

*SOYONS CLAIRS SUR CE QUI EST « CLAIR ET
CONVAINCANT »*

Un exposé concernant la norme de preuve dans les cas de discipline policière

Présenté à la conférence annuelle de la CACOLE

Halifax (Nouvelle-Écosse), le 12 octobre 2007

par David Goetz, conseiller juridique
avec le concours de Jennifer Sloan, stagiaire

TABLE DES MATIÈRES

RÉSUMÉ	2
I) APERÇU : LA NORME DE PREUVE ET L'INTÉRÊT PUBLIC	3
II) LE PROBLÈME : LES « ALLÉGATIONS SÉRIEUSES » ET LA NORME CIVILE	4
III) L'APPROCHE CANADIENNE	8
IV) APPLICATION DE L'APPROCHE CANADIENNE EN GÉNÉRAL	10
1. Quels genres d'affaires ont suscité l'approche plus rigoureuse?	10
2. Comment l'approche plus rigoureuse a-t-elle été décrite au Canada?	11
V) APPLICATION DE LA NORME DE PREUVE CIVILE DANS LES AFFAIRES DE DISCIPLINE POLICIÈRE	16
1. La jurisprudence	16
2. Observations sur la jurisprudence	19
VI) ANALYSE ET CONCLUSION	21
1. Normes de preuve : les solutions de rechange	21
2. À la défense de la norme civile traditionnelle (quelle qu'elle soit)	21
3. La solution de rechange « claire et convaincante » n'est ni l'une ni l'autre	24
a) Distinguer « claire et convaincante » des autres normes	24
b) L'expérience américaine	25
c) Existe-t-il vraiment un juste milieu?	27
d) La procédure dans les affaires de discipline ne ressemble pas aux poursuites criminelles	27
e) Autre hypothèse : prouver que l'esprit l'emporte sur la matière	29
4. Où cela nous mène-t-il?	32

RÉSUMÉ

Il existe seulement deux normes de preuve en droit canadien : la norme applicable en matière civile et la norme applicable en matière criminelle. Il n'y a pas de troisième norme de preuve exigeant qu'un juge des faits soit persuadé à un plus haut degré de certitude que celui de la balance des probabilités (c.-à-d. la norme de preuve civile) – même dans les cas où interviennent des « allégations sérieuses ». Le droit jurisprudentiel ainsi que certaines lois stipulent le besoin d'éléments de preuve « clairs et forts » ou « clairs et convaincants » pour établir l'inconduite. Il existe une distinction réelle, quoique peut-être pas facilement évidente, entre ces deux conceptions de la manière dont ces affaires doivent être prouvées, défendues et jugées. Cette question a, bien sûr, un rapport avec la présente conférence parce que la discipline professionnelle, y compris celle de la police, est l'un des domaines où le droit a signalé le besoin d'un examen minutieux particulier des éléments de preuve apportés à l'appui des allégations d'inconduite. Malheureusement, le manque de clarté et d'uniformité des déclarations des tribunaux sur la question et même, dans une certaine mesure, les lacunes et les limites de la terminologie juridique courante ont créé énormément de confusion. La position avancée dans le présent exposé est que, si on l'interprète correctement, la jurisprudence canadienne reconnaît le besoin d'« éléments de preuve clairs et convaincants » en tant qu'approche de la preuve, plutôt que comme norme de preuve civile distincte et élevée. On défend ensuite la norme de preuve civile traditionnelle en tant que norme appropriée dans les cas de discipline policière. Finalement, on demande même si la mention d'« éléments de preuve clairs et convaincants » constitue un avis nécessaire ou utile pour décrire le seuil de persuasion à atteindre dans les affaires civiles et administratives, comme la discipline applicable à la police et aux membres d'autres professions.

D) APERÇU : LA NORME DE PREUVE ET L'INTÉRÊT PUBLIC

En général, la norme de preuve dans les décisions relatives à la discipline policière est la norme civile, que l'on décrit souvent comme la preuve suivant la « balance des probabilités ». Dans certains cas, celle-ci s'accompagne d'un avertissement selon lequel une preuve particulièrement solide est nécessaire s'il existe des allégations sérieuses (turpitude morale, criminalité ou conséquences individuelles importantes, comme la perte de carrière possible).

Toutefois, un examen de la jurisprudence canadienne indique que cet avertissement concernant la nécessité d'éléments de preuve « clairs et convaincants », ou « clairs et forts », n'est généralement pas compris et appliqué uniformément dans les cas de discipline policière, non plus que dans l'ensemble plus général des affaires civiles et de discipline professionnelle auxquelles il s'applique également. Au lieu d'être considérée comme un examen plus soigneux des éléments de preuve, comme elle est acceptée en droit canadien, l'exigence d'éléments de preuve « clairs et forts » a souvent été décrite (en fait fautivement, ainsi que le soutient cet exposé) comme une norme de preuve intermédiaire se situant quelque part entre la norme de preuve civile « régulière » et la norme de preuve « hors de tout doute raisonnable » applicable en matière criminelle.

Cela est important parce que les mécanismes de responsabilité et de responsabilisation professionnelles, qui visent à servir l'intérêt public, doivent répondre convenablement aux allégations légitimes d'inconduite professionnelle. Cela vaut pour toutes les professions, et certainement pas moins pour la profession policière. Si l'on considère toutes les professions réglementées, les membres du public ont le moins de choix lorsqu'ils ont affaire à des agents de police. Si on place la barre trop haut, un trop grand nombre de plaintes légitimes seront rejetées, ce qui tendrait à engendrer du cynisme chez le public. La confiance du public est essentielle au maintien de l'ordre.

Inversement, bien sûr, la barre ne doit pas être placée trop bas. Les policiers et les membres d'autres professions réglementées sont eux-mêmes des membres du public, de sorte que le fait de ne pas tenir suffisamment compte de leurs droits et de leurs intérêts ne peut servir l'intérêt public. De plus, si les plaintes sont trop facilement justifiées, cela pourrait inciter les policiers et les autres professionnels à adopter une attitude excessivement défensive, réactive et opposée aux risques à l'égard de leur travail. Cela aussi nuirait considérablement à l'intérêt public.

Manifestement, le défi ici consiste donc à mettre en équilibre non pas les intérêts censément en conflit du public et de la police, mais plutôt des intérêts publics concurrents. Selon l'auteur, la norme de preuve civile traditionnelle est l'approche qui sert le mieux les intérêts de la société dans son ensemble.

Pour que cette approche soit efficace, toutefois, la nature et le rôle véritables de la norme civile et de l'exigence d'éléments de preuve clairs et convaincants, qui semblent tous deux être rares dans la jurisprudence pertinente, doivent être clairs.

II) LE PROBLÈME : LES « ALLÉGATIONS SÉRIEUSES » ET LA NORME CIVILE

Ces premières lignes d'un intéressant article de l'expert juridique anglais Mike Redmayne, intitulé « Standards of Proof in Civil Litigation »¹, introduisent bien la présente analyse :

[Traduction] Il est bien connu que la norme de preuve dans une affaire civile est la preuve suivant la balance des probabilités, et que cela signifie que la partie sur qui repose le fardeau de la preuve doit prouver que ses arguments sont plus probables qu'improbables. En effet, la norme de preuve civile semble être l'un des concepts les plus simples du droit de la preuve et qui exige peu d'explication ou d'exemples. Mais un examen plus profond de cette notion la plus fondamentale de la preuve révèle un tableau nettement plus complexe : le droit jurisprudentiel fournit une gamme d'interprétations contradictoires de ce que la norme de preuve civile exige dans différents contextes. Lorsqu'un domaine du droit est aussi embrouillé, on commence à soupçonner que le problème tient seulement en partie au défaut des cours d'appel de résoudre les autorités contradictoires et de formuler des conseils clairs (quoique cela ait certainement ajouté aux difficultés dans ce domaine); on est plutôt amené à conclure que la confusion se trouve à un niveau conceptuel plus profond et qu'elle est entretenue par le manque de compréhension claire des composantes fondamentales de la preuve médico-légale.

Il semble que la confusion soit venue d'abord des tribunaux anglais, et par la suite des tribunaux canadiens et autres, qui se sont débattus avec la norme de preuve à appliquer dans les affaires où des allégations de conduite criminelle ou, en tout cas, de conduite dénotant la turpitude morale² avaient été faites dans le cadre de procédures non criminelles. Initialement, les tribunaux anglais étaient au moins portés à penser que ces allégations devaient être prouvées selon la norme de preuve applicable en matière criminelle, indépendamment du cadre où elles étaient faites³. Toutefois, les tribunaux ont bientôt commencé à reconsidérer cette approche⁴.

Finalement, les tribunaux anglais ont abandonné leur premier point de vue et statué que la norme de preuve civile était applicable dans les procédures civiles, même en présence d'allégations de

¹ (1999) 62 *Modern Law Review* 167.

² Un certain nombre des principaux cas qui traitent de cette question étaient des cas de divorce où l'on invoquait entre autres causes l'adultère et la cruauté. Si, aujourd'hui, ces comportements ne sont pas considérés comme des crimes, ils étaient encore taxés de « délit conjugal » à l'époque où les causes ont été entendues.

³ Voir p.ex. : *New York v. Heirs of the Late John M. Phillips and Others*, [1939] 3 All E.R. 952, p. 955, par Atkin L.J.; *Churchman v. Churchman*, [1945] p. 44 (CA); *Ginesi v. Ginesi*, [1948] p. 179 (CA); et *Bater v. Bater* (1950), [1951] p. 35 (CA), par les juges Lord Bucknill et Somervell.

⁴ Voir p.ex. : *Davis v. Davis* (1949), [1950] p. 125 (CA); *Gower v. Gower*, [1950] 1 All E.R. 804 (CA); et *Bater v. Bater*, *supra* note 3, par Denning L.J.

conduite criminelle⁵. Toutefois, ce courant de jurisprudence reconnaissait que ces genres d'affaires civiles (et, par extension, administratives) où des allégations ou des conséquences particulièrement sérieuses étaient en cause nécessitaient une application particulière de la norme civile.

Lord Denning a été le premier juge à s'efforcer de définir ce moyen terme dans le jugement rendu par la Cour d'appel anglaise dans l'affaire *Bater v. Bater* (1950)⁶. L'appel portait sur la question de savoir si le juge de première instance dans une demande en divorce pour cruauté s'était fourvoyé en déterminant que la demanderesse devait prouver ce qu'elle avançait hors de tout doute raisonnable. Étonnamment, la cour décida à l'unanimité que cela ne constituait pas une erreur juridique. Toutefois, dans son jugement distinct convergent, lord Denning affirma que les normes de preuve civile et criminelle ne représentaient pas une dichotomie, mais qu'elles s'inséraient plutôt dans un continuum. Les passages saillants de son jugement sont les suivants :

[Traduction] Bien sûr, il est clair que, selon notre droit, les affaires criminelles nécessitent une norme de preuve plus élevée que les affaires civiles. Mais cela est subordonné à l'idée qu'il n'existe de norme absolue dans ni l'un ni l'autre des deux cas. Dans les affaires criminelles, l'accusation doit être prouvée hors de tout doute raisonnable, mais il peut y avoir des degrés de probabilité dans les limites de cette norme.

Comme le juge en chef Best et nombre d'autres excellents juges l'ont affirmé, « la preuve doit être d'autant plus claire que le crime est énorme. » De même, dans les affaires civiles, l'affaire peut être prouvée suivant la balance des probabilités, mais il peut y avoir des degrés de probabilité dans les limites de cette norme. Le degré dépend du sujet en cause. Dans l'examen d'une accusation de fraude, un tribunal civil exigera naturellement pour lui-même un degré de probabilité plus élevé que s'il cherchait à déterminer s'il y avait eu négligence. Il ne vise pas un degré aussi élevé qu'un tribunal pénal, même lorsqu'il étudie une accusation de nature criminelle, mais il doit quand même parvenir à un degré de probabilité proportionné à la circonstance. (...)

Je ne pense pas que l'on puisse exprimer cette idée mieux que ne l'a fait lord Stowell dans l'affaire *Loveden v. Loveden*. « La seule règle générale que l'on peut poser à ce sujet est que les circonstances doivent être telles qu'elles mèneraient un homme raisonnable et juste doué d'un jugement circonspect à la conclusion. » Le degré de probabilité dont un homme raisonnable et juste aurait besoin pour parvenir à une conclusion – et, de même, le degré de doute qui l'empêcherait d'y parvenir – dépend de la conclusion à laquelle il doit arriver. Il dépendrait de la nature (civile ou criminelle) de l'affaire ainsi que de la nature de l'accusation et des conséquences éventuelles; et, s'il se retrouvait avec un doute

⁵ *Hornal v. Neuberger Products Ltd.*, [1956] 3 All E.R. 970 (CA), par la suite confirmé dans : *Nishina Trading Co. Ltd. v. Chiyoda Fire and Marine Insurance Co. Ltd.*, [1969] 2 Q.B. 449 (CA); *R. v. Home Secretary, ex parte Khawaja*, [1984] 1 AC 74 (HL); et *Re Ht and others (minors)*, [1996] 1 All E.R. 1 (HL).

⁶ *Supra* note 3.

réel et important sur la question, il considérerait que l'accusation n'a pas été prouvée et il n'en serait pas satisfait⁷.

Ce jugement de lord Denning propose clairement une approche souple, ou d'« échelle mobile », selon laquelle la norme de preuve elle-même variera en fonction de la gravité des allégations ou des conséquences possibles. On a souscrit à cette approche dans des affaires subséquentes en Angleterre⁸, et elle a souvent été citée au Canada et ailleurs.

Toutefois, si le jugement est utile en ce sens qu'il affirme que la norme criminelle en elle-même n'est pas applicable dans les procédures civiles, il brouille grandement la distinction entre les deux normes, seulement pour la ressusciter à la fin. De l'avis de l'auteur, il contient certes des idées et des réflexions sérieuses sur le processus intellectuel de jugement, mais aucune décision n'a davantage semé la confusion dans l'esprit des membres des tribunaux et des décideurs administratifs touchant la norme de preuve appropriée dans les affaires civiles et administratives comportant des allégations ou des conséquences graves⁹.

Comment peut-on s'attendre à ce que les juges, sans parler des parties aux procédures, puissent faire face à une quantité potentiellement infinie de gradations subtiles dans le fardeau de persuasion qui pourrait être considéré comme applicable dans une affaire donnée? Pour être juste envers les parties, ne devrait-on pas exiger que le tribunal établisse d'avance le « degré de probabilité » à utiliser dans l'affaire? Si oui, cette norme de preuve devrait-elle être décrite en pourcentage ou en termes plus qualitatifs? Cette approche ne laisse-t-elle pas énormément de discrétion aux cours d'appel et cours de révision pour s'ingérer dans les décisions rendues en première instance? Quelle incidence cela peut-il avoir sur la prévisibilité, la stabilité et, en fin de compte, la crédibilité de la loi?

Compte tenu des possibilités d'accroissement de l'incertitude et de la confusion dans la loi, des jugements anglais subséquents ont exposé une seconde approche selon laquelle, au lieu de faire varier la norme de preuve d'une affaire à l'autre dans les causes civiles, c'est la force de la preuve nécessaire pour satisfaire à la norme de preuve civile traditionnelle qui peut varier¹⁰.

Une troisième approche applicable dans les affaires civiles et administratives sérieuses consiste à adopter une norme de preuve intermédiaire fixe se situant quelque part entre la norme civile générale et la norme criminelle. Cette approche a été adoptée aux États-Unis, où les procédures civiles et administratives comportant des allégations sérieuses exigent que celles-ci soient prouvées selon une norme d'« éléments de preuve clairs et convaincants »¹¹.

D'aucuns ont donné à entendre qu'il n'y a aucune différence entre privilégier un examen plus rigoureux de la preuve et relever la norme de preuve d'ensemble¹². Même lord Denning entame

⁷ *Ibid.*, pp. 36-38.

⁸ Voir p.ex. : *Hornal v. Neuberger Products Ltd.*, *supra* note 5; et *Blyth v. Blyth*, [1966] AC 643 (HL).

⁹ Voir aussi : Redmayne, *supra* note 1, p. 175.

¹⁰ Voir p.ex. : *In re H. and Others (Minors)*, [1996] AC 563 (HL), par Lord Nicholls of Birkenhead, pp. 586-87.

¹¹ Voir p.ex. : *McCormick on Evidence*, 4th ed. (St. Paul, Minn.: West Publishing Co., 1992), pp. 441-45.

¹² Voir p.ex. : *Re Dellow's Will Trusts*, [1964] 1 All ER 771, p. 773, par Ungood-Thomas J.; *Re M (A Minor)*, [1994] 1 FLR 59 (Eng. CA), p. 60, par Waite LJ.; et *Re X*, 2005 CanLII 53451 (QC C.Q.), para. 61-62, par Éline Demers, J.C.Q.

son jugement dans l'affaire *Bater* en déclarant ceci : [traduction] « Il se pourrait bien que la différence d'opinions qui a été évoquée au sujet de la norme de preuve dans des affaires récentes se révèle essentiellement une question de mots¹³. »

Il ne fait pas de doute que, comme l'a signalé le juge Berger, de la Cour d'appel de l'Alberta, dans son opinion divergente relativement à l'affaire *P.L. v. College of Physicians and Surgeons of Alberta* (1999), le processus d'évaluation du poids de la preuve, d'une part, et l'évaluation de son effet convaincant, d'autre part, sont « intimement liés »¹⁴. Toutefois, il existe une distinction valide à faire, même si elle n'apparaît pas facilement dans tous les cas.

Si on adopte l'approche de l'examen plus rigoureux de la preuve à l'égard des allégations d'inconduite, la gravité de celles-ci sera alors prise en compte dans l'évaluation du poids à attribuer à un élément de preuve particulier. Dans ces cas, un juge sera plus porté à ne pas prendre en compte ou même à négliger les éléments de preuve dont la fiabilité, la crédibilité ou la valeur probante sont particulièrement fragiles ou contestables. Les éléments de preuve qui restent et le poids qui leur a été attribué, quel qu'il soit, doivent alors être suffisants pour satisfaire aux exigences du fardeau de la preuve, mais seulement au niveau de persuasion habituel dans les affaires civiles. Par contraste, l'application d'une norme de preuve relevée à une affaire signifie que la partie qui porte le fardeau de la preuve doit présenter des arguments plus forts qu'autrement, d'où la nécessité éventuelle d'apporter d'autres éléments de preuve, par opposition au besoin de fournir des éléments de preuve d'une qualité particulière.

Comme on le verra, malgré ce que pourrait donner à penser un examen de la jurisprudence canadienne relative à la discipline professionnelle, y compris les cas de discipline policière, le Canada a en fait rejeté tant l'approche de « l'échelle mobile » décrite par lord Denning dans l'affaire *Bater* que l'idée d'une troisième norme de preuve intermédiaire.

¹³ [1951] P. 35, p. 36.

¹⁴ Opinion divergente dans *P.L. v. College of Physicians and Surgeons of Alberta* 1999 CanLII – 1999 ABCA 126, para. 96.

III) L'APPROCHE CANADIENNE

La Cour suprême du Canada a établi clairement que la norme de preuve hors de tout doute raisonnable applicable en matière criminelle ne s'applique pas dans les affaires civiles, indépendamment de la nature des allégations en cause¹⁵.

Le principal jugement de la Cour suprême sur la norme de preuve applicable dans les affaires civiles où interviennent des allégations sérieuses reste la décision unanime rendue par le juge en chef Laskin en 1982 dans l'affaire *Dalton Cartage Co. Ltd. c. The Continental Insurance Co.*¹⁶. Cette affaire avait trait à des allégations de fraude dans le contexte d'un litige d'assurance. Le passage clé de ce bref jugement dit ceci : [traduction] « L'évaluation des éléments de preuve nécessaires pour satisfaire au fardeau de la preuve est nécessairement une question de jugement, et le juge de première instance est en droit d'examiner ces éléments de preuve avec plus de soin si des allégations sérieuses doivent être établies par la preuve qui est présentée¹⁷. » Ici, le juge en chef Laskin envisage manifestement une approche quelque peu plus rigoureuse de l'évaluation de la preuve dans ces cas, plutôt qu'une modification du degré de persuasion que nécessite la norme de preuve civile.

Malheureusement, le juge en chef Laskin cite ensuite d'un ton approuvateur le jugement rendu par lord Denning dans l'affaire *Bater*, où ce dernier parle des [traduction] « degrés de probabilité à l'intérieur de la norme [civile] » et du besoin d'un plus haut degré de probabilité pour établir, par exemple, une allégation de fraude (dans une affaire civile), par contraste avec une allégation de négligence. Ce passage de *Bater* cité dans l'arrêt *Dalton Cartage* pourrait donner au lecteur l'impression que le juge Laskin approuve une fluctuation de la norme de preuve civile. De fait, cette approbation du langage utilisé par lord Denning dans *Bater* pourrait bien être à l'origine de la profonde confusion survenue dans la jurisprudence canadienne subséquente relative à des affaires civiles et administratives où des allégations sérieuses étaient en cause.

Toutefois, on oublie souvent, dans ce jugement, le paragraphe qui suit immédiatement la citation de *Bater*, où le juge Laskin met des réserves à son approbation des paroles de lord Denning :

[Traduction] ***Je ne considère pas cette approche comme un écart par rapport à une norme de preuve fondée sur la balance des probabilités, ni comme l'approbation d'une norme variable*** [soulignement ajouté]. Dans toutes les affaires civiles, la question consiste à savoir quels éléments de preuve ayant quel poids pousseront la Cour à conclure que la preuve suivant la balance des probabilités a été établie¹⁸.

On pourrait très justement soutenir que cette réserve que le juge en chef Laskin a cherché à mettre à son approbation de l'approche de lord Denning détruit à peu près cette approbation. Néanmoins, face à ce conflit apparent, la seule ligne de conduite correcte consiste à s'en remettre

¹⁵ *Smith v. Smith* [1952] 2 R.C.S. 312; *Hanes v. Wawanesa Mutual Insurance Co.*, [1963] R.C.S. 154; et *Dalton Cartage Company Limited c. The Continental Insurance Co.*, [1982] 1 R.C.S. 164, 1982 CarswellOnt 372.

¹⁶ *Supra* note 15.

¹⁷ *Ibid.*, para. 12.

¹⁸ *Ibid.*, para. 13.

aux paroles très claires du juge Laskin sur cette question, à savoir qu'une seule norme de preuve plus élevée que la norme civile traditionnelle (l'approche américaine) et une norme « variable », ou souple (l'approche de lord Denning), sont rejetées.

Malheureusement, beaucoup de cours et tribunaux inférieurs canadiens n'ont pas remarqué cette contradiction, dans l'arrêt *Dalton Cartage*, entre ce que le juge en chef Laskin déclare et ce qu'il approuve dans le jugement *Bater*¹⁹. En conséquence, nombre de juges et d'autres magistrats ont tendu à se concentrer sur les paroles de lord Denning, qui, contrairement à celles du juge en chef Laskin, n'ont pas force obligatoire au Canada.

¹⁹ Mais la contradiction est effectivement notée dans « Balancing Probabilities: The Overlooked Complexity of the Civil Standard of Proof » de Linda R. Rothstein, Robert A. Centa et Eric Adams dans *Law Society of Upper Canada Special Lectures 2003: The Law of Evidence*, Irwin Law (Toronto, 2004), 455, p. 462. Toutefois, dans cet article, les auteurs comparent précisément les termes utilisés par le juge en chef Laskin dans *Dalton Cartage* avec l'allusion du juge en chef Dickson dans *R. v. Oakes* (dont il est question ci-après) aux degrés de probabilité dans la norme civile, que ce dernier a emprunté à Denning L.J. dans *Bater*.

IV) APPLICATION DE L'APPROCHE CANADIENNE EN GÉNÉRAL

1. Quels genres d'affaires ont suscité l'approche plus rigoureuse?

Au Canada comme ailleurs, l'exigence de la common law selon laquelle les affaires où interviennent des allégations d'inconduite criminelle dans un contexte civil – ce qui arrive souvent dans des affaires d'assurance ou des actions en divorce – doivent être soumises à un examen plus rigoureux, s'est étendue avec le temps à d'autres genres de causes. La principale considération dans les nouvelles catégories de causes a été les conséquences d'un jugement non pénal donné, plutôt que la nature des allégations elles-mêmes.

Il a été décidé que les affaires civiles et administratives comportant des allégations d'agression sexuelle dirigée contre des enfants nécessitaient une approche plus rigoureuse des éléments de preuve, en raison des conséquences possibles pour toutes les parties concernées, plutôt que simplement à cause du stigmate en soi²⁰.

Les procédures engagées en vertu de la *Loi sur la citoyenneté* afin de révoquer la citoyenneté d'une personne qui a caché sa participation à des crimes de guerre et à des crimes contre l'humanité lorsqu'elle a présenté sa demande de citoyenneté canadienne ont aussi suscité une approche plus rigoureuse de la preuve²¹. Dans ces cas, la conclusion de la cour selon laquelle les personnes en question avaient dénaturé leurs activités passées dans leurs demandes de citoyenneté les rendait passibles de voir leur citoyenneté révoquée par le gouverneur en conseil et d'être expulsées par la suite. Dans le domaine du droit de l'immigration également, les tribunaux ont statué que, dans les affaires intéressant des réfugiés, il faut des « éléments de preuve clairs et convaincants » pour établir l'affirmation selon laquelle un autre État est incapable de protéger ses propres ressortissants²².

Dans sa décision renommée rendue dans l'affaire *R. c. Oakes* (1986), la Cour suprême a indiqué que, dans le contexte de litige relatif à l'application de la *Charte canadienne des droits et libertés*, il fallait appliquer rigoureusement la norme de preuve civile à l'égard des éléments de preuve apportés pour montrer que la limitation d'un droit garanti par la *Charte* est raisonnable et justifiée en vertu de l'article 1²³.

L'approche plus rigoureuse de la preuve a aussi été bien accueillie par les organismes administratifs et judiciaires chargés d'assurer la discipline au sein de professions réglementées. Cela est le plus manifeste dans le cas des professions bien établies qui ont une tradition d'autoréglementation et de délivrance de permis, comme la médecine, le droit, le génie et l'architecture²⁴. Dans ces cas, c'est le risque présenté pour le gagne-pain d'une personne qui justifie le recours à une approche plus rigoureuse des éléments de preuve.

²⁰ Voir p. ex. : *Re. X*, supra note 12.

²¹ *Canada (Secrétaire d'État) c. Luitjens* (1991), 40 F.T.R. 267, [1991] A.C.F. n° 1041 (Division de première instance); et *Oberlander c. Canada (Procureur général)* (C.A.F.), 2004 CAF 213 (CanLII).

²² *Ward c. Le procureur général du Canada*, 1993 CanLII 105 (C.S.C.), [1993] 2 R.C.S. 689.

²³ [1986] 1 R.C.S. 103, 1986 CanLII 46, para. 67-68.

²⁴ Pour consulter une des affaires antérieures, voir : *Re Bernstein and College of Physicians and Surgeons of Ontario* (1977), 15 O.R. (2d) 447 (Ont. Div. Ct.).

Toutefois, la portée des professions touchées n'est pas complètement indubitable. Il existe une certaine jurisprudence qui met en question l'application de l'approche plus rigoureuse à certaines professions réglementées, soit parce que l'instruction et la formation qu'elles exigent ne se comparent pas à celles des professions bien établies²⁵ soit parce que le danger en cause pour le professionnel s'assimile plutôt à la perte d'un emploi particulier qu'à l'exclusion d'une profession (ce qui englobe une catégorie étendue d'emplois possibles)²⁶.

2. Comment l'approche plus rigoureuse a-t-elle été décrite au Canada?

La réponse simple à cette question est que les tribunaux canadiens sont allés dans toutes les directions. Certains ont utilisé une approche conforme à la norme variable favorisée par lord Denning dans *Bater*. D'autres ont effectivement fait référence à une troisième norme de preuve intermédiaire, soit la norme « claire et convaincante » favorisée par les États-Unis. D'autres encore s'alignent sur l'approche du juge en chef Laskin dans l'arrêt *Dalton Cartage*, soit la norme de preuve civile traditionnelle assortie d'un examen plus rigoureux des éléments de preuve.

Avant l'arrêt *Dalton Cartage*, certains cours d'appel provinciales avaient rendu des jugements dans ce domaine qui semblent avoir prévu correctement l'orientation que la Cour suprême allait prendre dans cette affaire.

Le jugement rendu par le juge d'appel Martin pour le compte de la Cour d'appel de l'Ontario dans l'affaire *Reed v. Town of Lincoln* (1974) avait examiné un certain nombre de causes anglaises et canadiennes de premier plan et conclu que la norme de preuve dans toute affaire civile doit rester la norme de preuve civile de la balance des probabilités, mais signalé que [traduction] « la force des éléments de preuve requis pour s'acquitter [de ce fardeau] peut cependant varier selon la nature de la question devant être prouvée²⁷ ». Le juge Martin avait ensuite souscrit à l'interprétation de la jurisprudence faite par le professeur Cross dans le passage suivant de son livre (*Cross on Evidence* (1967), 3^e éd., p. 92) :

[Traduction] Il faut comprendre par là non pas qu'il existe un nombre infini de normes de preuve selon le sujet dont la Cour est saisie, mais plutôt que ce dernier facteur peut faire varier la quantité d'éléments de preuve requis pour faire pencher la balance des probabilités ou pour établir une condition de conviction hors de tout doute raisonnable. Comme certaines choses sont fondamentalement improbables, les procureurs dans les affaires criminelles plus sérieuses et les demandeurs dans certaines affaires civiles ont plus d'obstacles à surmonter que ceux qui ont affaire à d'autres allégations²⁸.

²⁵ *Rak v. B.C. (Superintendent of Brokers)*, (1990) 51 B.C.L.R. (2d) 27 (B.C.C.A.). Cette affaire avait trait à des courtiers en valeurs mobilières.

²⁶ *Nand v. Edmonton Public School District No. 7*, [1994] A.J. No. 675, 157 A.R. 123 (CA) demande d'autorisation d'appel rejetée [1995] S.C.C.A. No.8, para. 68. Cette affaire avait trait à des enseignants.

²⁷ *Reed v. Town of Lincoln* (1974), 53 D.L.R. (3d) 14, 6 O.R. (2d) 391, à O.R. 401-02.

²⁸ *Ibid.*

Cette description de la norme de preuve applicable à des allégations sérieuses dans des procédures civiles rejette manifestement l'idée d'une norme civile variable.

Dans l'affaire *Ringrose v. College of Physicians and Surgeons of Alberta (No. 2)* (1978)²⁹, la Cour d'appel de l'Alberta a souscrit par la suite à cette approche de la norme civile adoptée dans *Reed* dans le contexte d'allégations sérieuses.

Toutefois, le jugement rendu bien des années plus tard par la Cour d'appel de l'Alberta dans l'affaire *Nand v. Edmonton Public School District No. 7* (1994)³⁰ tend à appuyer une norme plus élevée dans les affaires comportant des conséquences sérieuses, mais il semble aussi approuver un « examen soigneux des éléments de preuve », ce qui est plus conforme à l'arrêt *Dalton Cartage*³¹.

Le jugement dissident du juge d'appel Berger dans l'affaire *P.L. v. College of Physicians and Surgeons of the Province of Alberta*³², entendue par la Cour d'appel de l'Alberta en 1999, est également intéressant. Cette affaire mettait en cause des allégations criminelles dans un contexte de discipline professionnelle. Après un examen réfléchi du droit jurisprudentiel anglais et canadien, le juge Berger avait rejeté une troisième norme de preuve fixe, mais admis que des affaires comportant des allégations ou des conséquences sérieuses exigeaient l'application d'une norme de preuve relevée aux personnes qui cherchaient à faire de telles allégations. Toutefois, le juge Berger était d'avis qu'il fallait faire cela en appliquant à la fois un examen plus soigneux des éléments de preuve *et* une norme de preuve élevée. Il avait exposé son approche comme suit :

[Traduction] ...l'organisme disciplinaire doit être **convaincu par des éléments de preuve clairs, forts et convaincants** que les allégations sont vraies. Être « convaincu » signifie plus qu'être « persuadé ». Cela fait comprendre la gravité de l'occasion au juge des faits et satisfait à l'exigence selon laquelle le degré de conviction doit « frôler celui de la norme applicable en matière criminelle ». Dans ces cas, on devrait aussi préciser au juge des faits que des éléments de preuve « **clairs** » ne sont ni ambigus, ni douteux, ni équivoques et que, pris dans leur ensemble, ils sont exempts de confusion et d'incertitude. On devrait en outre dire au juge des faits que des éléments de preuve **forts et convaincants** sont des éléments de preuve qui, pris dans leur ensemble, font qu'il est prudent de confirmer les conclusions, avec toutes les conséquences qu'elles comportent pour la carrière de la personne et son statut dans la collectivité³³. [Accentuation dans l'original]

L'affaire *Coates v. Ontario (Registrar of Motor Vehicle Dealers and Salesmen)*, entendue antérieurement par la Cour divisionnaire de l'Ontario, comporte une opinion semblable :

²⁹ *Ringrose v. College of Physicians and Surgeons of Alberta (No. 2)* [1978], 83 D.L.R. (3d) 680, [1978] 2 W.W.R. 534, para. 19-20.

³⁰ [1994] A.J. No. 675, 157 A.R. 123, 23 Alta. LR (3d) 63, demande d'autorisation d'appel rejetée [1995] SCC.

³¹ *Ibid.*, à Alta. LR 68-70.

³² *Supra* note 14.

³³ *Ibid.*, para. 99..

Rien moins qu'une preuve claire et convaincante fondée sur des éléments de preuve forts n'autorisera un tribunal administratif à révoquer le permis d'une personne d'exercer la médecine ou de pratiquer un commerce pour gagner sa vie³⁴.

Dans l'affaire *Re. X*, entendue par la Cour du Québec, la juge Demers³⁵, signalant qu'un jugement dans les affaires de mauvais traitement ou d'agression sexuelle d'un enfant a des conséquences graves pour celui-ci, pour sa famille et pour l'agresseur présumé, a déclaré :

Il semble que la preuve qui convainc le juge devrait se situer à un niveau plus élevé que la simple balance de preuve. En d'autres mots, la gravité des enjeux requiert un degré de preuve plus élevé que la simple balance, sans toutefois qu'il nécessite une preuve hors de tout doute raisonnable... Un juge qui doit examiner la preuve plus attentivement ou d'une façon plus prudente ne veut-il pas tout simplement dire qu'il applique un degré de probabilité plus élevé³⁶?

Les tribunaux de la Colombie-Britannique semblent avoir été les plus réceptifs à l'idée d'une norme de preuve intermédiaire. La norme d'« éléments de preuve clairs et forts » utilisée dans *Jory v. College of Physicians & Surgeons (British Columbia)*³⁷ est employée régulièrement dans les affaires de discipline professionnelle dans cette province. Dans cette affaire, un médecin avait interjeté appel de la décision du collège de le déclarer coupable de conduite indigne. La Cour d'appel a déterminé que [traduction] « la norme de preuve requise dans les affaires comme celle-ci est élevée. Ce n'est pas la norme de preuve hors de tout doute raisonnable applicable en matière criminelle. Mais c'est quelque chose de plus que la stricte balance des probabilités. » La juge McLachlin (rang qu'elle occupait à l'époque) avait écrit qu'être convaincu signifie plus qu'être simplement persuadé. En conséquence, le critère à appliquer dans l'affaire consistait à déterminer si le comité de discipline était convaincu que le plaignant avait dit la vérité. Cette approche a été confirmée plus récemment par la Cour d'appel dans l'affaire *Pierce v. Law Society of British Columbia* (2002)³⁸.

Toutefois, dans l'affaire *L.C. v. Pinhas*, en Ontario, le juge Kiteley fait également mention d'une « norme civile relevée » et de la « balance accrue des probabilités »³⁹.

Tout récemment, la Cour divisionnaire de l'Ontario a affirmé, dans un jugement rendu en mars 2007 dans l'affaire *Law Society of Upper Canada v. Neinstein*⁴⁰, que la norme de preuve civile de la balance des probabilités reste la norme de preuve appropriée dans les affaires de discipline professionnelle. La juge Swinton a déclaré au nom de la majorité que [traduction] « la norme de preuve présentée au comité d'audition a été la norme civile de la balance des probabilités », mais, citant la jurisprudence antérieure de la Cour en matière de discipline

³⁴ (1988), 52 D.L.R. (4th) 272, 65 O.R. (2d) 526 (Div Ct.)

³⁵ *Supra* note 12.

³⁶ *Ibid.*, para. 61-62.

³⁷ [1985] B.C.J. No 320 SC

³⁸ [2002] B.C.J. No. 840.

³⁹ *L.C. v. Pinhas*, 2002 CanLII 2843 (ON S.C.)

⁴⁰ 85 O.R. (3d) 446.

professionnelle, elle a fait la réserve suivante : [traduction] « vu la gravité des allégations d'inconduite professionnelle et les conséquences possibles pour le défendeur, les allégations ont dû être prouvées au moyen d'éléments de preuve clairs, convaincants et forts »⁴¹. Elle a en outre précisé que, contrairement à certains commentaires juridiques indiquant qu'il en allait autrement, la gravité d'une affaire ou de ses conséquences ne porte pas la norme de preuve au-delà de la norme civile régulière; c'est plutôt [traduction] « la qualité des éléments de preuve nécessaires pour prouver les allégations [qui] augmente »⁴².

Dans son opinion divergente (pour d'autres motifs) relativement à l'affaire *Neinstein*, le juge Matlow a également affirmé que la norme civile régulière s'appliquait aux affaires de discipline professionnelle. Toutefois, il a ensuite attaqué la jurisprudence qui a donné à entendre que cette norme, du point de vue du degré de persuasion nécessaire, est souple, ou varie selon la gravité de l'affaire. Il a écrit :

[Traduction] ...à mon humble avis, il est logiquement impossible pour une personne de comprendre comment la preuve requise doit être établie « selon la balance des probabilités » et, en même temps, être faite de manière encore plus rigoureuse en raison des conséquences sérieuses en cause. Je ne peux pas comprendre non plus comment on peut logiquement relever le niveau du fardeau de la preuve dans certains cas, et exiger des « éléments de preuve clairs et convaincants » pour faire pencher la balance. La preuve applicable doit être établie soit suivant la balance des probabilités, soit selon une norme plus élevée. Elle ne peut, à mon sens, procéder à la fois de l'une et de l'autre⁴³.

À la Cour fédérale, dans l'une des premières affaires de révocation de la citoyenneté, soit *Canada (secrétaire d'État) c. Luitjens*, le juge Collier a statué que la norme de preuve à satisfaire était un « haut degré de probabilité ». [Traduction] « Nonobstant la nature civile de la procédure, les conséquences du processus, une fois achevé, sont très sérieuses, et un haut degré de probabilité est nécessaire pour justifier une conclusion »⁴⁴. Les décisions subséquentes de la Cour fédérale dans les affaires de révocation de la citoyenneté ont toutefois rejeté cette approche et ont décidé à la place que la norme de la balance des probabilités civile s'appliquait, quoique l'évaluation des éléments de preuve doit se faire avec un plus grand soin en raison des enjeux en question⁴⁵. Cette dernière jurisprudence est bien entendu, plus dans la pensée avec *Dalton Cartage*.

⁴¹ *Ibid.*, para. 54.

⁴² *Ibid.*, para. 55.

⁴³ *Ibid.*, para. 115.

⁴⁴ *Supra* note 21. Voir aussi : *Canada (Ministre de Citoyenneté et Immigration) c. Copeland*, 1997 CanLII 6392 (C.F.).

⁴⁵ *Canada (Ministre de Citoyenneté et Immigration) c. Bogutin*, 1998 CanLII 7453 (C.F.P. I.). *Bogutin* a depuis été suivi dans plusieurs autres cas semblables à la Cour fédérale, incluant : *Canada (Ministre de Citoyenneté et Immigration) c. Kisluk* (1999), 169 F.T.R. 161; *Canada (Ministre de Citoyenneté et Immigration) c. Katriuk* (1999), 156 F.T.R. 161; *Canada (Ministre de Citoyenneté et Immigration) c. Odynsky*, 2001 C.F.P.I. 138 (CanLII); *Canada (Ministre de Citoyenneté et Immigration) c. Obodzinsky*, 2003 CF 1080; *Canada (Ministre de Citoyenneté et Immigration) c. Furman*, 2006 CF 993 (CanLII); et *Canada (Ministre de Citoyenneté et Immigration) c. Skomatchuk*, 2006 CF 994 (CanLII); et autres.

Dans le rapport de 2005 sur son examen du système de plaintes contre la police en Ontario, M. le juge Lesage a décrit la norme de preuve applicable dans les affaires de discipline professionnelle d'une manière compatible avec celle de l'arrêt *Dalton Cartage*, à savoir l'observation de la norme civile traditionnelle de persuasion suivant la balance des probabilités, s'assortissant cependant du besoin d'« éléments de preuve clairs et convaincants » pour soutenir les accusations d'ordre disciplinaire⁴⁶.

La décision rendue par la Cour du Banc de la Reine de la Saskatchewan en 2004 dans l'affaire *C.M. v. Attorney General of Canada and W.S.* est également compatible avec l'approche définie dans l'arrêt *Dalton Cartage*. La Cour a alors statué que, dans toute action civile, la question de savoir si un tribunal sera satisfait ou non doit dépendre de la totalité des circonstances sur lesquelles son jugement se fonde, y compris la gravité des conséquences de ses conclusions. Dans ces affaires, la « satisfaction raisonnable » ne devrait pas être produite par des preuves inexactes, des témoignages vagues ou des déductions indirectes. La Cour doit peser et considérer la totalité des éléments de preuve. La norme de preuve ne varie pas ou ne change pas selon la nature de l'affaire. Mais, dans une affaire comportant des allégations sérieuses d'inconduite de nature criminelle, la Cour doit être satisfaite de la preuve suivant la balance des probabilités par des éléments de preuve forts et convaincants⁴⁷.

Pour sa part, la Cour suprême du Canada a eu peu à dire directement sur la question depuis sa décision dans l'affaire *Dalton Cartage*, bien qu'elle l'ait abordée en passant ou dans des commentaires en *obiter*.

Dans l'affaire *R. c. Oakes* (1986)⁴⁸, la Cour recherchait une norme de preuve appropriée pour évaluer les limites proposées des droits garantis par l'article 1 de la Charte. Le juge en chef Dickson a examiné une partie de la jurisprudence pertinente (dont *Bater*, mais non *Dalton Cartage*) et déterminé qu'un « très haut degré de probabilité » était approprié dans les circonstances. Même si la Cour ne cherchait alors pas à faire la distinction entre la norme de preuve relevée et l'examen plus soigneux des éléments de preuve, l'analyse du juge Dickson tend à être compatible avec la première de ces deux approches.

Dans l'affaire *Dr. Q c. College of Physicians & Surgeons of British Columbia* (2003)⁴⁹, la Cour a constaté que l'on utilisait régulièrement une norme intermédiaire fondée sur « des éléments de preuve clairs et convaincants » dans les affaires de conduite professionnelle en Colombie-Britannique. Le juge en chef McLachlin souligne clairement, au nom de la Cour, que la norme de preuve appropriée en première instance n'était pas le point en litige dans l'appel. De plus, elle fait remarquer que toutes les parties à l'affaire avaient accepté l'à-propos de la norme de preuve intermédiaire appliquée par le tribunal. Par conséquent, dans ce cas, la Cour a présumé plutôt que déterminé que la norme de preuve utilisée avait été correcte.

⁴⁶ Rapport sur le système ontarien de traitement des plaintes concernant la police par l'honorable Patrick J. Lesage, C.R., 22 avril 2005.

⁴⁷ *C.M.v. Le procureur général du Canada et W.S.* 2004 SKQB 175 (CanLII), para. 13-14.

⁴⁸ *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103.

⁴⁹ *Dr. Q c. College of Physicians & Surgeons (British Columbia)* [2003] SCJ No 18, para 17.

V) APPLICATION DE LA NORME DE PREUVE CIVILE DANS LES CAS DE DISCIPLINE POLICIÈRE

1. La jurisprudence

Un examen des lois et du droit jurisprudentiel des provinces révèle des similitudes et des différences dans l'application de la norme de preuve lors du jugement des plaintes relatives à la conduite de la police. Le lecteur trouvera dans le tableau joint au présent exposé un aperçu complet de la norme appliquée dans toutes les administrations.

En général, deux approches se dégagent de la jurisprudence relative aux cas de discipline policière au Canada, soit : 1) une norme de preuve intermédiaire distincte, appelée le plus communément (et de façon déroutante) norme d'« éléments de preuve clairs et convaincants »; 2) la norme civile traditionnelle, assortie de divers degrés d'insistance sur le besoin d'« éléments de preuve clairs et convaincants » pour satisfaire à la norme. Par contraste avec la jurisprudence civile générale sur la norme de preuve, l'approche de la « norme variable » tend à disparaître dans les cas de discipline policière.

Dans un certain nombre d'administrations, les lois provinciales sur les services de police traitent expressément la question de la norme de preuve applicable. Toutefois, comme on le verra, cela ne résout pas nécessairement la question.

En Colombie-Britannique, par exemple, le paragraphe 61(6) de la *Police Act* stipule que les fautes d'ordre disciplinaire doivent être prouvées selon « la norme civile »⁵⁰, ce qui, bien sûr, indiquerait que la preuve doit être établie suivant la balance des probabilités. Toutefois, dans une décision récente qui avait trait au fardeau de la preuve approprié dans une affaire comportant des allégations de recours à une force excessive qui avait entraîné la mort⁵¹, l'arbitre s'est senti obligé de suivre la décision rendue par la Cour suprême de la Colombie-Britannique en 1985 dans l'affaire *Jory v. B.C. College of Physicians and Surgeons*, où il était dit ceci :

[Traduction] La norme de preuve nécessaire dans les cas comme celui-ci est élevée. Ce n'est pas la norme de preuve hors de tout doute raisonnable applicable en matière criminelle. C'est quelque chose de plus que la stricte balance des probabilités. Les autorités établissent que les arguments présentés contre un professionnel lors d'une audience disciplinaire doivent être prouvés par une balance juste et raisonnable d'éléments de preuve crédibles (...) Les éléments de preuve doivent être assez forts pour permettre de confirmer sans risque les conclusions, avec toutes les conséquences qu'elles comportent pour la carrière de la personne et pour son statut dans la collectivité⁵².

⁵⁰ R.S.B.C. 1996, c. 367.

⁵¹ *Re Bruce-Thomas*, 2005 CarswellBC 1291 (Office of the Police Complaints Commissioner), para. 19 et 48, par Weddell, Adjud.

⁵² *Supra* note 37.

Une norme de preuve civile intermédiaire a donc été appliquée, bien que l'on ne sache pas très bien si son appellation correcte est la preuve établie selon « des éléments de preuve clairs et forts » ou suivant « une balance juste d'éléments de preuve crédibles ».

Fait intéressant à noter, on ne semble avoir accordé aucune attention à la question de savoir si l'adoption par la législature, dans l'intervalle, de « la norme civile » dans la *Police Act* aurait pu influencer sur l'applicabilité continue d'affaires comme *Jory* dans les procédures relatives à des plaintes contre la police.

Bien sûr, si l'on est d'avis que l'idée de « la norme civile » est assez large pour admettre différents degrés de probabilité – comme l'a laissé supposer lord Denning dans le jugement *Bater* – il n'y a alors aucun conflit apparent ici. Cependant, si l'on estime que le fait d'ajuster le degré de probabilité nécessaire pour prouver un fait revient à substituer une norme de preuve différente, cette application de la loi est alors plus problématique. Mais, en tout état de cause, il doit certainement être vrai que la stipulation de « la norme civile » dans la loi est incompatible avec l'application d'une norme de preuve intermédiaire distincte qui diffère de la norme civile normale.

La loi sur les services de police de Terre-Neuve-et-Labrador prescrit également la norme civile pour la révision des décisions relatives aux cas de discipline policière. Elle spécifie cependant la norme de la « balance des probabilités »⁵³. En conséquence, les juges des plaintes portées contre la police dans cette province ont rejeté l'application tant d'une norme de preuve intermédiaire distincte que d'une norme variable⁵⁴. Toutefois, cela n'a pas empêché certains d'entre eux de statuer que, plus l'allégation est sérieuse, plus la preuve nécessaire pour prouver l'inconduite suivant la balance des probabilités doit être forte⁵⁵, ce qui est compatible avec l'approche définie dans l'arrêt *Dalton Cartage*.

De même, en Nouvelle-Écosse, les règlements d'application pertinents de la *Police Act* stipulent une norme de preuve suivant la balance des probabilités⁵⁶, mais il a été statué que des éléments de preuve clairs et convaincants peuvent être nécessaires pour établir des allégations d'inconduite sérieuses⁵⁷.

Par contraste, les provinces de l'Ontario et du Manitoba ont toutes deux adopté des lois favorisant une norme de preuve fondée sur des « éléments de preuve clairs et convaincants » dans les cas de discipline policière⁵⁸. Chose intéressante, toutefois, certains arbitres des deux provinces ont résisté à interpréter leur législation comme un remplacement de la norme de preuve civile traditionnelle suivant la balance des probabilités alléguant à la place que l'exigence

⁵³ *Royal Newfoundland Constabulary Act, 1992*, c. R-17, para. 33(1).

⁵⁴ Voir : *RNCPCC and Cst Krista Clarks et al* (1994); *RNCPCC and Cst Derek Ballard* (1996); et *Bishop v. Buckle*, par Ian F. Kelly, le 2 mars 2000, page 2.

⁵⁵ *RNCPCC and Cst Krista Clarks et al* (1994); et *Bishop v. Buckle*, par Ian F. Kelly, le 2 mars 2000, page 2.

⁵⁶ Règlement de la police de la Nouvelle-Écosse aux termes de l'article 46 de la *Police Act*, R.S.N.S. 1989, c. 348, Part IV-Police Review Board, alinéa 28g).

⁵⁷ *Kelly v. Burt*, Nova Scotia Review Board, le 5 novembre 2004.

⁵⁸ *Loi sur les services policiers*, L.R.O. 1990, c. p.15, para. 64(10) – la même norme a été retenue dans la *Loi de 2007 sur l'examen indépendant de la police* (anciennement, Projet de loi 103) récemment adoptée (mais pas encore en vigueur); et *Loi sur les enquêtes relatives à l'application de la loi, 1992*, C.P.L.M., c. L75, para. 27(2).

des « éléments de preuve clairs et convaincants » réfère simplement à la qualité de la preuve nécessaire pour rencontrer la norme civile.

Dans l'affaire *Huard v. Romualdi* (1993)⁵⁹, la commission d'enquête a fait la remarque suivante au moment d'interpréter la disposition législative sur la norme de preuve : [traduction] « Il s'agit en l'occurrence d'une procédure civile, de sorte que la norme de preuve est celle de la balance des probabilités, mais le paragraphe 97(1) [la disposition de l'ancienne loi qui exigeait des “ éléments de preuve clairs et convaincants ” pour faire des allégations d'inconduite] décrit la qualité des éléments de preuve nécessaire pour satisfaire à cette norme⁶⁰. »

Pour être certain, toutefois, d'autres décisions rendues dans les cas de discipline policière en Ontario n'ont pas insisté sur cette distinction et ont fait référence à des « éléments de preuve clairs et convaincants » comme la norme de preuve applicable. Dans l'affaire *Carmichael v. O.P.P.* (1998), par exemple, la Commission civile des services policiers de l'Ontario a décrit les « éléments de preuve clairs et convaincants » comme « le fardeau de la preuve applicable » dans les cas de discipline policière⁶¹. Toutefois, lorsqu'ils tentent de décrire la norme « claire et convaincante », les arbitres dans ces cas ont tendance à référer à la qualité de la preuve nécessaire (i.e. « importante, claire et fiable »), plutôt qu'à un niveau persuasif plus élevé.⁶²

D'un autre côté, dans l'affaire *Porter v. York Regional Police* (2001), un juge de la Cour supérieure décidant une requête dans une action civile a interprété la condition de la « preuve claire et convaincante » de la *Loi sur les services policiers* en Ontario comme une norme qui est « supérieure à ce qui est trouvée dans des procès civils qui sont décidés sur la ‘balance des probabilités’ ou la ‘prépondérance de la preuve’ ». ⁶³ Toutefois, on doit noter que l'arbitre dans cette requête tentait de décider la pertinence des conclusions dans une procédure policière disciplinaire précédente à cette requête civile découlant des mêmes événements; la cour dans cette affaire civile n'a pas eu à appliquer la disposition pertinente de la *Loi sur les services policiers*. Dans un même ordre d'idées, dans une remarque incidente (« obiter »), la Cour d'appel de l'Ontario a suggéré que la condition de la « preuve claire et convaincante » dans la *Loi sur les services policiers* équivalait à une norme de preuve distincte.⁶⁴ Par contre, à l'opposé de la décision antérieure de la Cour supérieure dans *Porter*, la Cour d'appel a décrit la norme « claire et convaincante » comme étant « quelque peu supérieure » à la balance des probabilités.⁶⁵

⁵⁹ *Huard v. Romualdi* (1993), 1 PLR 317 (Commission d'enquête de l'Ontario).

⁶⁰ *Ibid.*, p. 328.

⁶¹ *Carmichael v. O.P.P.*, CCSP0, le 21 mai 1998. De même, voir : *Lloyd v. London Police Service*, O.C.C.P.S. le 21 mai 1999.

⁶² *Ibid.*

⁶³ *Porter v. York Regional Police*, 2001 CarswellOnt 2030 (SCJ) par Hermiston J., para. 11.

⁶⁴ *Canadian Civil Liberties Association v. Ontario (Civilian Commission on Police Services)*, 2002 CanLII 45090, 220 D.L.R. (4^{ième}) 86, 97 C.R.R. (2d) 271, 61 O.R. (3d) 649, para. 50.

⁶⁵ *Ibid.*

Conformément à cette opinion selon laquelle la norme civile ordinaire reste intacte, et malgré l'exigence d'éléments de preuve de haute qualité, une approche de la norme de preuve variant selon la gravité de l'accusation a été rejetée⁶⁶.

De même, au Manitoba, les juges de la Cour provinciale qui contrôlent les décisions rendues dans des cas de discipline policière ont statué que l'exigence d'« éléments de preuve clairs et convaincants » décrit la qualité des éléments de preuve nécessaire pour satisfaire à la norme de preuve civile traditionnelle de la balance des probabilités⁶⁷.

Au niveau fédéral, cependant, dans le jugement de principe *Jaworski c. Canada (Procureur général)*, [2000] – une décision de la Cour d'appel fédérale sur une révision judiciaire d'un arbitrage disciplinaire de la GRC – la Cour a décrit la norme de preuve applicable à l'audience disciplinaire en étant une balance des probabilités, mais ajouta les qualificatifs « bien qu'on la trouvera au niveau supérieur du spectre. » Cette opinion de la norme de la balance des probabilités étant mouvant dans un spectre semblerait déphasée, non seulement avec la jurisprudence de la discipline policière de toutes les provinces, mais aussi avec le refus de la Cour suprême de la norme fluctuante dans l'affaire *Dalton Cartage*. Il importe de noter que la cour dans *Jaworski* ne fait aucune référence à la jurisprudence en annulation de citoyenneté de la Cour fédérale.

2. Observations sur la jurisprudence

Cet examen de la jurisprudence relative à l'application de la norme de preuve dans les cas de discipline policière révèle un certain nombre de tendances et de dynamiques intéressantes.

À part la décision *Jaworski* de la Cour fédérale, les administrations de services policiers n'ont pas manifesté un appui important pour une norme de preuve « variable » : toute variation dans l'examen des affaires est liée à l'évaluation du poids des éléments de preuve, et non pas à des ajustements du fardeau de persuasion.

Si la mention de « degrés de probabilité » variables dans les limites de la norme civile, que l'on trouve dans *Bater*, a souvent été citée avec approbation, il semble que, au moins dans le domaine de la discipline professionnelle, cette approche a été subsumée dans une façon plus rigoureuse d'aborder l'évaluation des éléments de preuve, ou « interprétée à la baisse » comme telle. Cela est, bien sûr, compatible avec la décision rendue par la Cour suprême dans l'affaire *Dalton Cartage*.

En dernière analyse, ces deux approches apparemment différentes sont conciliables en raison de l'ambiguïté inhérente du terme « norme de preuve » lui-même. Celui-ci signifie habituellement, en langage juridique, la mesure dans laquelle le juge des faits doit être persuadé de la vérité de l'affaire qui doit être prouvée. Toutefois, selon le sens ordinaire des mots eux-mêmes, l'expression peut aussi désigner une qualité nécessaire d'éléments de preuve acceptables. Si l'on comprend que lord Denning indique que la norme de preuve est souple seulement dans ce dernier sens, une grande partie de la confusion découlant de *Bater* peut alors être rapidement dissipée.

⁶⁶ *Mowers et Hamilton-Wentworth Regional Police CCSP*, le 18 mars 1999, p. 7.

⁶⁷ Voir p. ex. : *Graham and Csts. Gillespie and Baker* (2000).

Si l'on peut effectivement concilier l'approche de la norme souple avec celle définie dans l'arrêt *Dalton Cartage*, l'opposition se situe alors réellement entre celle-ci (preuve suivant la balance des probabilités, assortie du besoin de disposer d'éléments de preuve particulièrement forts dans les affaires « sérieuses ») et l'idée d'une norme de preuve intermédiaire « claire et convaincante » qui est plus élevée que la norme civile traditionnelle, mais consiste en quelque chose de moins que la norme applicable en matière criminelle.

Cela mène à une seconde observation fondée sur l'examen de la jurisprudence relative à la discipline policière, à savoir que le concept américain d'une deuxième norme de preuve civile a seulement été adopté de manière importante en Colombie-Britannique. Même là où la loi exige expressément des « éléments de preuve clairs et convaincants » (comme en Ontario et au Manitoba), certains arbitres ont résisté à la tentation de remplacer la norme de preuve civile traditionnelle et interprété la loi comme les exhortant à être convenablement exigeants dans leur examen des éléments de preuve présentés à l'appui des allégations d'inconduite de la part de la police.

Bien sûr, il ne s'agit pas ici d'un concours de popularité. Nous devrions tous nous efforcer d'établir des systèmes de responsabilisation de la police qui servent au mieux l'intérêt public. Même si elle faisait expressément allusion à l'Alberta Law Enforcement Review Board, la Cour d'appel de l'Alberta a décrit avec à-propos, dans *Plimmer v. Calgary Police Service* (2004), le but de tous les organismes du genre :

[traduction] ...procurer un centre de réception des plaintes du public et un mécanisme d'enquête sur celles-ci en vue de mettre en équilibre le besoin de confiance du public et les droits à l'emploi du policier dans le contexte du fonctionnement sûr, efficient et efficace du service de police⁶⁸.

⁶⁸ *Plimmer v. Calgary (City Police Service)*, CanLII-2004 ABCA 175, para. 32 par Costigan JA pour la majorité.

VI) ANALYSE ET CONCLUSION

1. Normes de preuve : les solutions de rechange

À la lumière des pouvoirs exceptionnels et de la confiance qu'il leur accorde, le grand public est clairement intéressé à veiller à ce que les forces policières rendent des comptes de façon efficace. Les processus régissant les plaintes et les mesures disciplinaires doivent être accessibles et bien répondre aux allégations légitimes d'inconduite, et être ainsi perçus. Parallèlement, le traitement équitable des agents accusés d'actes répréhensibles est autant dans leur intérêt que dans celui du public. Par ailleurs, un système de reddition de comptes injuste à l'égard des agents concernés qui fait en sorte qu'il est trop facile de prouver des allégations d'actes répréhensibles ne permettra pas une reddition de comptes efficaces et minera rapidement le moral et l'efficacité des policiers.

Bien entendu, les policiers ont eux-mêmes intérêt à être associés à une profession dans laquelle les mauvais éléments et les mauvaises pratiques peuvent être exposés au grand jour et traités, et dans laquelle ils sont perçus comme étant responsables des pouvoirs exceptionnels qu'ils exercent.⁶⁹ En effet, pareils attributs distinguent les membres d'une profession de ceux qui occupent simplement un emploi.

Cela étant dit, quelle est l'interprétation de la norme de preuve qui répond le mieux à ces objectifs et valeurs de société? Dans le droit canadien, on est d'avis qu'il n'existe que deux normes de preuve : la norme criminelle et la norme civile. Il est maintenant généralement accepté que la norme criminelle ne soit réservée qu'aux affaires criminelles (bien que dans certaines juridictions, comme la C.-B., le Manitoba et l'Ontario, on a, par le passé, stipulé l'utilisation de la norme criminelle pour les mesures disciplinaires imposées aux policiers). Par conséquent, la principale solution au *statu quo* dans la plupart des juridictions est une norme intermédiaire rehaussée de preuve qui se situe quelque part entre les présumées normes de probabilité et la norme criminelle.

2. À la défense de la norme civile traditionnelle (quelle qu'elle soit)

La norme civile traditionnelle est un pilier vénérable de notre système judiciaire, même si elle n'a pas été très bien articulée. Il s'agit, après tout, de la norme qui a longtemps primé dans les questions de justice civile, par exemple dans les cas de poursuite demandant réparation sous forme de vastes sommes d'argent ou de droits de propriété appréciables, sans compter les cas de garde d'enfant et de tutelle, de reconnaissance du statut de réfugié, de détermination de la validité constitutionnelle de lois et de décisions gouvernementales, ainsi que nombre d'autres questions sérieuses et importantes qui influent sur les droits et les intérêts publics et privés.

Il semble tout à fait justifié qu'il revienne aux personnes favorables à une norme rehaussée dans les cas de discipline applicable à la police ou de discipline professionnelle en général de prouver que la norme civile traditionnelle est inadéquate.

⁶⁹ Voir p. ex. : Richard Steinecke, Will the Real Public Interest Stet Up, juillet 2003, <http://www.sml-law.com/publications/print-news.asp?DocID=3331>.

Ce qui semble en partie accroître l'attrait d'une norme de preuve rehaussée pour les questions de cas de discipline professionnelle et d'autres questions non criminelles impliquant de sérieuses allégations d'actes répréhensibles ou de conséquences graves est la perception apparente que la norme civile traditionnelle est, en quelque sorte, « trop peu élevée » pour les intérêts en jeu.

Comment se fait-il qu'une norme appliquée tous les jours dans les affaires civiles relatives à des revendications onéreuses pour dommages ou d'autres intérêts sérieux ne soit pas suffisamment élevée pour des cas de mesures disciplinaires professionnelles? Il est vrai que les actions civiles qui cherchent une compensation plutôt qu'une condamnation, cette dernière étant plus implicite dans les cas de discipline professionnelle et, bien sûr, les poursuites au criminel. Toutefois, les cas d'inconduite professionnelle peuvent également faire l'objet d'une poursuite civile. Certes, un jugement civil important pour faute professionnelle a un effet stigmatisant. Quoiqu'il en soit, arrive-t-il, à un moment donné, que les pertes financières découlant de poursuites civiles en viennent à rivaliser avec le stigmate professionnel comme « conséquence grave »?

Une partie du problème réside dans la terminologie que nous utilisons et la façon dont nous tendons à décrire la norme de preuve civile. La phrase communément utilisée « balance des probabilités » porte à croire que la responsabilité du défendeur n'a qu'à être aussi probable qu'improbable, ce qui, comme nous le savons, n'est pas le cas. Dans une affaire civile, si la preuve est telle que les affaires en litige sont à égalité, c'est-à-dire si les preuves en faveur d'une allégation ne sont pas plus convaincantes que les preuves contre elles, alors l'affaire est rejetée. La justice civile n'est pas un coup de dés. La « prépondérance des preuves » ou la « prépondérance des probabilités », expressions de plus en plus utilisées dans la jurisprudence et les travaux universitaires, sembleraient préférables en ce sens.

Cependant, la comparaison des probabilités n'est pas un concept universellement accepté comme véritable paradigme approprié. Malgré l'assurance de lord Denning que la balance des probabilités ou la formule « plus probable qu'improbable » pour décrire la norme de preuve civile est « bien établie »⁷⁰, la norme civile universelle ne peut être réduite à pareille formule. Dans une déclaration souvent citée d'un jugement de 1938 par la Haute cour de l'Australie, le juge Dixon écrivait :

[Traduction] En vérité, lorsque la loi requiert que tout fait soit prouvé, le tribunal doit être persuadé de son occurrence ou de son existence avant d'arrêter une décision. On ne peut établir de preuve à l'issue d'une simple comparaison machinale des probabilités sans croire à leur existence... Exception faite des questions criminelles que doit démontrer la poursuite, il suffit que l'on puisse conclure à l'exactitude d'une allégation de façon à ce que le tribunal soit convaincu d'une manière raisonnable.⁷¹

La citation précédente s'inscrit dans un passage plus vaste de la décision du juge Dixon, qui a été adoptée par le juge Cartwright dans son opinion individuelle de la décision de la Cour suprême

⁷⁰ *Miller v. Minister of Pensions*, [1947] 3 All E.R. 372, pp. 373-74.

⁷¹ *Briginshaw v. Briginshaw* (1938), 60 C.L.R. 336 (Aus. H.C.), pp. 361-62.

du Canada dans l'affaire *Smith c. Smith* (1952).⁷² Dans cette même affaire, le juge Rand a également parlé en termes positifs de l'analyse du juge Dixon et a même ajouté :

[Traduction] Il n'y a, ni pour les affaires civiles, ni pour les poursuites criminelles, aucune formule précise pour expliquer pareille norme; en fait, une preuve « hors de tout doute raisonnable » est, en elle-même, un avertissement et une mise en garde contre la nature grave de la procédure qu'entreprend la société. Elle n'a aucun équivalent civil prescrit, et nous ne sommes pas appelés à tenter de définir pareille formule. Mais je dois dire que l'analyse de persuasion effectuée par le juge Dixon de la Haute cour de l'Australie... est utile aux juges pour jeter l'éclairage sur ce qui est implicite dans l'esprit pour en arriver à une constatation des faits. ... Il est toujours désirable que ces processus indéfinissables deviennent de plus en plus explicites.⁷³

Il y a aussi ceux qui se demandent s'il y a même lieu de parler de niveaux de persuasion ou de croyance.⁷⁴ En d'autres termes, soit on est persuadé d'une allégation, soit on ne l'est pas. On ne peut à la fois être persuadé et entretenir de sérieux doutes. Lorsqu'il est strictement question d'affaires civiles ou administratives, ce point de vue est attrayant. L'adjudication consiste à faire l'évaluation logique de la valeur probante de la preuve et les inférences appropriées. Il s'agit d'un processus de raisonnement et non d'un exercice machinal comme peser le pour et le contre.⁷⁵

Il semble toutefois qu'il y a lieu de faire une véritable distinction entre le niveau de persuasion implicite dans la norme civile – quelle que soit la façon de la décrire – et la norme criminelle. Comme l'a indiqué lord Denning dans *Bater*, la distinction réside vraiment dans le degré de doute qui empêchera d'obtenir un verdict en faveur du parti sur qui repose le fardeau de la preuve.⁷⁶ Quelle que soit la façon dont on décrit la norme civile (ou les normes), il semble évident qu'il y a plus de place pour un doute tolérable dans un jugement civil en faveur du plaignant que dans une condamnation criminelle. En d'autres termes, un jugement civil en faveur du plaignant peut manifestement tolérer un « doute raisonnable » de son exactitude (sinon, ce serait la même chose que pour une norme criminelle). L'idée, bien sûr, est de préciser la quantité de doute possible dans un jugement civil en faveur d'un plaignant dans une condamnation criminelle.

Il semble probable qu'il n'existe aucune norme « générale » capable d'élucider le niveau minimal de persuasion ou, à l'inverse, le niveau maximal de doute permis, conformément à une responsabilité civile. Différentes questions se prêtent à différentes formes de preuve. Différentes situations et preuves se prêteront, à leur tour, à différentes façons de raisonner et d'analyser. Même s'il était possible de mesurer la persuasion et le doute de manière quantitative, il est probable que différents instruments seraient nécessaires pour les mesurer en fonction de

⁷² *Supra* note 15, para. 37.

⁷³ *Ibid.*, para. 34.

⁷⁴ *R. v. Hepworth et Fearnley*, [1955] 2 Q.B. 600, à 603, par Lord Goddard CJ; *R. v. Home Secretary; ex parte Khawaja*, *supra* note 5, à 113-14, par Lord Scarman; et Charles Nesson « The Evidence or the Event? On Judicial Proof and the Acceptability of Verdicts », (1985) 98 Harv. L. Rev. 1357.

⁷⁵ Voir aussi Rothstein, Centa and Adams, *supra* note 19, pp. 473-74.

⁷⁶ *Supra* note 3, pp. 37-38.

différentes questions et preuves. Il en va de même pour la norme de preuve criminelle hors de tout doute raisonnable. « Raisonnable » dénote la qualité et non la quantité. Ce qui suffit ou pas à constituer « un doute raisonnable » se rapporte entièrement au contexte et dépendra des questions soulevées dans l'affaire et de la preuve présentée.

Voilà peut-être ce à quoi voulait en venir lord Denning dans *Bater* avec son allusion aux « degrés de probabilité » tant dans les normes de preuve civiles que criminelles. Malheureusement, son choix de mots donne l'impression d'une norme de preuve qui fluctue d'une affaire à l'autre plutôt que d'être le défi de la preuve nécessaire pour respecter la norme qui fluctue.

Comme l'indique le juge Dixon dans *Briginshaw* :

[Traduction]...La satisfaction raisonnable n'est pas un état d'esprit que l'on atteint ou établi indépendamment de la nature et des conséquences du fait ou des faits à prouver. Elle ne signifie pas qu'une certaine norme de persuasion est fixée à mi-chemin entre la satisfaction hors de tout doute raisonnable requise dans une enquête criminelle et la satisfaction raisonnable qui, dans une affaire civile, peut, et non doit, être fondée sur une balance des probabilités. Elle signifie que la nature de la question reflète nécessairement le processus par lequel on en arrive à la satisfaction raisonnable.⁷⁷

3. La solution de rechange « claire et convaincante » n'est ni l'une ni l'autre

a) Distinguer les « preuves claires et convaincantes » des autres normes

Mais si le fait de décrire la norme de preuve civile traditionnelle est, en lui-même, problématique, à quel point sera-t-il encore plus difficile de décrire une version distincte et rehaussée de cette dernière? En fait, dans la mesure où la norme civile traditionnelle est un concept évasif et souple, comment savoir si elle est « trop peu élevée » pour certaines affaires civiles ou administratives?

L'expression « éléments de preuve clairs et convaincants », dans son sens ordinaire, se rapporte à la qualité de la preuve et ne décrit pas vraiment un degré de persuasion exigé du juge des faits pour la distinguer de la norme civile traditionnelle ou de la norme criminelle.

Certains ont suggéré que la différence entre la norme civile traditionnelle et la norme intermédiaire de « preuve claire et convaincante » peut être saisie en utilisant le terme « convaincu » plutôt que simplement « persuadé ». ⁷⁸ Il est certain que « convaincu » est plus fort que « persuadé ». Quand on dit de quelqu'un qu'il est « convaincu », on laisse entendre qu'il a un degré élevé de persuasion ou de croyance, degré généralement accompagné de très peu de

⁷⁷ *Briginshaw v. Briginshaw* (1938), 60 C.L.R. 336 (Aus. H.C.), pp. 362-63.

⁷⁸ Taylor, J. (rang qu'il occupait à l'époque) dans *J.C. v. College of Physicians and Surgeons of British Columbia*, (1988), 31 B.C.L.R. (2d) 383 (S.C.B.C.). Dans cette affaire, un psychiatre a été trouvé coupable par le Collège de conduite indigne et a été rayé de l'ordre. Pages 398-399; *Jory, supra* note 37, par McLachlin J. (rang qu'elle occupait à l'époque); et *P.L., supra* note 14.

doute, voire même aucun.⁷⁹ Comment pareil degré de persuasion peut-il se distinguer de la norme criminelle?

En effet, certains des juges qui ont tenté de définir ce qu'ils croyaient être la norme de preuve appropriée nécessairement plus élevée dans les procédures de discipline professionnelle ont reconnu qu'elle s'approchait « dangereusement de la norme criminelle ».⁸⁰

b) L'expérience américaine

Bien qu'elle ait adopté une norme de preuve civile intermédiaire il y a un certain temps, la jurisprudence des États-Unis ne semble pas avoir mieux réussi à définir pareille norme de façon à faire une distinction suffisante avec la norme civile « ordinaire » ou la norme criminelle.

Dans un article de 1999 intitulé « Clear and Convincing Evidence: How Much is Enough? », Robin Meadow, avocat californien spécialisé dans les assurances, fait l'observation qui suit et cite une évaluation encore plus pessimiste tirée d'un article savant sur le sujet publié un demi-siècle plus tôt :

[Traduction] Les efforts déployés par les tribunaux pour formuler une définition significative des « éléments de preuve clairs et convaincants » n'ont pas été particulièrement fructueux – « les décisions qui se rapportent à la signification des « éléments de preuve clairs et convaincants » et d'expressions similaires sont nébuleux et portent à confusion. »⁸¹

En Californie, la principale affaire qui définit la norme d'« élément de preuve clair et convaincant » établit un seuil de persuasion très élevé, requerrant des preuves « si claires qu'elles ne laissent aucun doute substantiel » et « suffisamment solides pour susciter l'assentiment résolu de tout esprit raisonnable ». ⁸² Meadow indique toutefois qu'il est difficile, voire même impossible, de faire la distinction avec la norme de preuve criminelle, et que les tribunaux californiens ont eux-mêmes rejeté pareille terminologie dans les directives à l'intention des jurés pour décrire la norme civile parce qu'elle ne peut être distinguée de la norme criminelle.⁸³

⁷⁹ Par exemple, le *Concise Oxford Dictionary* (10th ed., 1999), définit l'adjectif « convincing » (convaincant) (p. 312) par « leaving no margin of doubt » (ne laissant aucune marge de doute).

⁸⁰ *McKee v. College of Psychologists of B.C.* (1991) Vancouver No. 900383 (B.C.S.C.), par Thackray J.; et *P.L.*, *supra* note 14.

⁸¹ *California Insurance Law and Regulation Reporter* (Mai 1999) 116, p. 118, dont la citation de McBaine, « Burden of Proof: Degrees of Belief », (1944) 32 *California Law Review* 242, p. 254. Voir aussi : *McCormick on Evidence* (4th ed., 1992) § 340, p. 442; et James « Burdens of Proof », (1961) 47 *Virginia Law Review* 51, pp. 54-55; Lisa Pennekamp « Recent Case: Before a State May Sever Permanently the Rights of Parents in Their Natural Child, Due Process Requires That the State Support Its Allegations by at Least Clear et Convincing Evidence – *Santosky v. Kramer* », 51 *University of Cincinnati Law Review* 933, pp. 942-43; et Rebecca C. Metel « The Evidence is 'Clear et Convincing': *Santosky v. Kramer* is Harmful to Children », (2006) *Harvard Law School Student Scholarship Series*, article 11, p. 17.

⁸² *Sheehan v. Sullivan* (1899), 126 Cal. 189, p. 193 (California Supreme Court), réaffirmé dans *In re Angelica P.* (1981), 28 Cal. 3d 908, p. 919.

⁸³ Meadow, *supra* note 78, p. 119; *People v. Miller* (1916), 171 Cal. 649, p. 651; et *In re Ross' Estate* (1919), 179 Cal. 629.

La description acceptée de la norme « claire et convaincante » au Tennessee semble aussi s'approcher dangereusement de la norme de preuve criminelle hors de tout doute raisonnable : [Traduction] « [pareilles] preuves doivent dissiper tout doute sérieux ou substantiel quant à l'exactitude des conclusions à tirer des preuves présentées... pareilles preuves devraient donner lieu, dans l'esprit du juge des faits, à une conviction ou une ferme conviction de la véracité des allégations que l'on cherche à établir. »⁸⁴

Les tribunaux dans d'autres États ont également eu de la difficulté à établir une terminologie permettant de distinguer des « éléments de preuve clairs et convaincants » de la norme civile ordinaire, mais sans trop se rapprocher de la norme de preuve criminelle hors de tout doute raisonnable.⁸⁵

Dans les cours fédérales des États-Unis, la description la plus acceptée de la « norme de preuve claire et convaincante » est simplement que la preuve permette de démontrer que le fait est « très probable ».⁸⁶ Toutefois, elle semble encore plus inintelligible que la norme civile ordinaire ou la norme criminelle. Si les juges des faits comprendront probablement la notion de « plus probable qu'improbable » (description acceptée de la norme civile traditionnelle) ou la « certitude morale » essentielle à une preuve hors de tout doute raisonnable, il est moins clair qu'une personne pourra, quant à elle, discerner intuitivement quel niveau de probabilité entre ces deux normes pourrait être qualifié d'« élevé »?

Si les tribunaux et les juristes ont eux-mêmes de la difficulté à formuler une description significative de la norme « claire et convaincante », certains travaux de recherche suggèrent que les jurés et autres profanes qui participent au système judiciaire font peu de distinction entre diverses normes de preuve, du moins lorsqu'elles sont exprimées dans leurs termes juridiques habituels.⁸⁷

Dans sa décision de 1979 dans l'affaire *Addington v. Texas*, il est probable que la Cour suprême des États-Unis pesait bien ses mots lorsqu'elle a noté : [Traduction] « Nous ne pouvons probablement plus présumer que la différence entre la balance de la preuve et la preuve hors de tout doute raisonnable est probablement mieux comprise que l'une ou l'autre en relation avec la norme intermédiaire de preuve claire et convaincante. »⁸⁸

⁸⁴ *In the Matter of J.L.E.*, 2005 Tenn. App. LEXIS 384.

⁸⁵ Voir p. ex. : *Molyneux v. Twin Falls Canal Co.* (1934), 54 Idaho 619 (Idaho Supreme Court) (qui rejète l'expression « clear, positive and unequivocal » (claire, positive et sans équivoque); et *State v. King* (1988), 158 Ariz. 419 (Arizona Supreme Court) (rejecting "certain" et "unambiguous").

⁸⁶ O'Malley, *Federal Jury Practice et Instructions* (West, 2000 et 2005 supp.), § 19.03; *Colorado v. New Mexico* (1984), 467 U.S. 310, pp. 316-17; *Pattern Jury Instructions of the District Judges Association of the Sixth Circuit* (2005), Instruction No. 6.04; et, en ce qui touché les défenses d'aliénation mentale dans les procédures criminelles (également une question requérant des « éléments de preuve clairs et convaincants » aux États-Unis), voir : *Pattern Jury Instructions of the First Circuit, Criminal Cases* (1998), Instruction No. 5.07, et *Manual of Model Criminal Jury Instructions for the District Courts of the Ninth Circuit* (2000), Instruction No. 6.4.

⁸⁷ Voir: Kagehiro et Stanton, "Legal vs. Quantified Definitions of Standards of Proof" (1985), 9:2 *Law et Human Behaviour* 159; et Levine, « Do Standards of Proof Affect Decision-Making in Child Protection Investigations? » (1998) 22:3 *Law et Human Behaviour* 341.

⁸⁸ *Addington v. Texas* (1979), 441 U.S. 418, p. 425.

c) Existe-t-il vraiment un juste milieu?

Si l'on se fie à l'expérience jurisprudentielle limitée des Canadiens dans cette direction et à l'expérience beaucoup plus vaste et de plus longue date des Américains pour tenter de définir cette norme intermédiaire présumée, il y a lieu de se demander s'il existe vraiment un juste milieu possible entre la norme de preuve civile traditionnelle et la norme criminelle.

Dans leur contribution à la série de conférences spéciales sur la loi de la preuve du Barreau du Haut-Canada en 2003, les auteurs Linda Rothstein, Robert Centa et Eric Adams indiquent qu'il est, en effet, très difficile de délimiter pareil juste milieu étant donné, comme ils l'ont écrit, « si le concept d'une " probabilité de 51 p. cent " ou d'une preuve " plus probable qu'improbable " peut être compris par les décideurs [sic], le concept de 60 p. cent ou de 70 p. cent ne peut probablement pas l'être. »⁸⁹

S'il n'existe, en fait, aucune norme intermédiaire possible ou s'il n'est pas possible de l'articuler convenablement, il semblerait y avoir des risques à tenter d'en appliquer une. Les tribunaux et les arbitres pourraient être tentés de définir une norme intermédiaire en dénigrant et en réduisant efficacement la norme civile « ordinaire ». Dans la mesure où pareil mouvement est réussi, il semblerait nuire à la justice civile et administrative.

Comme l'indique, en particulier, la jurisprudence américaine, le risque le plus probable demeure, toutefois, que les tribunaux prétendant appliquer une norme intermédiaire finissent par appliquer une norme qui est, *de facto* sinon *de jure*, impossible à distinguer d'une norme criminelle.⁹⁰

d) Les procédures dans les affaires de discipline ne ressemblent pas aux poursuites criminelles

Certaines personnes pourraient être favorables à ce qu'on opte pour une norme de preuve quasi criminelle dans les procédures relatives aux mesures disciplinaires. Toutefois, je suis d'avis qu'une norme élevée de preuve criminelle doit se limiter son propre forum spécial. La norme criminelle joue un rôle unique pour défendre la liberté – anciennement la vie et la propriété – et protéger les gens du stigmate particulier d'une condamnation criminelle. Cela ne peut se comparer à une mesure disciplinaire professionnelle.

Par ailleurs, l'évolution de la norme criminelle semble être inextricablement liée à la dynamique particulière des poursuites criminelles. Dans la période où l'on reconnaissait que la norme de preuve nécessaire à une conviction criminelle était très élevée, les règles du common law en vigueur à cette époque faisaient en sorte que les procès criminels étaient des processus unilatéraux. On ne permettait la comparution de témoins assermentés en faveur de l'accusé que dans les cas de trahison et de certains autres délits en vertu de lois adoptées à la fin du 17^e et du 18^e siècle et, dans toutes les affaires criminelles, pas avant 1843.⁹¹ Entre temps, après la révolution anglaise de 1688, en réaction à des abus préalables, l'accusé, pour sa propre protection, a été jugé inapte à témoigner à son procès. Au Canada, cet état de choses a duré, à

⁸⁹ *Supra*, note 19, pp. 466-67.

⁹⁰ Voir aussi *ibid.*, p. 470.

⁹¹ Alan W. Mewett, *Witnesses*, Carswell, Toronto (1995), pp. 3-13.

quelques exceptions près, jusqu'à l'adoption du premier *Code criminel* en 1892, et pendant six années de plus en Angleterre.⁹²

Dans ces circonstances où l'on doit arrêter une décision en ne se fondant que sur une seule version des faits, il est raisonnable de dissiper tout doute contre la partie sur qui repose le fardeau de la preuve.

Même aujourd'hui, les poursuites criminelles visent principalement à remettre en question la preuve de la Couronne. Bien que l'accusé soit maintenant en mesure de présenter des preuves pour se défendre, l'ampleur du fardeau qui pèse sur la Couronne et le droit de l'accusé de garder le silence font en sorte qu'il est moins tentant pour l'accusé de présenter des arguments rigoureux pour se défendre qu'il ne le ferait autrement.

L'intention ici n'est pas de suggérer, bien sûr, que l'incapacité de l'accusé de se défendre lui-même au cours d'un procès criminel est la principale justification de la norme de preuve hors de tout doute raisonnable. Cette norme élevée se justifie toujours par le risque à la liberté et la valeur que l'on accorde à cet intérêt, ainsi qu'à l'unique stigmatisme d'une condamnation criminelle. Il faut dire, par contre, que la norme criminelle élevée qu'on impose à la Couronne est particulièrement compatible avec un processus centré sur la force d'un seul côté de l'affaire.

Bien entendu, ce concept n'a pas été le paradigme accepté dans les poursuites au civil et les procédures dans les cas de discipline professionnelle, où l'arbitre s'attend généralement à connaître les deux versions des faits. On s'attend à ce que, contrairement à un accusé criminel, un répondant ou la personne faisant l'objet d'une plainte présente des arguments concurrents, sauf lorsque les preuves présentées en faveur du plaignant sont incomplètes ou si faibles que même une preuve *prima facie* n'est pas présentée.

Toutefois, si une norme de preuve considérablement plus élevée est appliquée à pareille procédure, il est possible que les personnes faisant l'objet d'allégations d'inconduite professionnelle soient moins portées à présenter leur version des faits à l'arbitre. Il pourrait être préférable, d'un point de vue stratégique, de simplement attaquer et affaiblir les arguments du plaignant. Un plus grand nombre d'affaires pourraient être rejetées sans que la personne faisant l'objet d'une allégation ne soit entendue. La corroboration des preuves pourrait devenir une nécessité de fait.

Pareils développements pourraient être jugés préférables du point de vue de la personne faisant l'objet d'allégations, mais le processus ne répondrait alors pas aux attentes de la collectivité. On devrait s'attendre de ceux qui se disent être au service du bien public et qui exercent, par conséquent, des tâches ou des pouvoirs spéciaux qu'ils répondent à des allégations d'inconduite.

Il est vrai que les conséquences potentielles d'accusations d'inconduite portées contre des policiers et d'autres professionnels peuvent être graves, tant pour leur réputation que leur finances, car ils pourraient perdre leur carrière. Toutefois, personne n'est contraint à se joindre à un ordre professionnel. De son côté, le système de justice pénale s'applique automatiquement à tout le monde – impossible d'y échapper.

⁹² *Ibid.*, pp. 3-13 – 3-14.

Dans une optique plus générale, l'opinion selon laquelle il faudrait délibérément faire en sorte qu'il soit plus difficile de prouver des allégations d'inconduite grave paraît plutôt unilatérale et semble ne pas tenir compte des intérêts de la victime et du public de veiller à ce que pareil cas d'inconduite soit cerné et traité. L'équité et la prise en compte des intérêts des professionnels faisant l'objet d'allégations d'inconduite décrivent la façon dont les organes responsables des cas de discipline professionnelle doivent fonctionner – ce n'est toutefois pas la raison pour laquelle ils fonctionnent. Comme l'indiquent Rothstein, Centa et Adams :

[Traduction] Établir la norme de preuve à un niveau trop élevé risque d'accorder trop d'importance aux droits des professionnels et pas assez à l'intérêt du public en ce qui touche la réglementation professionnelle. Comme l'ont souvent indiqué les tribunaux, la réglementation professionnelle doit être faite dans l'intérêt du public. En Ontario, par exemple, la loi de réglementation qui vise les enseignants, les architectes, les ingénieurs et toutes les professions du domaine la santé tient compte, de façon explicite, de l'« intérêt » public en ce qui a trait à leur fonction réglementaire. Le public a clairement un intérêt pour une réglementation et des mesures disciplinaires efficaces et fiables. Une norme de preuve qui ressemble trop à la norme criminelle risque de miner indûment la capacité des réglementateurs professionnels à prendre des mesures disciplinaires dans l'intérêt du public.⁹³

e) Autre hypothèse : démontrer que l'esprit l'emporte sur la matière

Même dans les cas où les tribunaux ont rejeté une norme de preuve civile plus rehaussée, leurs exhortations à utiliser des « éléments de preuve clairs et convaincants » pour respecter la norme de preuve civile standard dans certains affaires « sérieuses » semblent étranges. Précisément dans quelles affaires judiciaires civiles les tribunaux doivent-ils rendre des jugements en fonction d'éléments de preuve qui ne soient ni *clairs* ni *convaincants*?

Il y a lieu de se demander pourquoi les cours et les tribunaux perçoivent la nécessité de stipuler soit une norme de preuve rehaussée soit une approche « spéciale » de la preuve dans les affaires impliquant des « allégations sérieuses » ou des « conséquences graves ».

Ce qui ressort de la jurisprudence étudiée, c'est que cette insistance pour que les cours et les tribunaux privilégient une approche plus prudente découle principalement de poursuites civiles impliquant des allégations de conduite criminelle ou du moins de turpitude morale, et des affaires de discipline professionnelle. Aucune exhortation à une attention spéciale de la sorte n'est ressortie de la plupart des cas de négligence, sans égard au montant du dédommagement demandé. Cependant, comme on l'a déjà laissé entendre, il est certain qu'à un moment donné, l'attribution de dommages-intérêts est une chose sérieuse, même si la cause d'action réussie n'implique aucune criminalité.

À mon avis, ce n'est pas une coïncidence que la doctrine de l'élément de preuve « clair et convaincant » (quelle que soit la façon dont on la conçoit) ait été invoquée dans des affaires impliquant des allégations de nature criminelle ou d'inconduite professionnelle, mais pas dans des affaires touchant de simples accidents ou de la négligence ordinaire.

⁹³ *Supra* note 19, p. 470.

Les cas de conduite criminelle, de turpitude morale ou d'inconduite professionnelle apportent habituellement, voire même toujours, un élément mental essentiel à la cause d'action ou à la plainte, qui n'est pas un facteur nécessaire dans les questions de simple négligence ou d'accident. Intenter des poursuites contre quelqu'un pour fraude est plus difficile que de le faire pour fausse déclaration négligente – non parce que de « meilleures preuves » sont requises, mais parce qu'il y a des éléments supplémentaires à prendre en compte pour prouver qu'il y a eu fraude.⁹⁴

C'est la même chose dans le contexte des mesures disciplinaires professionnelles. Même lorsque l'inconduite professionnelle ne se rapporte pas à un comportement criminel, un élément mental entre habituellement en jeu étant donné que les allégations d'inconduite professionnelle sont liées à l'exercice du jugement professionnel. Prouver qu'une procédure chirurgicale n'a pas amélioré la condition du patient ou l'a même empirée est une chose; prouver qu'il y a eu faute professionnelle en est une autre. Dans un même ordre d'idée, prouver qu'un policier a frappé ou abattu un suspect est une chose; prouver qu'il a usé de force excessive en est une autre.

Dans toutes ces situations, sont nécessaires des preuves ou une base appropriée pour inférer d'un certain état d'esprit ou d'une certaine connaissance des allégations de la part du sujet. La preuve de ce que la personne a fait ou n'a pas fait et le contexte objectif dans lequel elle a agi ou a omis de le faire ne feront avancer le dossier que jusqu'à un certain point, bien que ces faits puissent suffire à eux seuls dans un cas de négligence. Toutefois, si ce type de preuve est accompagné d'autres éléments *pouvant* prouver l'état d'esprit de la personne, l'affaire peut alors être renforcée, même si la source et la qualité de la preuve ne sont, en aucun cas, supérieures aux preuves avancées pour indiquer les actes posés par chacun.

Prenez, par exemple, le scénario d'un policier qui fait l'objet d'une plainte pour avoir eu recours à une force excessive contre un suspect. Si un témoin visuel peut fournir des preuves selon lesquelles le policier a traîné le suspect de force hors de son véhicule et lui a cogné le visage contre le pavé, ces preuves pourraient ne pas suffire à démontrer qu'il y a eu usage d'une force excessive. Si, toutefois, le témoin est en mesure d'attester qu'il a entendu le policier faire des remarques qui montrent que sa sécurité n'était pas sa principale motivation, ce témoignage pourrait alors suffire à prouver l'allégation faite contre le policier, selon les preuves avancées par ce dernier et l'évaluation de la crédibilité relative des témoins.

Pour prouver pareil cas, il est nécessaire de recueillir des preuves sur les divers éléments de l'inconduite présumée qui seront jugées être plus crédibles que les preuves contraires présentées par le policier. Mais en quoi cette exigence surpasse-t-elle celle qui est nécessaire pour prouver qu'il y a eu négligence ou tout autre type d'affaire pour laquelle on n'a pas privilégié l'approche

⁹⁴ Une autre explication (parfois appelée la théorie de la « probabilité antérieure ») qui est apparue dans les documents juridiques ainsi que dans la jurisprudence est que plus l'allégation est sérieuse, moins il est probable qu'elle survienne dans la vie de tous les jours (c.-à-d. qu'il est plus probable que les gens se rencontrent par hasard qu'ils commettent des agressions). Par conséquent, des preuves plus solides sont nécessaires pour prouver des événements moins probables justement parce qu'ils sont tout simplement moins probables. Voir p. ex. : *Re H (minors)*, *supra* note 10, pp. 586-87, par Lord Nicholls of Birkenhead; et Redmayne, *supra* note 1, pp. 176-77. Toutefois, cette théorie repose en partie sur des suppositions empiriques non prouvées qui dépendent souvent du contexte. Ce point de vue n'explique pas non plus pourquoi la doctrine de l'« élément de preuve clair et convaincant » n'a pas été soulevée dans, p. ex., des poursuites en responsabilité civile délictuelle qui touchent des événements ou des causes statistiquement rares.

« claire et convaincante »? À mon avis, la seule différence est qu'il y a plus d'éléments dans une accusation d'inconduite que dans une accusation de négligence, et que puisque ces éléments se rapportent à l'état d'esprit d'une personne, il est simplement plus difficile de les prouver que des faits et des événements observables.

En d'autres termes, les mesures disciplinaires qui s'appliquent aux professionnels, par exemple aux policiers, ne sont pas une question de responsabilité stricte. Elles comportent toujours un élément d'intention, de connaissance ou de jugement. Ces éléments requièrent souvent des preuves au-delà de ce qui pourrait être nécessaire pour cerner les actions physiques sous-jacentes ou les omissions, qui peuvent être sujets à interprétation. Cela ne signifie toutefois pas que ces cas exigent obligatoirement des preuves « meilleures » ou « plus solides » qu'il ne le faut pour prouver le bien-fondé des allégations simplement en s'appuyant sur des actes physiques ou des omissions, ce que l'approche « claire et convaincante » semble supposer.

Bien entendu, il sera souvent impossible de fournir de preuve directe de l'état d'esprit de la personne faisant l'objet d'une allégation. Il faudra donc faire, dans la mesure du possible, des inférences à partir des preuves dont on dispose. Toutefois, la réalité est telle qu'en raison de la nature de la question, il sera fréquemment impossible à un plaignant d'établir les éléments mentaux nécessaires pour prouver l'allégation d'inconduite professionnelle. Un tribunal n'est pas en mesure de déterminer ce qui se passait dans la tête d'un policier au moment de l'incident. C'est entendu que ces types de cas sont, par conséquent, fondamentalement plus difficiles à prouver que d'autres. Cela ne signifie pas qu'une norme de preuve rehaussée ou même une évaluation plus stricte des preuves est appliquée dans les affaires civiles ou administratives en général ou qu'elle devrait l'être.

Si l'analyse est correcte, elle suggère que l'exigence relative à l'« élément de preuve clair et convaincant » est vraiment motivée par la nécessité d'établir un degré d'intention dans le contexte de certaines procédures civiles et administratives plutôt que par la « gravité » des allégations ou celle de leurs conséquences en tant que telle. Évidemment, la distinction pourrait ne pas être d'emblée apparente puisque dans notre système juridique, une conduite responsable intentionnelle – que ce soit dans le contexte de procédures criminelles, civiles ou administratives – est toujours considérée davantage blâmable et, par conséquent, donne généralement lieu à des sanctions plus sévères.

Plus radicalement, toutefois, cette analyse suggère que la nécessité d'« éléments de preuve clairs et convainçants » puisse même être un faux-fuyant attribuable essentiellement à une mauvaise interprétation, par les tribunaux, de la véritable nature du défi ayant trait à la preuve auquel sont confrontés ceux à qui il revient d'établir des allégations d'inconduite englobant un élément mental.

4. Où cela nous mène-t-il?

Que l'hypothèse précédente soit ou non validée et acceptée au bout du compte, elle contient toutefois suffisamment d'éléments pour donner matière à réflexion aux personnes qui participent à la prise de décisions relatives aux cas de discipline applicables à la police et les pousser à se demander ce que la règle relative aux « éléments de preuve clairs et convaincants » exige vraiment d'eux et de ceux sur qui repose le fardeau de la preuve dans les cas d'allégations d'inconduite.

En attendant, bien sûr, la loi canadienne est telle que l'« élément de preuve clair et convaincant » cadre dans le paysage juridique civil et administratif, élément avec lequel la plupart des arbitres des cas disciplinaires devront continuer à composer. En effet, pour l'Ontario et le Manitoba, un « élément de preuve clair et convaincant » est une question d'orientation législative dans les cas de discipline applicables à la police. Compte tenu de la récente réforme législative, du moins en Ontario, il est peu probable que la situation change très prochainement.

Toutefois, comme en fait clairement état le présent exposé, la position dominante de la jurisprudence canadienne est que, lorsqu'elle s'applique, l'exigence de « preuve claire et convaincante » se rapporte légitimement à la qualité de la preuve et non à sa quantité ou à un fardeau de persuasion rehaussé. Si les décideurs dans les cas de discipline applicables à la police et les cours de révision accordent suffisamment d'attention à cette distinction, ils seront plus en mesure de se garder d'appliquer par inadvertance une norme de preuve rehaussée lorsqu'il est question d'allégations d'inconduite policière. Toutefois, quelle que soit l'optique juridique qu'ils choisissent, en étant conscients des approches distinctes de l'« élément de preuve clair et convaincant », les décideurs dans les cas de discipline et les tribunaux peuvent, à tout le moins, comprendre un peu mieux ce qu'ils font et pourquoi.