gaz Métropolitain Inc. v. Pilon*, le rapport des commissaires et, à un degré moindre, les quelques remarques éparses de la doctrine, devraient suffire largement à établir la règle de droit en conformité avec l'hypothèse qui sous-tend cet essai, quant à la portée de l'immunité consentie aux termes de l'article 309 C.p.c.

L'immunité aux termes du Code du travail

Le problème de l'application de l'article 309 C.p.c. aux matières tombant sous la juridiction de l'arbitre des griefs aux termes du *Code du travail*⁵⁹ a été soulevé à quelques reprises. Dans l'affaire *La Régie des alcools du Québec v. Syndicat des fonctionnaires de la Régie des alcools du Québec*,⁶⁰ l'arbitre a émis l'opinion que le témoin à l'enquête peut refuser de témoigner par crainte de s'incriminer, advenant une poursuite de nature pénale. L'arbitre estime ne pas avoir juridiction pour octroyer l'immunité prévue à l'article 309 C.p.c.

Dans l'affaire *Syndicat national des employés de Ville de Laval v. Ville de Laval*,⁶¹ l'arbitre a décidé que le plaignant ne peut pas se soustraire à l'obligation de témoigner à moins qu'il n'estime préférable de refuser de témoigner par crainte de s'incriminer lors d'une poursuite ultérieure.

Dans un *obiter dictum* nébuleux, le tribunal d'arbitrage dans l'affaire *Syndicat des employés de l'Hôpital Général Fleury v. Hôpital Général Fleury* soutient l'opinion que le tribunal d'arbitrage est investi du pouvoir de forcer un témoin à rendre témoignage, quoique dans l'instance il n'est pas clair que l'arbitre veuille énoncer une règle générale ou plutôt s'attarder à répondre à l'objection

^{57a} *Ibid.*

⁵⁸ Voir l'énoncé de cette hypothèse dans le texte, *supra*, aux pp.645-46 et 648.

⁵⁹ S.R.Q. 1964, c.141.

⁶⁰ (1971) 2 S.A.G. 964 à la p.992 (Dupont, arbitre de griefs).

⁶¹ (1970) 1 S.A.G. 1086 à la p.1987 (Brière, alors arbitre de griefs, maintenant juge au T.t.).

d'une partie quant à la protection du secret professionnel assurée par l'article 308 C.p.c.⁶².

Il m'apparaît que les appréhensions du professeur Dupont sont fondées,^{62a} relativement à la juridiction de l'arbitre d'octroyer l'immunité contenue à l'article 309 C.p.c., comme en fait foi l'obligation pour le tribunal d'arbitrage de requérir l'émission par la Cour supérieure d'une ordonnance de comparaître à titre de témoin devant pareil tribunal administratif qui ne disposerait pas lui-même du pouvoir d'assigner des témoins⁶³ et devant qui les témoins ne pourraient pas invoquer l'immunité dispensée par l'article 309 C.p.c., en dépit de son statut de tribunal administratif. En effet, l'article 111 du *Code du travail*^{63a} stipule que l'article 309 C.p.c., *inter alia*, régit le témoignage des témoins devant le tribunal du travail:

111. Toute personne qui témoigne devant le tribunal a les mêmes privilèges et les mêmes immunités qu'un témoin devant la Cour supérieure et les articles 307 à 310 du Code de procédure civile s'y appliquent, *mutatis mutandis*.

Par ailleurs, l'article 24(f) du *Code du travail* attribue au commissaire enquêteur, à qui incombe aussi l'application de cette loi, les mêmes pouvoirs et immunités que ceux consentis aux commissaires nommés aux termes de la *Loi des commissions d'enquête*⁶⁴ et dont l'article 11 est au même effet que l'article 309 C.p.c.

Il s'ensuit donc que, dans l'état actuel du droit du travail, il serait illusoire pour le témoin de rechercher l'immunité de l'article 309 C.p.c. dans le cadre du principal forum de la convention collective et des relations du travail, l'arbitrage des griefs; mais il n'en serait évidemment pas de même devant le commissaire enquêteur aux termes de la *Loi des commissions d'enquête*, en vertu

⁶² (1975) 6 S.A.G. 77 à la p.79 (Lalancette, arbitre de griefs). La jurisprudence, au moment où cette sentence arbitrale était rendue, était déjà établie en sens contraire par la Cour d'appel du Québec: *infra*, note 63.

^{62a} Voir le texte *supra*, à la p.660.

⁶³ *Malek v. Parent* [1971] R.D.T. 553 aux pp.566-69 (J. Montpetit de la C.S.). Dans la cause confirmée par la Cour d'appel, *L'Institut Albert-Prévost v. Bourdouxhe* [1974] R.D.T. 369 à la p.373 (J. Mitchell de la C.S.), le tribunal a émis le commentaire sybillin suivant: "In essence, the decision of the Board [of Arbitration], which recognizes that it has *the power and authority to force a person to testify as a witness before it*, is that the respondent Bourdouxhe is not competent to act as a witness in the circumstances, for the petitioners" (les italiques sont les miens); *Pruneau v. Chartier* [1973] C.S. 736; Morin, *L'Arbitrage des griefs au Québec* (1975), aux pp.162 et 229.

^{63a} S.R.Q. 1964, c.141.

⁶⁴ S.R.Q. 1964, c.11.

de l'article 24(f) du *Code du travail*, et le Tribunal du travail aux termes de l'article 111 du *Code du travail*.

A cet effet, l'extrait suivant peut prêter à confusion, mais, bien que l'arbitre des griefs jouisse du statut de tribunal administratif, il n'en a pas pour autant les pouvoirs, du moins au Québec, que lui prête l'auteur, en visant de toute évidence un tribunal administratif autre que celui de l'arbitre des griefs, à savoir un coroner ou un commissaire quelconque:

These sections [5 of the *Canada Evidence Act* and 9 of *The Evidence Act*, R.S.O. 1960, c.125] are not limited to testimony before Courts but applies to evidence before *Administrative Tribunals* as well

Under both Dominion and Provincial Legislation there are many Statutes, which create *Administrative Tribunals* with all the powers of a court to summon witnesses and to require them to give evidence under oath with respect to the matters under investigation. These investigations are frequently followed by prosecutions for serious crimes such as conspiracy to defraud, arson, theft and other offences.

Because the person to whom the questions are directed is a witness in form, although in fact he may be suspected of the commission of a crime, he is subject to compulsory examination.⁶⁵

L'article 47 du projet de loi 45^{65a} prévoit que tout témoin dûment assigné devant l'arbitre des griefs, qui refuserait de rendre témoignage, peut être condamné aux termes de la *Loi des poursuites sommaires*.⁶⁶ Le quatrième alinéa de l'article 88(g) contenu à l'article 47 du projet de loi 45 habilite l'arbitre des griefs à recevoir le serment des témoins. Un projet de loi antérieur qui n'a jamais dépassé le stade de la première lecture complétait ce pouvoir de l'arbitre du droit au témoin de bénéficier de "l'immunité prévue au deuxième alinéa de l'article 11 de la Loi des commissions d'enquête".⁶⁷

Cette lacune du projet de loi 45 gagnerait à être corrigée, en vue d'accorder au témoin assigné devant l'arbitre des griefs, la même immunité que celle accordée au témoin assigné devant le tribunal du travail et le commissaire enquêteur.

⁶⁵ Martin, *supra*, note 12, aux pp.13-14 (les italiques sont les miens).

^{65a} *Loi modifiant le Code du travail et la Loi du ministère du travail et de la Main-d'oeuvre* (1977), projet de loi 45 (1e lecture) 2e sess., 31e lég. (Qué.).

⁶⁶ S.R.Q. 1964, c.35.

⁶⁷ *Code du travail* (1974), projet de loi 24 (1e lecture) 2e sess., 30e lég., art.54 (Qué.), ajoutant l'art.90a au *Code du travail*.

L'immunité aux termes du Code des professions

Les articles 143 et 145 du *Code des professions*⁶⁸ reproduisent l'esprit de la disposition du Code de procédure civile quant à l'immunité à accorder aux déclarations incriminantes d'un témoin devant le comité de discipline, sauf qu'on y précise (article 143) que "l'intimé est considéré comme un témoin". Une seule décision publiée, depuis la création de cet organisme, a porté sur l'interprétation de l'article 145 *in fine*:

Son témoignage est privilégié et ne peut être retenu contre lui devant aucune cour de justice.

Et l'opinion du Comité à cette occasion a été que l'intimé, le professionnel qui témoigne devant le Comité ou tout autre témoin, ne peut voir son témoignage produit en preuve "devant une cour de justice".⁶⁹

Le témoin n'en est pas moins tenu de répondre à toute question.⁷⁰ L'immunité ne couvre nécessairement pas l'affaire qui fait l'objet de la plainte même devant le Comité. Contrairement à l'arbitre de griefs sous l'empire du *Code du travail* toutefois, le *Code des professions* prévoit l'immunité au témoin quant à une autre poursuite, sans que demande ne doive être logée auprès du Comité.

Critique et analyse

L'importance de l'opinion émise par le juge Hugessen dans l'affaire de la *C.T.C.U.M.*⁷¹ me paraît telle que si elle devait faire jurisprudence à l'encontre d'un courant contraire fondé sur des *obiter dicta*, elle constituerait un redoutable obstacle à l'administration saine, sereine et équitable de la justice, en rendant le tribunal devant lequel quiconque serait venu avouer une infraction, un délit ou un quasi-délit, incapable de considérer pareil aveu comme partie de la preuve dans l'instance où ce témoin est partie à l'action, suite à l'*objection* de la part de ce témoin, aux termes de l'article 309 C.p.c. C'est donner à cette disposition une portée qu'elle n'a pas et un objet qui lui est étranger, comme en fait foi la précédente étude des dispositions pertinentes.

Advenant qu'en pareille situation, il soit tout à fait impossible au requérant de soumettre une preuve autrement que par l'assignation du défendeur à titre de témoin, celui-ci pourrait tout

⁶⁸ L.Q. 1973, c.43.

⁶⁹ Tribunal des professions, [1975] D.D.C.P. 294 à la p.301.

⁷⁰ Tribunal des professions, [1975] D.D.C.P. 59 à la p.61.

⁷¹ *Supra*, note 8.

avouer et néanmoins jouir de la plus entière immunité. Si, au contraire, une partie de la preuve peut être soumise à l'encontre d'une partie, par d'autres moyens, l'aveu de la partie devant le tribunal ne doit en rien entrer en considération au moment du verdict ni au moment de la sentence.

L'économie du droit criminel dispense le prévenu de témoigner dans sa propre cause, tandis que le témoin, lui, est contraignable mais peut invoquer au même titre que l'accusé lui-même la protection de la loi que lui dispense l'article 5 de la *Loi sur la preuve au Canada* laquelle lui confère l'immunité "dans une instruction ou procédure criminelle exercée contre lui *par la suite*". L'accusé jouit donc d'une protection à double volet: d'abord la prérogative de ne pas témoigner quand à l'instance "présente", puis celle de requérir l'immunité de l'article 5 de la loi, quant à une "autre" instance; seul le deuxième volet assure la protection du simple témoin.

Un prévenu n'est jamais obligé de témoigner dans sa propre cause, en matière criminelle. Pareil privilège n'est pas accordé à une partie en matière civile, non plus qu'à un témoin, qu'il soit partie ou non; l'un et l'autre peuvent être contraints de témoigner, aux termes de l'article 295 C.p.c., que tous s'appliquent à considérer comme l'énoncé de la règle générale; mais on garantit au témoin qu'une poursuite de nature pénale ne pourra pas être subséquemment engagée contre lui à partir de son propre témoignage aux termes de l'article 309 C.p.c. Si pareille poursuite est subséquemment engagée contre lui et que, dans le cadre de son second témoignage, à titre de partie cette fois, il invoque l'article 309 C.p.c., l'immunité ne lui sera octroyée que quant à l'instance subséquente, à savoir sa seconde à titre de partie, et ainsi de suite à l'infini.

Pour un motif semblable à celui exprimé par Alastair M. Watt qui disait, en parlant du refus de répondre à une question incriminante, conformément à l'article 331 C.c.p., "it is socially undesirable that evidence should be suppressed and particularly evidence of a crime",⁷² j'ajoute qu'une double immunité dans l'instance présente et dans une autre à venir n'est pas davantage socialement désirable, pas plus qu'elle ne fut envisagée par le législateur. Elle est en effet susceptible d'entraver et de dérégler le mécanisme délicat de l'administration de la justice.

⁷² *Supra*, note 4, à la p.95.

De même que l'abrogation, par le Parlement canadien et les législatures des provinces de la règle de *common law* sur cette question, autorisant un témoin à refuser de répondre à une question incriminante, réduisait l'aire de protection consentie au témoin, de même le passage de l'article 331 C.p.c. à l'article 309 C.p.c. depuis 1965 réduit d'autant la protection accordée au témoin. La jurisprudence antérieure à 1965 devient de ce fait caduque sur ce point précis.

L'article 309 C.p.c. a recours au terme "témoin". Cette disposition est incorporée à la section V du Titre Cinquième, intitulée "De l'audition des témoins". N'étant défini nulle part au Code de procédure civile, ce terme recouvre tant le simple témoin que la partie à une action qui témoigne. Tout au long de cette section, le législateur a eu recours aux expressions "témoin" et "partie", parfois au sein du même article, mais alors pour distinguer l'une de l'autre.

Du fait que l'article 309 C.p.c. ne distingue pas entre le simple témoin et la partie à l'action qui rend témoignage, et qui tous deux requièrent l'immunité octroyée par cette disposition, le raisonnement du juge Hugessen indique que pareille interprétation a pour conséquence d'accorder deux types d'immunité différents, ce que l'article 309 C.p.c. ne prévoit pas; le simple témoin ne risque rien à ce titre, puisqu'il n'est pas partie à l'action. La partie qui témoigne peut obtenir un jugement favorable ou défavorable, selon son témoignage, dans l'action où elle témoigne, qu'on qualifie cette action comme "présente" ou autrement. La loi ne prévoit pas une double immunité. Elle ne vise que celle susceptible de jouer advenant une *autre* "poursuite pénale", indépendante de celle où le "témoin" agit à titre de simple "témoin", sans être "partie".⁷³

Si le législateur avait voulu accorder à l'intimé en pareille matière une immunité supplémentaire à celle qu'il octroie au simple témoin, il l'aurait dit:

I have consulted a considerable number of judicial decisions; in none of these have I found an instance where the testimony or deposition of an accused, *given on a previous occasion under his objection* on the ground of incrimination, has been admitted against him on a criminal charge

⁷³ A cet égard, il importe de citer le jugement du J. Vallée, *Procureur Général de la province de Québec v. Syndicat des Employés de l'Hôpital St-Michel Archange* [1976] C.S. 929 à la p.933: "Selon nous, l'intimé dans une requête pour outrage au Tribunal ne peut être contraint à témoigner et la partie requérante ne peut l'appeler comme son témoin".

I may add that my colleague Lazure J., who has for many years presided in the senior criminal Court of this district, has assured me that never in his experience has the Court admitted in evidence against an accused testimony which the latter had given *under objection on a previous occasion*.⁷⁴

Les soulignés de cet extrait indiquent qu'il ne saurait s'agir de la même instance.

Suite à l'opinion émise par le juge en chef adjoint Tyndale, un des intimés, le juge Caron, président de la Commission d'enquête sur la corruption et la fraude dans les affaires municipales, fit siens certains principes énoncés par le juge Tyndale, dans *Lévesque*:

Si un témoin s'est opposé à répondre parce qu'il s'incriminerait, s'il a reçu malgré son objection l'ordre de répondre et que de fait il répond, dans ce cas, sa réponse ne peut être légalement admissible en preuve contre lui *dans toute poursuite subséquente, pénale ou criminelle*.⁷⁵

Ces deux décisions interprétèrent l'article 21 de la *Loi sur la fraude et sur la corruption dans les affaires municipales*.⁷⁶ Cette disposition accorde l'immunité à quiconque témoigne de façon satisfaisante; laquelle immunité vise aussi bien "la présente section ou une autre de la Législature".^{76a} Je soumets que, outre le fait que l'article 309 C.p.c. limite l'immunité à une poursuite de nature pénale, les deux situations envisagées sont similaires, à savoir qu'elles visent à octroyer cette immunité à l'encontre d'une autre poursuite; le juge doit d'ailleurs fournir un certificat au témoin attestant de son objection,⁷⁷ lequel devra forcément être produit dans une autre instance.

Quant à l'article 23 de la *Loi des coroners*^{77a} et à l'article 5 de la *Loi sur la preuve au Canada*, ils ont recours respectivement aux expressions "poursuite criminelle ultérieure" et "procédure criminelle exercée contre lui par la suite". Toute ambiguïté disparaît du fait d'une rédaction quelque peu plus claire et précise que celle de l'article 309 C.p.c., qui est, je le concède, ambignë.

Toutefois, pour toutes les raisons invoquées précédemment, je soumets que l'article 309 C.p.c. octroie l'immunité au simple témoin de même qu'à la partie qui rend témoignage dans sa propre

⁷⁴ *Supra*, note 29, à la p.137 (les italiques sont les miens).

⁷⁵ *Supra*, note 28, à la p.142.

⁷⁶ S.R.Q. 1964, c.173.

^{76a} *Ibid.*, art.21.

⁷⁷ L'art.11 de la *Loi des commissions d'enquêtes*, S.R.Q. 1964, c.11 s'appuie sur une phraséologie semblable à celle de la *Loi sur la fraude et la corruption dans les affaires municipales*, S.R.Q. 1964, c.173.

^{77a} S.Q. 1966-67, c.19.

cause, quant à *une autre poursuite de nature pénale*, s'il témoigne dans une poursuite dite pénale, telle celle qui a donné lieu à ce commentaire, et aussi quant à une poursuite pénale, forcément autre, s'il témoigne dans une action dite civile mais dont certains effets ont un caractère pénal.

Conclusion

L'histoire législative et l'évolution de l'article 309 C.p.c., l'objet de pareille disposition, la portée des sources de semblable immunité, la portée de dispositions similaires incorporées à des lois récentes, l'analyse de l'article 309 C.p.c. et les *obiter dicta* sur cette question, m'autorisent à rejeter l'argument fondé sur la règle d'interprétation *expressio unius est exclusio alterius*⁷⁸ en vertu de laquelle la portée de cet article 309 C.p.c. ne saurait se superposer à celle de l'article 5 de la *Loi sur la preuve au Canada*, du fait que la disposition pertinente de cette dernière loi indique spécifiquement que l'immunité vise une poursuite introduite "par la suite".

⁷⁸ *Colquhoun v. Brooks* (1888) 21 Q.B.D. 52 à la p.65 (J. Lopez de la C.A.), commentaire repris par J. Newcombe dans l'arrêt *Turgeon v. Dominion Bank* [1930] R.C.S. 67 aux pp.70-1; (1929) 4 D.L.R. 1028 aux pp.1031-32.