



Public Safety
Canada

Sécurité publique
Canada

ARCHIVED - Archiving Content

Archived Content

Information identified as archived is provided for reference, research or recordkeeping purposes. It is not subject to the Government of Canada Web Standards and has not been altered or updated since it was archived. Please contact us to request a format other than those available.

ARCHIVÉE - Contenu archivé

Contenu archivé

L'information dont il est indiqué qu'elle est archivée est fournie à des fins de référence, de recherche ou de tenue de documents. Elle n'est pas assujettie aux normes Web du gouvernement du Canada et elle n'a pas été modifiée ou mise à jour depuis son archivage. Pour obtenir cette information dans un autre format, veuillez communiquer avec nous.

This document is archival in nature and is intended for those who wish to consult archival documents made available from the collection of Public Safety Canada.

Some of these documents are available in only one official language. Translation, to be provided by Public Safety Canada, is available upon request.

Le présent document a une valeur archivistique et fait partie des documents d'archives rendus disponibles par Sécurité publique Canada à ceux qui souhaitent consulter ces documents issus de sa collection.

Certains de ces documents ne sont disponibles que dans une langue officielle. Sécurité publique Canada fournira une traduction sur demande.



Pratiques exemplaires dans les cas de violence familiale (perspective du droit pénal)



©Sa Majesté la Reine du chef du Canada
représentée par le ministre de la Justice et procureur général du Canada, 2014

ISBN 978-0-660-21750-5

Cat. No. J4-32/2014F-PDF

Pratiques exemplaires dans les cas de violence familiale (perspective du droit pénal)

Préparé par
Joseph Di Luca
Erin Dann
Breese Davies

Présenté à la
Section de la famille, des enfants et des adolescents
Ministère de la Justice du Canada

2012

*Les opinions exprimées dans le présent rapport sont celles des auteurs
et ne représentent pas nécessairement les points de vue
du ministère de la Justice du Canada.*

Also available in English

TABLE DES MATIÈRES

1.	RÉSUMÉ.....	1
2.	INTRODUCTION.....	3
3.	AVANT LE DÉPÔT DES ACCUSATIONS.....	4
3.1	Informar le plaignant potentiel.....	4
3.1.1	Assurer la sécurité du plaignant et rassembler la preuve et les arguments	4
3.1.2	Conséquences du dépôt d'une plainte à la police.....	5
3.1.3	Options offertes par le droit de la famille	6
3.2	Entrevues avec les enfants plaignants.....	7
3.2.1	Obtention de déclarations enregistrées sur bande vidéo	7
3.2.2	Environnement axé sur les besoins de l'enfant	8
4.	ARRESTATION ET MISE EN LIBERTÉ SOUS CAUTION.....	9
4.1	Introduction.....	9
4.2	Notions élémentaires concernant la mise en liberté sous caution.....	10
4.2.1	Sommations et citations à comparaître	10
4.2.2	Promesse de comparaître et engagement	11
4.2.3	Détention en vue d'une enquête sur le cautionnement.....	12
4.3	Approche du ministère public à l'égard de la mise en liberté sous caution lorsque la violence familiale est alléguée	13
4.3.1	Collecte de renseignements en vue de l'enquête sur le cautionnement	14
4.4	Conditions courantes de la mise en liberté sous caution.....	15
4.4.1	« Éviter tout contact direct ou indirect avec le plaignant, sauf par l'entremise d'un tiers qui convient aux deux parties ou conformément à une ordonnance du tribunal de la famille et seulement aux fins d'arranger et de faciliter l'accès aux enfants »	16
4.4.2	« Les contacts avec les enfants ne doivent avoir lieu que sous la supervision de l'organisme de protection de l'enfance ou conformément à une ordonnance d'un tribunal compétent »	17
4.4.3	« Contacts avec les enfants conformément à une ordonnance du tribunal de la famille postérieure à la date de la présente ordonnance » et « Contacts avec les enfants conformément à une ordonnance du tribunal de la famille »	19
4.5	Approche de l'avocat de la défense ou de l'avocat de service à l'égard de la mise en liberté sous caution.....	20
4.5.1	Veiller à ce que les conditions de la mise en liberté sous caution soient raisonnables.....	20
4.5.2	Liste de vérification de l'avocat de la défense ou de l'avocat de service	21
4.5.3	Conseiller un client mis en liberté.....	23

4.6	Manquements aux conditions de la mise en liberté sous caution	24
4.6.1	Conseils au prévenu	24
4.6.2	Conseils au plaignant	25
4.7	Modifications des conditions de la mise en liberté sous caution	25
4.7.1	Lorsque le plaignant appuie la demande de modification.....	26
4.7.1.1	Modification des conditions de la mise en liberté sous caution en prévision de l'inscription d'un plaidoyer de culpabilité	26
4.7.1.2	Engagement de ne pas troubler l'ordre public et retrait des accusations	27
4.7.2	Lorsque le plaignant s'oppose à la modification.....	28
4.7.3	Modification des conditions de la mise en liberté sous caution et révision de ces conditions	29
5.	DÉCISIONS ET PROCÉDURES PRÉALABLES AU PROCÈS	31
5.1	Introduction.....	31
5.2	Collaboration avec les autorités responsables de la protection de l'enfance	31
5.2.1	Rôle de l'organisme de protection de l'enfance.....	31
5.2.2	Collaboration avec l'organisme de protection de l'enfance.....	32
5.2.3	Admissibilité des déclarations faites aux autorités responsables de la protection de l'enfance	33
5.2.4	Liste de vérification pour les entrevues avec la SAE.....	34
5.3	Utilisation de la preuve produite dans le cadre des procédures relevant du droit de la famille dans les instances pénales	36
5.3.1	Règle de la présomption d'engagement	36
5.3.2	Protection contre l'auto-incrimination	38
5.4	Utilisation des renseignements divulgués dans le cadre de services de counseling et d'autres services de soutien dans les instances pénales	39
5.4.1	Demandes visant les dossiers détenus par des tiers	39
5.4.1.1	Régime <i>O'Connor</i>	40
5.4.1.2	Régime <i>Mills</i>	41
5.4.1.3	S'opposer aux demandes de communication de la défense	43
5.5	Utilisation des dossiers de protection de l'enfance dans les instances pénales	43
5.5.1	Enquêtes conjointes de la SAE et de la police	44
5.5.2	Dossiers de la SAE en tant que dossiers de tiers.....	44
5.5.3	Dossiers de la SAE en la possession de l'accusé	45
5.6	Utilisation des dossiers de counseling de l'accusé.....	45
5.6.1	Étude de cas – <i>R. c. Pabani</i> (1994)	45
5.6.2	Participation à un PIPV	47

5.7	Utilisation du « dossier du ministère public » dans les procédures relevant du droit de la famille et les procédures de protection de l'enfance	47
5.7.1	Règle générale – <i>P. (D.) c. Wagg</i>	48
5.7.2	Échange d'information entre les services de police et les organismes de protection de l'enfance	49
5.7.2.1	Protocoles conjoints	49
5.7.2.2	Requête aux fins de production.....	50
6.	PROCÈS	53
6.1	Tribunal intégré pour l'instruction des causes de violence familiale.....	53
6.2	Questions liées à la preuve	54
6.2.1	Témoins réticents et témoins qui se rétractent	55
6.2.2	Preuve de conduite antérieure déshonorante	57
6.2.3	Témoignages d'expert	59
6.3	Délais	59
6.3.1	« Préjudice » causé par les délais en matière pénale.....	59
6.3.2	Délais et procédures de protection de l'enfance	62
7.	DÉTERMINATION DE LA PEINE	64
7.1	Effet d'une déclaration de culpabilité, d'un engagement de ne pas troubler l'ordre public ou d'un retrait des accusations sur les procédures parallèles	64
7.1.1	Déclaration de culpabilité	64
7.1.2	Conditions rattachées aux engagements de ne pas troubler l'ordre public et conditions de probation	66
7.1.2.1	Engagement de ne pas troubler l'ordre public en tant que preuve d'un acte répréhensible	66
7.1.2.2	Création du statu quo	68
7.1.2.3	Communications entre les conjoints.....	69
7.1.3	Acquittement	70
7.2	Modification des ordonnances	71
7.2.1	Ordonnances de sursis	71
7.2.2	Ordonnances de probation.....	72
	DOCTRINE CITÉE	73
	JURISPRUDENCE CITÉE	77
	ANNEXE A	80

1. RÉSUMÉ

But du projet

Le présent rapport vise à mettre en évidence les pratiques exemplaires relatives aux affaires qui sont traitées par le système de justice pénale dans lesquelles il y a plusieurs procédures, notamment des procédures relevant du droit de la famille et des procédures de protection de l'enfance, dans le but de faire ressortir les pratiques qui favorisent la sécurité de tous les membres de la famille tout en assurant un procès équitable à la personne accusée.

Approche relative à la recherche

Les pratiques exemplaires décrites dans le présent rapport sont tirées de la littérature, d'expériences personnelles et d'entrevues avec des intervenants, des juges et des autorités responsables de la protection de l'enfance. Les défis présentés par le recoupement des procédures en matière de droit pénal, de droit de la famille et de protection de l'enfance ont été examinés et analysés par des universitaires et des intervenants. Ces défis ressortent également de la jurisprudence. Dans le présent rapport, nous tentons de passer en revue la recherche et la littérature actuelles sur la manière dont la justice pénale et la justice familiale réagissent à la violence familiale et de les mettre à profit.

Points saillants

Les pratiques qui favorisent le plus la sécurité de la famille tout en assurant un procès équitable à l'accusé sont tributaires de l'échange de renseignements entre les tribunaux pénaux et les tribunaux de la famille et de l'accès des plaignants, des accusés, des parties et des autorités de protection de l'enfance à de l'information et à des conseils juridiques pertinents.

- On considère que l'information relative aux procédures en matière de droit de la famille et de protection de l'enfance est essentielle pour rendre une décision appropriée concernant la mise en liberté provisoire (mise en liberté sous caution) de l'accusé avant le procès mais, dans le système actuel, il est très difficile de l'obtenir lors des premières étapes d'une poursuite pénale. Un système fiable d'obtention des ordonnances du tribunal de la famille et en matière de protection de l'enfance, qui ne repose pas uniquement sur l'accusé ou le plaignant, est la mesure la plus efficace pour faciliter l'élaboration de conditions de mise en liberté appropriées et justes qui favorisent la sécurité de la famille sans influencer indûment sur les procédures en matière de droit de la famille ou sans limiter de manière excessive les rapports d'un parent avec son enfant.
- Le système de justice pénale répond le mieux aux besoins des plaignants lorsque ceux-ci sont informés des conséquences d'une plainte à la police, ont leur mot à dire relativement aux conditions de la mise en liberté sous caution de l'accusé et à leur modification et comprennent leurs droits fondamentaux à l'égard de leurs dossiers confidentiels, notamment de santé et de counseling. Même lorsque des conseils juridiques et des renseignements sont fournis, la dynamique de la violence familiale fait souvent en sorte que les témoins de la poursuite sont réticents à témoigner. Ce sont les politiques et les lignes directrices du

ministère public qui reconnaissent les difficultés particulières des cas de violence familiale et qui y apportent des réponses qui assurent le mieux des poursuites efficaces.

- Une personne accusée d'une infraction criminelle qui est également partie à une procédure relevant du droit de la famille ou de la protection de l'enfance a besoin d'obtenir des conseils juridiques sur la question de savoir quels éléments de preuve produits dans une instance peuvent être admis dans l'autre (et de quelle façon). Sans cette information, les procédures parallèles en matière de droit de la famille ou de protection de l'enfance pourraient traîner en longueur, l'accusé voulant éviter de s'incriminer. La meilleure façon d'éviter des délais dans les procédures civiles et pénales est de faire en sorte que toutes les parties comprennent les conséquences négatives qu'ils peuvent avoir sur l'issue de celles-ci. De même, si les différentes instances sont bien coordonnées, les ordonnances et les décisions judiciaires seront cohérentes et assureront une protection maximale à la famille et un procès équitable à l'accusé.

2. INTRODUCTION

Le système justice pénale n'est pas traditionnellement adapté pour tenir compte des intérêts et de la complexité des relations familiales. Les procédures pénales concernant des allégations de violence familiale ont souvent un effet perturbateur sur la vie du plaignant et de l'accusé : séparation de la famille, communications limitées entre les conjoints ou les parents, déménagements, contacts restreints avec les enfants et augmentation des besoins financiers.

En outre, les affaires de violence familiale sont généralement soumises à plus d'un tribunal. Des procédures en matière pénale, de droit de la famille et de protection de l'enfance peuvent se dérouler parallèlement. La famille (y compris le plaignant, l'accusé et les enfants) peut avoir affaire à de nombreux organismes, dont la police, le ministère public, les services d'aide aux victimes, les services de santé et les organismes de protection de l'enfance.

Chaque tribunal ou organisme a ses propres priorités, méthodes, procédures et calendriers. La manière dont l'information est échangée (ou n'est pas échangée) entre les différents intervenants peut avoir une incidence considérable sur toutes les parties concernées. Un manque de coordination peut créer de la confusion, donner lieu à des ordonnances judiciaires incohérentes et avoir des répercussions sur la sécurité des membres de la famille.

Le présent rapport explore les « pratiques exemplaires » relatives aux affaires soumises au système de justice pénale qui se déroulent parallèlement à des instances devant le tribunal de la famille et à des procédures de protection de l'enfance. Il décrit les pratiques qui, du point de vue du droit pénal, favorisent le plus la sécurité des membres de la famille tout en assurant un procès équitable à l'accusé. Il suit les étapes habituelles d'une procédure pénale et tente d'examiner les questions qui surgissent généralement dans les affaires de violence familiale – des considérations préalables au dépôt des accusations à l'infliction de la peine.

3. AVANT LE DÉPÔT DES ACCUSATIONS

3.1 *Informer le plaignant potentiel*

Les allégations de violence familiale sont souvent formulées au milieu d'un conflit intense ou immédiatement après. Lorsque la police est appelée sur les lieux d'une dispute entre conjoints par exemple, aucune partie n'aura probablement obtenu un avis juridique avant qu'une plainte soit déposée et que des accusations soient portées. Dans certaines circonstances cependant, un plaignant potentiel demandera un avis juridique concernant des problèmes familiaux ou conjugaux à un avocat spécialisé en droit de la famille ou en droit pénal. Dans tous les cas, une allégation de violence familiale peut avoir de graves conséquences immédiates et durables non seulement pour le prévenu, mais aussi pour le plaignant. La personne qui envisage de porter plainte à la police pourrait vouloir prendre en considération les aspects décrits ci-dessous.

3.1.1 Assurer la sécurité du plaignant et rassembler la preuve et les arguments

Lorsqu'un plaignant potentiel lui dit qu'il est brutalisé par son conjoint ou que ce dernier maltraite les enfants du couple, l'avocat devrait prendre immédiatement des mesures pour assurer la protection de cette personne et des enfants. Il peut donner des conseils pratiques relativement à l'élaboration d'un « plan de sécurité » ou d'un « plan de sortie » et, notamment, conseiller le client au sujet :

- des dispositions à prendre en vue de trouver un autre endroit où habiter;
- de l'utilisation sécuritaire d'Internet afin de protéger sa vie privée;
- de l'obtention de renseignements personnels et financiers qui peuvent être pertinents en vue des procédures en matière familiale à venir;
- des communications avec l'école ou la garderie des enfants;
- des dispositions à prendre afin d'obtenir un soutien financier d'urgence.

Il faut recommander aux clients qui envisagent de porter plainte à la police de consigner les incidents de violence, notamment la date, l'heure et le lieu des incidents. Le client devrait noter également si des témoins ont assisté à l'incident, la forme de violence qui a été utilisée, si des blessures ont été causées et les mesures qui ont été prises après l'incident (p. ex. la victime en a-t-elle parlé à des membres de sa famille, à des amis, à des collègues ou à des organismes de soutien communautaire?).

Lorsque les actes de violence sont récents, l'avocat devrait informer le plaignant des avantages qui peuvent découler du fait de déposer immédiatement une plainte à la police et de consulter un professionnel de la santé, en se rendant à l'hôpital au besoin. Il peut être plus facile de poursuivre l'agresseur si des déclarations sont faites à la police peu de temps après les incidents, si des photos sont prises et si l'opinion de professionnels de la santé sur les blessures est obtenue (Halpern et al., 2007, p. 4-6).

Les plaignants devraient aussi être informés de leur rôle et de leurs droits dans le système de justice pénale, ainsi que de la protection que celui-ci leur offre, y compris des programmes d'aide aux victimes.

3.1.2 Conséquences du dépôt d'une plainte à la police

Contrairement à la perception populaire, un plaignant n'engage pas une poursuite contre le prévenu. La victime de violence familiale peut porter plainte à la police, mais c'est cette dernière qui décidera s'il y a lieu de déposer une accusation criminelle. Dans la plupart des ressorts canadiens, les policiers se conforment à des directives et à des politiques visant à reconnaître la dangereuse réalité à laquelle les victimes de violence familiale sont confrontées et à faire en sorte que la violence familiale soit traitée comme une affaire criminelle et non comme une affaire privée. En général, ces directives exigent que la police dépose des accusations chaque fois qu'il existe des motifs raisonnables et probables de croire qu'une infraction a été commise (Ministère de la Justice, 2003, p. 9-13). En d'autres termes, ces directives retirent à la police tout pouvoir discrétionnaire qu'elle pourrait avoir de mettre en garde une personne ou de tenter de régler le différend sans déposer d'accusations.

Bien que cette question excède le cadre du présent document, il est important de mentionner que les politiques d'inculpation obligatoire font l'objet de critiques. Des données provenant des États-Unis semblent indiquer que ces politiques peuvent, sans qu'on le veuille, avoir pour effet d'augmenter considérablement le nombre de femmes accusées de violence familiale. En Californie par exemple, le taux d'arrestation a augmenté de 136 % dans le cas des hommes, mais de plus de 500 % dans le cas des femmes, de 1987 à 2000, après l'adoption de politiques d'arrestation obligatoire (DeLeon-Granados et al., 2006, p. 359; voir aussi Barbra Schlifer Commemorative Clinic, 2011, p. 16-17).

Les bureaux du ministère public sont également guidés par des politiques « favorisant la poursuite » qui exigent que des poursuites soient intentées dans les cas de violence familiale lorsque la preuve est suffisante pour étayer une déclaration de culpabilité, peu importe ce que veut le plaignant. Les procureurs de la Couronne sont tenus d'évaluer avec une grande prudence les demandes présentées par des plaignants afin qu'une poursuite soit abandonnée, étant donné les « pressions intolérables » qui peuvent être exercées sur eux pour qu'ils fassent en sorte que les accusations soient retirées (Ontario, Ministère du Procureur général, 2005, p. 3; Canada, Ministère de la Justice, 2003).

Le *Manuel des politiques de la Couronne* de l'Ontario indique clairement que les pratiques recommandées en matière de retrait et de règlement des accusations s'appliquent aux causes de violence familiale comme à tout autre type d'accusation. Lorsqu'il décide s'il y a lieu d'intenter une poursuite, le procureur de la Couronne doit déterminer s'il existe une « perspective raisonnable de condamnation » et si la poursuite est dans l'intérêt public (Ontario, Ministère du Procureur général, 2005b). Le Manuel indique cependant que les facteurs de l'intérêt public dans les causes de violence familiale devraient être « évalués à la lumière de la nécessité primordiale de protéger les victimes. Étant donné la fréquence des actes de violence conjugale et des dangers qu'ils présentent, il sera habituellement, mais pas toujours, dans l'intérêt public d'intenter des

poursuites dans les causes présentant une perspective raisonnable de condamnation » (Ontario, Ministère du Procureur général, 2005, p. 3).

Les raisons justifiant les politiques d'inculpation et de poursuite obligatoires sont claires et les avantages de celles-ci sont considérables. Il demeure néanmoins important que les plaignants, pour qui ces politiques sont en place, soient au courant de leurs implications :

Une des préoccupations les plus importantes relativement à la politique d'inculpation obligatoire est que les femmes ne savent pas que, une fois qu'elles (ou une tierce personne comme un enfant ou un voisin) auront appelé la police, elles perdent le contrôle de la situation. Beaucoup de femmes appellent la police pour demander de l'assistance à ce moment-là, mais elles n'ont aucune intention de voir leur partenaire accusé d'une infraction pénale (Barbra Schlifer Commemorative Clinic, 2011, annexe A, p. 19).

L'avocat peut remédier à ce problème en informant le plaignant potentiel :

- que des accusations seront portées si la police estime qu'il existe des motifs raisonnables de croire qu'une infraction a été commise;
- que, selon le ressort, le prévenu sera probablement détenu par la police, habituellement jusqu'au lendemain, aux fins d'une enquête sur le cautionnement;
- que, si le prévenu est libéré sous caution jusqu'à la tenue de son procès, des conditions strictes lui seront imposées;
- qu'il est probable que ces conditions limiteront sévèrement, ou même interdiront, les contacts avec le plaignant, qu'elles restreindront l'accès à la résidence familiale et qu'elles pourraient réglementer l'accès aux enfants;
- que les conditions de la mise en liberté sous caution s'appliqueront jusqu'à ce que l'affaire soit réglée – si un procès doit avoir lieu, il pourrait être tenu plus d'un an après l'arrestation;
- qu'il est peu probable que le ministère public retire l'accusation criminelle simplement parce que le plaignant le demande.

Le plaignant qui veut mettre un terme à une relation de violence peut voir ces conséquences d'un bon œil. Par contre, elles peuvent faire réfléchir un client qui envisage de porter plainte à la police parce qu'il est en colère, et non parce qu'il a peur, ou parce qu'il veut obtenir un avantage dans le cadre des procédures relevant du droit de la famille. À cet égard, les avocats doivent prendre soin de ne pas inciter un client à aller de l'avant avec des accusations criminelles dans le but d'obtenir un avantage dans une instance civile en cours ou envisagée (Barreau du Haut-Canada, 2001, al. 4.01(2)l); Law Society of British Columbia, 2011, ch. 4, règle 2).

3.1.3 Options offertes par le droit de la famille

Les criminalistes qui conseillent un plaignant potentiel devraient lui recommander de consulter un avocat spécialisé en droit de la famille, qui pourra lui expliquer les autres options qui s'offrent à lui en plus – ou au lieu – du dépôt d'une plainte à la police. Il peut conseiller un plaignant sur l'opportunité et la possibilité d'obtenir :

- une ordonnance de ne pas faire¹;
- une ordonnance de possession exclusive de la résidence²;
- une ordonnance provisoire de garde exclusive des enfants;
- une ordonnance de soutien d'urgence lorsque le plaignant dépend financièrement du prévenu;
- une ordonnance pour conserver les biens si l'on craint que le prévenu tente de cacher ou de dissiper des biens à la suite d'une séparation³.

3.2 Entrevues avec les enfants plaignants

Malgré la fréquence de la violence faite aux enfants, il est difficile d'intenter des poursuites relativement à ce crime. Il arrive souvent que les enfants hésitent à témoigner en cour contre une personne qui leur est chère et, comme la violence est commise en privé, il y a rarement des témoins ou d'autres éléments de preuve corroborants. Pour bien présenter la preuve d'un enfant dans les affaires de violence familiale, il faut prendre les mesures appropriées au début de l'enquête, même avant qu'une arrestation soit effectuée.

3.2.1 Obtention de déclarations enregistrées sur bande vidéo

Aux termes de l'art. 715.1 du *Code criminel*, les tribunaux peuvent admettre en preuve une déclaration enregistrée sur bande vidéo dans le cadre de la preuve principale d'un enfant témoin a) si la déclaration a été faite dans un délai raisonnable après la perpétration de l'infraction, b) si le témoin peut être contre-interrogé et c) si l'utilisation de l'enregistrement vidéo n'est pas susceptible de nuire à la bonne administration de la justice. Ce qui constitue un délai raisonnable dépendra de l'ensemble des circonstances et un tribunal considérera qu'il n'est pas inhabituel pour un enfant de ne pas révéler immédiatement les mauvais traitements dont il a été victime (*R. c. L. (D.O.)*, 1993).

Selon la Cour suprême du Canada, le but premier de cette disposition est de « permettre de recueillir un compte rendu qui est probablement le meilleur souvenir de l'événement et qui sera d'une aide inestimable dans la recherche de la vérité ». Un objectif secondaire est « de prévenir ou de réduire considérablement le risque de

La Criminal Justice Act (1991) (Angleterre et pays de Galles) permet que l'enregistrement vidéo des entrevues avec un enfant constitue la preuve principale de celui-ci dans le cadre d'une instance pénale. Une étude réalisée en 1995 portant sur 640 procès dans lesquels une demande avait été présentée afin que l'enregistrement vidéo des déclarations d'un enfant soit utilisé a révélé qu'il n'y avait pas de différence importante concernant la proportion de verdicts de culpabilité entre les cas où l'enregistrement vidéo du témoignage de l'enfant avait été produit et ceux où l'enfant avait été interrogé en direct, mais les enfants étaient beaucoup moins anxieux pendant les entrevues que devant le tribunal. (G. Davies et al., 1995)

¹ En Ontario, voir, p. ex., l'art. 35 de la *Loi portant réforme du droit de l'enfance* (LPRDE) et l'art. 46 de la *Loi sur le droit de la famille* (LDF).

² L'alinéa 24(3)f) de la *Loi sur le droit de la famille*, L.R.O. 1990, ch. F.3 (LDF), prévoit expressément que l'un des facteurs qui est pris en compte pour déterminer si une partie devrait avoir la possession exclusive du foyer conjugal est « toute violence commise par un conjoint contre l'autre conjoint ou contre les enfants ».

³ Voir, p. ex., l'art. 12 de la LDF.

préjudice supplémentaire à l'enfant par suite de sa participation aux procédures judiciaires » (*R. c. F. (C.C.)*, 1997, par. 21-22).

Ainsi, prendre des mesures afin de préserver le compte rendu fait par un enfant peu de temps après les faits peut avoir une incidence importante à la fois sur l'efficacité des poursuites subséquentes et sur le bien-être de l'enfant.

3.2.2 Environnement axé sur les besoins de l'enfant

L'enregistrement vidéo de l'entrevue initiale peut être utilisé non seulement dans le cadre des poursuites pénales, mais aussi dans le cadre des procédures de protection de l'enfance, afin de réduire le traumatisme causé aux enfants lorsqu'ils doivent faire à maintes reprises le récit d'expériences douloureuses. Au cours d'une enquête relative à la violence familiale, les enfants peuvent être interrogés à de multiples reprises et pendant de longues périodes par des policiers, des travailleurs sociaux, des médecins et des procureurs de la Couronne.

La tenue de nombreuses entrevues peut causer un préjudice à l'enfant – qui doit alors raconter plusieurs fois des événements traumatisants – mais aussi jeter des doutes sur la fiabilité de son témoignage. [TRADUCTION] « Même lorsqu'un enfant qui est interrogé à de multiples reprises est en mesure de fournir un témoignage exact, la conviction qu'il a trop répété son témoignage ou que celui-ci est contaminé peut affaiblir la crédibilité de l'enfant aux yeux du tribunal. La tenue de nombreuses entrevues peut également diminuer la confiance et la collaboration de l'enfant. Dans des cas extrêmes, cela peut constituer une utilisation abusive du système. » (Australian Law Reform Commission, 1997, §14.28)

Idéalement, l'entrevue menée dans le cadre de l'enquête sera effectuée dans un environnement axé sur les besoins de l'enfant par une personne qui possède les compétences nécessaires pour interroger les enfants, en présence de représentants de la police et de tout organisme de protection de l'enfance concerné. Des endroits comme le « Zebra Child Protection Centre » à Edmonton et la « Gate House » à Toronto offrent un environnement adapté aux besoins des enfants et mettent à la disposition de la police et des travailleurs de la protection de l'enfance des appareils d'enregistrement vidéo ultramodernes. En autorisant la présence des organismes d'application de la loi et des services sociaux, les endroits de ce genre aident les enfants car ils favorisent une collecte plus efficace des renseignements, réduisent le nombre d'entrevues et la répétition des questions posées et facilitent les communications et l'échange de l'information entre les organismes. L'objectif est double : réduire le traumatisme causé à l'enfant et faire en sorte que de meilleures décisions soient rendues au terme des procédures pénales et civiles. Il faut toutefois mentionner que les enquêtes menées conjointement par la police et les autorités responsables de la protection de l'enfance auront des répercussions sur les obligations du ministère public en matière de communication de la preuve (pour une analyse approfondie, voir la section 5.5).

4. ARRESTATION ET MISE EN LIBERTÉ SOUS CAUTION

4.1 Introduction

Les dangers auxquels sont exposées les victimes de violence familiale lorsque survient une séparation sont bien connus. Selon le directeur du Centre de recherche sur la violence faite aux femmes et aux enfants de l'Université Western Ontario et membre du Comité d'examen des

[TRADUCTION] « Les enquêtes sur les décès de Gillian Hadley et d'Arlene May et la commission d'enquête sur le décès de Rhonda Lavoie ne sont que trois des nombreux exemples horribles de ce qui peut survenir lorsqu'on laisse le cycle de violence sans contrôle. Il y avait, dans ces trois affaires de meurtre suivi d'un suicide, un historique de violence familiale qui a mené à l'événement tragique et différentes conditions de mise en liberté ou de remise en liberté sous caution insuffisantes qui n'ont pas assuré une protection adéquate à l'épouse. Dans chacun de ces cas, il ressort des recommandations que les défaillances du système de mise en liberté sous caution ont été un élément majeur du défaut du système de justice pénale de tenir compte adéquatement de la dynamique de ces relations. » (Saull, 2008, p. 10-11)

décès dus à la violence familiale du Coroner en chef de l'Ontario, le psychologue Peter Jaffe, 80 % des homicides au sein de la famille surviennent au moment d'une séparation ou peu de temps après. Qu'elle soit réelle ou imminente, la séparation est l'un des facteurs de risque les plus fréquents dans les cas d'homicides familiaux. Le conjoint maltraité peut être en danger même si une plainte a été déposée à la police et que l'agresseur doit se conformer à des conditions de mise en liberté sous caution. En fait, le risque de préjudice peut augmenter si la police ou les tribunaux pénaux interviennent (Ministry of Attorney General (C.-B.), 2011, p. 1).

Ces préoccupations ont orienté les politiques et les directives données aux procureurs de la Couronne afin qu'ils agissent avec prudence lorsqu'ils consentent à la libération d'une personne accusée d'une infraction comportant de la violence familiale. Les meurtres de femmes comme Arlene May et Gillian Hadley – qui ont toutes deux été tuées par un conjoint duquel elles étaient séparées et qui était en liberté sous caution –

montrent à quel point il est essentiel que les procureurs de la Couronne et les tribunaux comprennent bien le risque que présente un accusé avant de rendre une décision concernant sa libération avant son procès.

Il faut toutefois aussi reconnaître que, dans le contexte souvent émotif d'une rupture familiale, les allégations de violence faites par un conjoint contre l'autre peuvent être exagérées ou même inventées. Des conditions restrictives de mise en liberté sous caution ne sont peut-être alors pas nécessaires. En outre, comme le juge Pugsley l'a décrit dans *Shaw c. Shaw*, de telles conditions peuvent avoir un effet préjudiciable sur les décisions qu'il convient de prendre relativement aux affaires connexes relevant du droit de la famille :

[TRADUCTION] Les tribunaux de la famille statuent sur la garde et l'accès en s'appuyant sur la loi et la jurisprudence qui définissent l'intérêt véritable des enfants, alors que le système de justice pénale n'accorde aucune attention à cet intérêt parce qu'il n'est pas préparé à le faire et que les participants ne sont pas bien informés des répercussions des actions du système – du policier qui refuse de mettre le défendeur en liberté au

poste de police à l'avocat de service qui laisse le défendeur consentir à des conditions de libération inappropriées par opportunisme – sur la vie des membres de la famille du défendeur. De même, la Cour supérieure est chargée de statuer sur le droit de chaque partie de rester dans le foyer conjugal jusqu'à ce que le litige en matière matrimoniale soit tranché. Des ordonnances interdisant à une partie l'accès à la résidence qu'elle partage avec l'autre partie jusqu'à la fin des procédures pénales qui sont rendues sans que soient prises en compte les conséquences d'une telle mesure et sans que la partie concernée dispose d'autres recours que la révision de sa mise en liberté sous caution sont fréquentes. Or, ces ordonnances accordent à une partie une supériorité sur l'autre jusqu'à ce qu'une décision soit rendue relativement aux accusations criminelles (ce qui peut prendre un an). Ce traitement, qui est réservé à toutes les affaires de violence familiale, peut mener à des allégations inventées ou exagérées de conduite criminelle, ou bien à l'inscription, dès le début du processus, d'un plaidoyer de culpabilité par un défendeur innocent par opportunisme ou parce que lui et le plaignant désirent entreprendre la reconstruction de l'unité familiale (*Shaw v. Shaw*, 2008, par. 5).

C'est dans ce contexte, où des préoccupations légitimes relatives à la sécurité doivent être considérées avec des restrictions inutiles imposées à la liberté de l'accusé et les perturbations subies par sa famille, que les décisions relatives à la mise en liberté sous caution sont prises. Nous tentons ci-dessous de décrire les pratiques exemplaires visant à équilibrer ces considérations opposées.

4.2 Notions élémentaires concernant la mise en liberté sous caution

Lorsqu'une personne est accusée d'une infraction criminelle, elle est soit libérée par la police soit placée en détention en vue d'une enquête sur le cautionnement.

Les articles 496, 497, 498, 499 et 503 du *Code criminel* régissent la manière dont la police peut mettre un accusé en liberté et le contraindre à comparaître ensuite devant le tribunal.

4.2.1 Sommations et citations à comparaître

Lorsque la police ne procède pas à l'arrestation du prévenu, celui-ci peut être contraint de comparaître au moyen d'une citation à comparaître (délivrée par la police et confirmée ensuite par un juge de paix, lorsque les accusations sont déposées) ou par une sommation délivrée par un juge de paix lorsque les accusations sont déposées. Une citation à comparaître et une sommation sont des documents officiels qui exigent d'une personne qu'elle compareaisse devant le tribunal à une date et à un endroit précis afin de répondre à une accusation criminelle. Ces documents sont généralement utilisés dans les cas les moins graves, lorsque la police ne croit pas qu'il faille imposer des conditions au prévenu et qu'elle ne craint pas que celui-ci omette de se présenter devant le tribunal. Ils ne sont pas généralement utilisés dans les cas de violence familiale.

La citation à comparaître et la sommation exigent souvent du prévenu qu'il se présente au poste de police local à une certaine date avant sa première comparution devant le tribunal afin que ses empreintes digitales soient prélevées et que des photographies soient prises. Aucune discussion sur l'infraction n'a lieu au poste de police et il n'est pas nécessaire que le prévenu soit accompagné par un avocat. Les prévenus devraient être informés qu'ils peuvent être arrêtés et inculpés d'omission de comparaître s'ils ne se présentent pas au poste de police afin que leurs empreintes digitales soient prélevées ou s'ils ne comparaissent pas devant le tribunal à la date prévue (art. 145(4) à (10)).

4.2.2 Promesse de comparaître et engagement

Si le prévenu est arrêté sans mandat, le *Code criminel* exige que l'agent qui procède à l'arrestation (art. 497) ou le fonctionnaire responsable du poste de police (art. 498) détermine si la détention est nécessaire pour :

- identifier la personne;
- recueillir ou conserver une preuve de l'infraction ou une preuve y relative;
- empêcher que l'infraction se poursuive ou se répète, ou qu'une autre infraction soit commise.

Un policier peut aussi détenir un prévenu sous garde s'il a des raisons de croire que cette personne ne se présentera pas devant le tribunal si elle est mise en liberté.

Si la détention n'est pas nécessaire, la police doit libérer le prévenu du poste de police. Pour prendre cette décision, la police tient généralement compte des antécédents du prévenu (manquements antérieurs, études, famille et emploi), des circonstances relatives à l'accusation et des souhaits du plaignant. S'il n'est pas mis en liberté par la police, le prévenu doit être conduit devant le tribunal afin qu'une audience ait lieu relativement à sa mise en liberté provisoire (« mise en liberté sous caution ») dans un délai de 24 heures, ou « le plus tôt possible » par la suite (art. 503). Les pratiques en matière de mise en liberté sous caution sont examinées plus loin.

Le prévenu qui est arrêté sans mandat et qui n'est pas détenu en vue d'une enquête sur le cautionnement peut être mis en liberté par la police 1) sur remise d'une citation à comparaître ou si une sommation est délivrée; 2) s'il remet une promesse de comparaître ou 3) s'il contracte un engagement. S'il est arrêté en vertu d'un mandat, le prévenu ne peut que remettre une promesse de comparaître ou contracter un engagement (art. 499).

La citation à comparaître et la sommation sont décrites ci-dessus. La promesse de comparaître est semblable à la citation à comparaître, mais elle doit être signée par le prévenu. Par ailleurs, l'engagement exige du prévenu qu'il respecte certaines conditions à défaut de quoi il devra verser une somme maximale de 500 \$. L'engagement peut être assorti ou non d'un dépôt d'argent.

La promesse de comparaître et l'engagement peuvent être accompagnés d'une promesse (conforme à la formule 11.1) faite par le prévenu à la police de se conformer à certaines

conditions pendant qu'il est en liberté (art. 499 et 503). La promesse peut contenir une ou plusieurs des conditions suivantes :

- demeurer dans le ressort de la juridiction;
- aviser l'agent de tout changement d'adresse, d'emploi ou d'occupation;
- s'abstenir de communiquer, directement ou indirectement, avec les personnes mentionnées dans la promesse;
- s'abstenir d'aller dans certains endroits;
- remettre son passeport;
- s'abstenir de posséder des armes à feu et remettre les permis d'armes à feu;
- se présenter à la police à certains moments;
- s'abstenir de consommer de l'alcool ou d'autres substances intoxicantes;
- s'abstenir de consommer des drogues, sauf sur ordonnance médicale;
- observer toutes autres conditions que le fonctionnaire responsable estime nécessaires pour assurer la sécurité des victimes ou des témoins.

Omettre de se conformer à une promesse constitue une infraction criminelle (art. 145(5.1)).

4.2.3 Détention en vue d'une enquête sur le cautionnement

Un grand nombre de personnes accusées d'infractions relatives à des allégations de violence familiale ne sont pas mises en liberté par la police, mais demeurent détenues en vue d'une enquête concernant la libération provisoire. Dans certains ressorts, il existe au sein des services de police une « politique non écrite » selon laquelle tous les prévenus accusés d'une infraction relative à la violence familiale sont placés en détention en vue d'une enquête sur le cautionnement. Les politiques de ce genre ne sont pas compatibles avec l'obligation d'envisager la possibilité de mettre un prévenu en liberté qui est imposée aux policiers par les art. 498 et 499 du *Code criminel*. Il est intéressant de mentionner que, dans *R. c. Rashid*, 2009, le juge du procès a conclu qu'il y avait eu violation de l'art. 9 de la *Charte* parce que l'agent qui avait procédé à l'arrestation ne s'était pas demandé s'il y avait lieu de libérer le prévenu du poste de police et s'était plutôt conformé à une politique générale exigeant que les prévenus soient gardés en détention dans les cas de violence familiale, peu importe leur situation personnelle ou la nature de l'infraction.

En règle générale, un prévenu passera une nuit au poste de police, avant d'être conduit devant le tribunal pour son enquête sur le cautionnement. Il arrive que le prévenu passe plus de temps sous garde s'il est arrêté pendant la fin de semaine ou s'il a besoin de temps pour trouver un avocat et des personnes qui acceptent de se porter caution⁴. Devant le tribunal, le ministère public peut soit consentir à la libération du prévenu à certaines conditions, soit s'y opposer, auquel cas une enquête sur le cautionnement contestée a lieu devant un juge de paix.

⁴ La personne qui se porte caution s'engage envers le tribunal à être responsable d'une personne accusée d'un acte criminel. Elle doit veiller à ce que l'accusé comparaisse devant le tribunal à l'heure et aux dates prévues et à ce qu'il respecte toutes les conditions de l'ordonnance de mise en liberté sous caution, appelée aussi engagement. La caution signe l'engagement et convient d'acquitter un montant donné si l'accusé enfreint l'ordonnance du tribunal.

Aux termes de l'art. 515 du *Code criminel*, le prévenu sera mis en liberté en attendant son procès, à moins que le poursuivant ne fasse valoir des « motifs justifiant » sa détention sous garde. Le ministère public peut invoquer trois motifs au soutien d'une demande de détention :

- 1) la demande vise à assurer la présence du prévenu au tribunal (le motif « principal »);
- 2) elle vise à assurer la protection et la sécurité du public (le motif « secondaire »);
- 3) elle vise à préserver la confiance envers l'administration de la justice (le motif « tertiaire »).

Dans certaines situations précises prévues dans le *Code criminel*, la charge est inversée et c'est le prévenu qui doit démontrer pourquoi il ne devrait pas être détenu, par exemple lorsqu'il est accusé de ne pas s'être conformé à une condition d'un engagement ou d'une promesse alors qu'il était en liberté après avoir été libéré relativement à une autre infraction qui est toujours en instance (art. 515(6)).

4.3 Approche du ministère public à l'égard de la mise en liberté sous caution lorsque la violence familiale est alléguée

La sécurité publique est bien entendu un enjeu important dans les affaires de violence familiale. Par suite des décès tragiques survenus dans plusieurs affaires très médiatisées et d'une meilleure compréhension de la dynamique de la violence familiale, de nombreux bureaux du ministère public ont élaboré des politiques particulières relatives à la mise en liberté sous caution dans les cas de violence familiale. La sécurité du plaignant et de sa famille sera le facteur prédominant dont le ministère public tiendra compte lorsqu'il exercera son pouvoir discrétionnaire en matière de poursuite.

En Ontario, les lignes directrices contenues dans le *Manuel des politiques de la Couronne* guident les procureurs de la Couronne dans l'exercice de leur pouvoir discrétionnaire. Ce manuel, comme ceux des autres provinces, exige des procureurs de la Couronne qu'ils prennent en considération des évaluations des risques détaillées effectuées par la police au moment de l'arrestation. Le ministère public tiendra compte des facteurs suivants :

- la nature de l'infraction;
- la présence de blessures et leur gravité;
- les antécédents du prévenu;
- l'historique de la relation;
- toute accusation en instance;
- tout manquement antérieur du prévenu à une ordonnance judiciaire;
- les inquiétudes du plaignant;
- l'abus de drogues et d'alcool du prévenu;
- les troubles psychiatriques;
- l'existence d'une preuve de harcèlement criminel;
- la force du dossier du ministère public;
- le niveau de violence allégué par le plaignant.

Le ministère public doit disposer de suffisamment de renseignements au sujet de ces facteurs pour prendre une décision éclairée quant à la question de savoir s'il y a lieu de demander la

détention du prévenu. Le tribunal aura besoin des mêmes renseignements pour déterminer si la détention est nécessaire et élaborer des conditions appropriées dans les cas où le prévenu est mis en liberté (*R. c. E.M.B.*, 2000). Par conséquent, il est essentiel que les bureaux du ministère public établissent des protocoles en collaboration avec les services de police locaux afin de faire en sorte que les procureurs de la Couronne disposent de suffisamment de renseignements pour mener une enquête sur le cautionnement. En Ontario, cet échange de renseignements s'effectue au moyen d'une liste et d'un formulaire obligatoires de vérification pour l'évaluation des risques. La valeur de l'évaluation des risques dépend évidemment de la fiabilité de l'information sur laquelle elle est fondée. Les policiers doivent recevoir la formation nécessaire pour bien remplir le formulaire (How, 2012).

4.3.1. Collecte de renseignements en vue de l'enquête sur le cautionnement

Comme le juge Hill l'a expliqué dans *R. c. Villota*, citant le Rapport de la Commission sur le racisme systémique dans le système de justice pénale en Ontario, les procureurs de la Couronne exercent [TRADUCTION] « un contrôle immense sur l'information relative à l'infraction et sont tenus de jouer un rôle de premier plan lors des enquêtes sur le cautionnement afin d'assurer la présence de la justice dans le régime de mise en liberté sous caution » (*R. c. Villota*, 2002, par. 70).

Les difficultés auxquelles sont confrontés les procureurs de la Couronne lors d'une enquête sur le cautionnement sont importantes et les enjeux sont considérables. C'est principalement à eux qu'incombe l'obligation de veiller à ce que le tribunal dispose de renseignements suffisants pour prendre une décision au sujet de la mise en liberté. Dans de nombreux ressorts, les bureaux du ministère public ont élaboré des lignes directrices et des directives générales dans le but d'aider les poursuivants à s'acquitter de ce rôle dans le contexte où les tribunaux chargés de ces enquêtes sont occupés.

De nombreux intervenants interrogés dans le cadre de la préparation du présent rapport ont indiqué à quel point il serait utile que le tribunal pénal – en particulier le tribunal chargé des enquêtes sur le cautionnement – ait accès aux ordonnances rendues par le tribunal de la famille ou en matière de protection de l'enfance. Selon eux, il n'est pas suffisant de compter sur le prévenu et le plaignant pour transmettre des renseignements exacts concernant l'existence et le statut des procédures civiles. Une sous-procureuse de la Couronne de Toronto, Helen How, croit que l'absence d'accès du tribunal pénal aux documents relatifs aux procédures civiles et du tribunal civil aux documents relatifs aux procédures pénales est l'une des plus grandes difficultés qui existent au regard des poursuites en matière de violence familiale. M^{me} How indique qu'elle ne peut prendre connaissance d'une ordonnance rendue par le tribunal de la famille que si le plaignant la lui montre (How, 2012). Le juge Bovard, qui a contribué à la création du tribunal intégré pour l'instruction des causes de violence familiale de Toronto et a écrit de nombreux textes et donné de nombreuses conférences sur les rapports entre le droit pénal et le droit de la famille, croit pour sa part qu'il serait utile que les tribunaux pénaux aient accès au système FRANK de suivi des causes en Ontario, le système qui gère l'information dans les affaires civiles.

Le système de gestion de l'information en Ontario a récemment fait l'objet de critiques de la part du juge Brown dans *Romspen Investment Corp. c. 6176666 Canada Ltée*. Dans un langage coloré, le juge Brown a attaqué ce qu'il appelle le système archaïque de gestion des documents et d'établissement du rôle des tribunaux de l'Ontario :

[TRADUCTION] Je suppose qu'un jour ensoleillé et inhabituellement chaud de la mi-mars on devrait être détendu et accepter sans se plaindre les défaillances systémiques et les retards du système de gestion des documents de la Cour. Le problème réside dans le fait que, du point de vue des membres du public qui utilisent la Cour, les retards causés par notre système archaïque et totalement inadéquat de gestion des documents leur imposent des coûts inutiles mais trop réels. Et pourtant l'entité qui s'occupe de cette partie du système d'administration de la Cour – la Division des services aux tribunaux du ministère du Procureur général – semble complètement indifférente à ces coûts inutiles (*Romspen*, 2012, par. 1).

Bien qu'ils aient été relevés dans le contexte d'une décision relative à un différend commercial, les défauts de la gestion de documents imprimés décrits par le juge Brown peuvent également toucher les affaires de violence familiale. Il ne fait aucun doute qu'un système judiciaire [TRADUCTION] « dans le cadre duquel les documents étaient déposés par voie électronique et auxquels il était possible d'avoir accès par le Web, les documents scellés étant chiffrés de manière à ce que seuls les juges y aient accès » aiderait les juges à prendre des décisions plus éclairées en matière familiale, pénale et de protection de l'enfance.

Dans certains ressorts, les tribunaux pénaux et les tribunaux de la famille ont élaboré des protocoles relatifs à l'échange de l'information. Par exemple, le comté de Lanark, en Ontario, a établi un protocole officiel pour les affaires de violence familiale qui mettent en cause le tribunal de la famille et le tribunal pénal (Goldberg, 2011, p. 57). Des protocoles de ce genre contribuent à faire en sorte que le tribunal pénal dispose de renseignements exacts sur les procédures relevant du droit de la famille qui sont en cours avant de rendre une ordonnance de mise en liberté sous caution.

4.4 Conditions courantes de la mise en liberté sous caution

Le tribunal qui accorde la mise en liberté sous caution à un prévenu et doit décider des conditions qu'il convient de lui imposer devrait être au courant de ce qui suit :

- les ordonnances rendues par le tribunal de la famille et les procédures en cours devant celui-ci;
- l'accès du prévenu aux enfants apparentés au plaignant;
- l'évaluation des risques effectuée par la police et la liste de vérification pour la sécurité remplie par celle-ci;
- les restrictions imposées par un organisme de protection de l'enfance;
- les antécédents ou l'absence d'antécédents du prévenu en matière de violence.

Dans les affaires comportant des allégations de violence familiale, les conditions de mise en liberté les plus courantes comprennent l'interdiction de communiquer avec le plaignant, l'interdiction de s'approcher à une distance précise de la résidence et du lieu de travail du plaignant, des restrictions relatives à l'accès aux enfants du plaignant, l'interdiction de consommer des drogues ou de l'alcool et l'interdiction de posséder des armes à feu.

Les conditions relatives aux communications et à l'accès aux enfants sont les plus difficiles à rédiger et ont souvent les répercussions les plus importantes sur les procédures relevant du droit de la famille qui se déroulent parallèlement. Le juge Bovard explique les difficultés qui peuvent découler de conditions restrictives imposées dans les affaires de violence familiale :

[TRADUCTION] Les affaires relevant du droit de la famille sont particulièrement complexes et il arrive souvent que la dynamique change constamment; les choses évoluent rapidement et le tribunal de la famille doit être en mesure de réagir à ces changements de manière utile sans être entravé par des ordonnances de mise en liberté sous caution qui lui lient les mains. Les conditions de la mise en liberté sous caution peuvent rester en vigueur pendant longtemps, ce qui fait qu'il est presque impossible de régler les questions qui surgissent au sujet du bien-être des enfants, de l'accès et de la pension alimentaire. Les gens ont besoin de communiquer entre eux pour régler ces questions. Il est particulièrement important de régler les questions qui touchent l'intérêt des enfants de la manière la plus efficace possible. Cela est difficile à faire, si ce n'est impossible, lorsqu'il n'est pas permis aux parents de communiquer entre eux (Bovard, 2009).

Dans la présente section du rapport, nous examinons des conditions courantes de la mise en liberté sous caution, nous cernons les problèmes que leur libellé peut entraîner et nous suggérons des pratiques exemplaires.

4.4.1 « Éviter tout contact direct ou indirect avec le plaignant, sauf par l'entremise d'un tiers qui convient aux deux parties ou conformément à une ordonnance du tribunal de la famille et seulement aux fins d'arranger et de faciliter l'accès aux enfants »

En utilisant cette condition, on évite l'interdiction générale des communications dont le juge Bovard et d'autres personnes ont déconseillé l'utilisation. Pour cette raison, elle présente des avantages importants comparativement à une condition qui interdit aux conjoints tout contact (p. ex. « s'abstenir de communiquer directement ou indirectement avec le plaignant »). Les interdictions absolues sont susceptibles d'empêcher tout progrès dans les procédures relevant du droit de la famille et de la protection de l'enfance qui se déroulent parallèlement et peuvent être incompatibles avec des ordonnances rendues par le tribunal de la famille relativement à la garde et à l'accès.

Ce libellé présente néanmoins certaines difficultés. En premier lieu, une condition qui exige que le plaignant consente à la nomination d'un tiers « neutre » qui sera chargé de faciliter les contacts et l'accès aux enfants peut exercer des pressions sur le plaignant au point où ce dernier se sent

obligé de donner son consentement, aggraver tout déséquilibre des pouvoirs existant et créer une autre source de tension entre les conjoints. Il pourrait être préférable d'exiger que ce tiers convienne à une personne se portant caution ou à un fonctionnaire responsable (Bovard, 2012).

En deuxième lieu, arranger et faciliter l'accès aux enfants peut faire naître de la frustration même si les conditions de la mise en liberté sous caution permettent les communications par l'entremise d'un tiers. Par exemple, l'incapacité d'un prévenu qui exerce ses droits d'accès d'aviser le plaignant d'un retard imprévu ou d'une urgence peut accroître les tensions entre eux ou même nécessiter l'intervention de la police. En conséquence, un tribunal pourrait, dans les cas appropriés, se pencher sur la question de savoir si une condition interdisant les communications pourrait inclure une exception visant les [TRADUCTION] « contacts par courriel ou message texte qui ne traitent que des mesures prises relativement à l'accès aux enfants ».

Ce genre d'exception à une ordonnance de non-communication peut ne pas convenir dans les cas comportant de graves allégations de violence familiale, où le plaignant ne se sent pas en sécurité s'il a des contacts avec le prévenu. Dans de nombreux cas moins graves cependant, une telle exception peut être utile.

En troisième lieu, la condition énoncée ci-dessus ne permet pas les contacts entre le prévenu et le plaignant par l'entremise de leurs avocats ou pour une autre fin que celle de faciliter l'accès aux enfants. Dans les faits, les procédures relevant du droit de la famille qui sont en cours seront mises en veilleuse si les parties ne peuvent pas communiquer par un quelconque moyen, même par l'entremise de leur avocat respectif.

4.4.2 « Les contacts avec les enfants ne doivent avoir lieu que sous la supervision de l'organisme de protection de l'enfance ou conformément à une ordonnance d'un tribunal compétent »

La formulation des conditions de mise en liberté appropriées concernant l'accès du prévenu à ses enfants présente un défi particulier pour les tribunaux pénaux :

(TRADUCTION) Le fait de mettre fin au contact entre les parents et les enfants peut grièvement – et souvent défavorablement – toucher leur relation pour le reste de la vie. Les ordonnances d'interdiction de communication peuvent également enrayer les tentatives de fourniture de conseils psychologiques et d'autres efforts en vue d'aborder les problèmes sous-jacents auxquels est confrontée la famille et peuvent empêcher l'évaluation utile de la question à savoir si des contacts réguliers sont dans l'intérêt véritable de l'enfant. De plus, il peut être très difficile de modifier les conditions de libération une fois qu'elles ont été imposées; les ordonnances de libération sous caution assorties d'une interdiction de communication peuvent demeurer en vigueur pendant une année ou plus dans certaines instances, malgré tous les efforts déployés par les agences de protection de l'enfance pour les faire modifier. Pour ces motifs, les juges pourraient privilégier l'élaboration de conditions de libération qui permettent aux autorités de protection de l'enfance et (ou) les tribunaux de

la famille de décider si le droit de visite devrait être accordé et selon quelles circonstances (Goldberg, 2012, p. 57).

Un certain nombre de facteurs doivent être pris en compte lorsque l'on fixe les conditions de mise en liberté, notamment les circonstances relatives à l'infraction et le fait que l'enfant est ou non le plaignant ou un témoin de l'infraction alléguée.

Dans les cas où l'enfant est le plaignant ou un témoin, il peut être nécessaire d'interdire complètement les communications jusqu'au procès. Des conditions strictes peuvent être imposées à cet égard si l'on craint 1) que les contacts entre le parent prévenu et l'enfant plaignant fassent naître (même inconsciemment) des sentiments de culpabilité ou de doute qui pourraient empêcher l'enfant de dire la vérité lors de son témoignage et 2) que le prévenu tente d'influencer le témoignage de l'enfant. Le poursuivant pourrait s'opposer à une condition qui permet au tribunal de la famille d'autoriser l'accès à l'enfant. Ce qui intéresse le tribunal de la famille, c'est l'intérêt de l'enfant, mais ce tribunal peut ne pas disposer de suffisamment de renseignements concernant l'accusation criminelle sous-jacente ou le conflit émotionnel que peut créer le fait d'avoir à témoigner devant lui (Witkin, 2007, p. 2; Joseph & Stangarone, 2009, p. 2 et 3). M^{me} How explique qu'elle est prudente lorsqu'elle s'appuie sur des ordonnances du tribunal de la famille pour définir les conditions parce que les procédures qui se déroulent devant le tribunal de la famille et celles qui se déroulent devant le tribunal pénal ont des buts différents. À son avis, les procédures civiles visent souvent la réunification de la famille, alors que les procédures pénales mettent l'accent sur les questions de sécurité et l'efficacité de la poursuite (How, 2012).

Une condition obligeant le tribunal de la famille à tenir compte des accusations criminelles lorsqu'il rend une ordonnance visant les contacts peut apaiser les préoccupations que suscite chez le ministère public la délégation du pouvoir de prendre des décisions concernant les contacts au tribunal de la famille (Goldberg, 2011, p. 54).

Dans les cas d'allégations de violence conjugale où un enfant n'est ni le plaignant ni un témoin, il est moins justifié d'imposer des conditions strictes en matière de communications. Lorsque le parent prévenu ne représente aucun danger pour l'enfant, la séparation pendant une longue période de temps peut inutilement nuire à la relation parent-enfant. Dans ces cas, il peut ne pas être approprié ni nécessaire d'exiger que les contacts soient supervisés par un organisme de protection de l'enfance. Les organismes de protection de l'enfance ont des ressources limitées pour superviser les visites parentales. Par conséquent, les contacts entre le parent prévenu et l'enfant sont susceptibles d'être restreints non pas en raison d'inquiétudes liées à la sécurité, mais simplement à cause d'un manque de ressources.

La condition énoncée ci-dessus, qui permettrait les contacts avec les enfants sous la supervision de l'organisme de protection de l'enfance ou en vertu d'une ordonnance rendue par un tribunal compétent crée des difficultés considérables parce qu'elle peut mener à des ordonnances contradictoires de la société d'aide à l'enfance (SAE) et du tribunal de la famille.

En outre, comme le juge Bovard l'explique, la SAE peut ne pas vouloir jouer un rôle de supervision. Les organismes de protection de l'enfance qui n'ont pas de rapports avec la famille

peuvent refuser de participer à l'exécution des ordonnances de mise en liberté sous caution et faire valoir qu'ils n'ont pas le mandat de superviser l'accès de tous les parents ayant des démêlés avec la justice pénale. Même lorsque la SAE est disposée à superviser l'accès, celui-ci peut tout au mieux être sporadique. Des problèmes en matière de ressources limitent considérablement les cas où les organismes de protection de l'enfance peuvent jouer un rôle de supervision. Pour ces raisons, le juge Bovard estime que le tribunal de la famille est réellement le mieux placé pour prendre en considération l'ensemble des circonstances lorsqu'il faut trancher des questions d'accès et pour rendre une décision qui est dans l'intérêt de l'enfant. Kate Kehoe abonde dans le même sens :

[TRADUCTION] La loi confère aux organismes de protection de l'enfance le mandat d'assurer la sécurité et le bien-être des enfants. Ces organismes peuvent fournir aux familles des services visant à les rassurer et à les protéger. Cependant, les ordonnances qui se bornent à prévoir l'exercice du droit d'accès selon les instructions de l'organisme de protection de l'enfance n'autorisent aucune modulation, même si le juge du tribunal de la famille est d'avis que les décisions prises par l'organisme de protection de l'enfance, dans l'exercice de son pouvoir discrétionnaire, ne sont pas dans l'intérêt de l'enfant. En outre, les ordonnances prévoyant l'accès « sous la supervision d'un organisme de protection de l'enfance » peuvent mettre cet organisme dans une position difficile. Dans certains cas, bien que l'organisme n'ait aucun motif réel de s'adresser à la justice et bien qu'il soit d'avis que la sécurité de l'enfant peut être assurée sans ordonnance (par exemple, avec la supervision d'un membre de la famille ou du centre d'accès surveillé), il se verra obligé d'entreprendre une procédure judiciaire pour pouvoir exécuter l'ordonnance du tribunal pénal parce qu'il ne reçoit aucun financement pour superviser les visites sauf lorsque celles-ci sont prévues dans une ordonnance d'un tribunal de la famille (Kehoe, p. 4).

Il semble exister un certain consensus quant au fait que les organismes de protection de l'enfance ne devraient pas être chargés de superviser l'accès en vertu des conditions de la mise en liberté. Toutefois, si un tribunal souhaite néanmoins imposer ce type de condition, il pourrait être utile de préciser le nombre minimal d'occasions où l'accès devra être facilité (p. ex.

[TRADUCTION] « contacts avec les enfants sous la supervision de l'organisme de protection de l'enfance au moins une fois par semaine »). Une telle mesure ne règle pas tous les problèmes mentionnés ci-dessus, mais elle assure une certaine cohérence à l'exercice du droit d'accès.

4.4.3 « Contacts avec les enfants conformément à une ordonnance du tribunal de la famille postérieure à la date de la présente ordonnance » et « contacts avec les enfants conformément à une ordonnance du tribunal de la famille »

Lorsque la mise en liberté sous caution est assortie de la condition selon laquelle les contacts avec les enfants sont autorisés en vertu d'une ordonnance rendue par le tribunal de la famille, il faudrait préciser que l'ordonnance en question est celle qui est *postérieure* à l'ordonnance de mise en liberté sous caution. Une ordonnance rendue par le tribunal de la famille *avant* l'arrestation du prévenu peut ne plus convenir compte tenu des allégations criminelles. Par

exemple, une ordonnance du tribunal de la famille permettant au parent n'ayant pas la garde de l'enfant d'avoir fréquemment accès à celui-ci ne devrait pas continuer de s'appliquer si ce parent est accusé d'avoir agressé l'enfant. Le juge Bovard semble penser que le terme « postérieure » crée inutilement de la confusion pour de nombreux prévenus. Ce terme pourrait être remplacé par l'expression « rendue après la présente ordonnance de mise en liberté sous caution ».

Si un tribunal détermine qu'il est nécessaire d'imposer une condition limitant les contacts entre un prévenu et ses enfants, la condition « contacts avec les enfants conformément à une ordonnance du tribunal de la famille postérieure à la date de la présente ordonnance » est probablement la meilleure solution. Même ce type de disposition pose problème cependant parce qu'en pratique une ordonnance rendue par le tribunal de la famille peut limiter de manière importante l'accès d'un parent prévenu. Le juge Bovard explique que plusieurs mois peuvent s'écouler avant que le tribunal de la famille se penche sur une demande d'accès et que, pendant ce temps, le parent prévenu et l'enfant ne peuvent pas avoir de contacts. Le délai peut être encore plus long si les parents ou l'un d'eux ne sont pas représentés par un avocat. Selon le juge Bovard, jusqu'à 70 % des parties dans les affaires familiales qui sont instruites par la Cour de justice de l'Ontario ne sont pas représentées par un avocat (Bovard, 2012). Dans certains cas, le retard qui en résulte au regard des contacts entre un parent et un enfant ne peut être évité, mais une interdiction de communiquer ne sera pas nécessaire dans tous les cas.

Il est peu probable qu'un juge de paix occupé qui travaille dans un palais de justice provincial surchargé dispose, à l'enquête sur le cautionnement, de renseignements suffisants – notamment des renseignements fiables sur la dynamique de la famille et les relations antérieures entre les parents et les enfants – pour rendre une décision appropriée en matière d'accès. C'est dans ce contexte que le tribunal chargé des enquêtes sur le cautionnement doit s'acquitter d'une tâche difficile : évaluer, en ne disposant que de peu de renseignements sur la manière dont les autres tribunaux traiteront la famille, les risques auxquels les enfants ou les autres membres de la famille sont exposés. Les pratiques exemplaires qui font en sorte que les tribunaux chargés des enquêtes sur le cautionnement disposent du plus de renseignements possible sont examinées dans d'autres sections du rapport. Lorsque le tribunal chargé de l'enquête sur le cautionnement est convaincu, après avoir pris en considération l'information disponible, que le fait d'avoir des contacts avec le prévenu n'expose manifestement pas les enfants à un danger, il pourrait être préférable de laisser au tribunal de la famille le soin de prendre les décisions relatives à l'accès et à la garde. Il peut toutefois arriver, si les conditions de la mise en liberté sous caution ne règlent pas les questions d'accès, qu'aucune ordonnance judiciaire ne régit les rapports entre un parent prévenu et un enfant pendant une certaine période.

4.5 Approche de l'avocat de la défense ou de l'avocat de service à l'égard de la mise en liberté sous caution

4.5.1 Veiller à ce que les conditions de la mise en liberté sous caution soient raisonnables

Le fait d'être détenu peut imposer des pressions intolérables à un prévenu, en particulier s'il n'a jamais eu auparavant de démêlés avec le système de justice pénale, et l'inciter à plaider coupable alors qu'il n'a aucune raison de le faire. Il devient donc essentiel de négocier une libération

rapide du client. Il est tout aussi important cependant que le client veuille et puisse se conformer aux conditions de sa mise en liberté sous caution. Il sera difficile de modifier les conditions qui ont été convenues afin que le prévenu soit libéré le plus vite possible, en particulier lorsque ces conditions ont été négociées par un avocat de la défense expérimenté. Dans *R. c. Bain* par exemple, le prévenu, qui était l'ex-conjoint, a été libéré avec le consentement du ministère public à la condition notamment qu'il ne s'approche pas à moins de 200 mètres du foyer conjugal. Cette condition était prévue dans l'engagement contracté par le prévenu malgré le fait qu'au moment de son arrestation il habitait à cet endroit, la plaignante habitait ailleurs et les deux conjoints avaient fait appel au tribunal de la famille pour régler la question de la possession du foyer conjugal. Le juge Shaw a statué que ce n'était pas le rôle des tribunaux pénaux de modifier les conditions de la mise en liberté sous caution afin d'« équilibrer les chances » devant le tribunal de la famille (*R. c. Bain*, 2009, par. 13).

En plus de s'occuper des questions relatives aux communications avec le plaignant et à l'accès aux enfants qui ont été abordées ci-dessus, l'avocat de la défense devrait également veiller à ce que les conditions de la mise en liberté sous caution ne placent pas le prévenu dans une position plus désavantageuse que ce qui est absolument nécessaire devant le tribunal de la famille. Il devrait, par exemple, veiller à ce que le prévenu soit autorisé à retourner dans le foyer conjugal, en compagnie de la police, afin de récupérer des effets personnels. Si des procédures sont en cours devant le tribunal de la famille (notamment s'il y a une demande de garde, d'accès ou de pension alimentaire), le prévenu aura besoin de documents personnels et financiers, notamment des relevés bancaires, des déclarations de revenus, des talons de chèque de paie, son passeport, etc. Les conditions de la mise en liberté sous caution qui restreignent l'accès à la résidence familiale peuvent également constituer dans les faits des ordonnances relatives à la possession exclusive de la résidence familiale. De même, les restrictions concernant les contacts avec les enfants qui sont prévues dans l'ordonnance de mise en liberté sous caution peuvent créer un statu quo en ce qui concerne les questions de garde et d'accès.

4.5.2 Liste de vérification de l'avocat de la défense et de l'avocat de service

Comme nous l'avons mentionné précédemment, les évaluations des risques jouent un rôle important dans l'exercice du pouvoir discrétionnaire du ministère public dans les affaires de violence familiale, notamment en ce qui a trait aux décisions relatives à la mise en liberté sous caution. L'avocat de la défense doit être prêt à répondre aux préoccupations du procureur de la Couronne et à les apaiser. Il sera mieux placé pour négocier des conditions de mise en liberté réalistes s'il dispose des renseignements suivants :

- Le client a-t-il des enfants?
- Quelles incidences aura l'ordonnance de mise en liberté sous caution sur son accès aux enfants?
- À quelles procédures devant le tribunal de la famille votre client est-il partie, le cas échéant? Divorce? Garde et accès? Pension alimentaire pour l'enfant ou le conjoint? Protection de l'enfance?
- Quand la prochaine audience aura-t-elle lieu?
- Le client a-t-il un avocat spécialisé en droit de la famille?

- Le tribunal de la famille a-t-il rendu des ordonnances concernant la garde et l'accès ou la possession exclusive du foyer conjugal?
- Les circonstances relatives à l'allégation rendent-elles l'ordonnance antérieure inappropriée?
- Les circonstances permettent-elles à l'avocat de soutenir qu'il serait préférable de laisser le tribunal de la famille trancher la question de l'accès?
- Une évaluation des risques a-t-elle été effectuée par le procureur de la Couronne ou la police? Dans l'affirmative, le procureur de la Couronne peut-il en fournir une copie?

Un prévenu est souvent assisté, à l'enquête sur le cautionnement, d'un avocat de service qui n'a jamais eu de rapports avec lui dans le passé et pour qui il est difficile de trouver les réponses à ces questions. L'avocat de service devrait demander au prévenu s'il a un avocat spécialisé en droit de la famille ou si un avocat le représente relativement aux procédures de protection de l'enfance. Cet avocat peut être une source inestimable de renseignements qui peut être consultée rapidement.

Il est important de mentionner que de nombreux prévenus accusés d'une infraction en matière de violence familiale ne sont pas représentés par avocat pendant tout le processus pénal. Comme M^{me} How l'explique, en Ontario, les personnes ne sont pas admissibles à l'aide juridique à moins qu'elles ne soient susceptibles d'être condamnées à une peine d'emprisonnement si elles sont reconnues coupables *et* qu'elles satisfassent à des exigences financières strictes (How, 2012).

Le ministère public est susceptible d'avoir rassemblé des renseignements généraux avec l'aide du service de police qui a mené l'enquête, notamment sur les incidents antérieurs, les observations du plaignant et les évaluations des risques. Si le ministère public veut se servir de ces renseignements au cours de l'enquête sur le cautionnement, il doit les communiquer au prévenu. L'avocat de service devrait autant que possible examiner ces renseignements et en discuter avec le prévenu avant l'audience (Legal Aid Ontario, p. 49).

Les outils actuariels d'évaluation des risques, comme l'Évaluation du risque de violence familiale en Ontario (ODARA), peuvent être utilisés par la police et remis au ministère public avant l'enquête sur le cautionnement. Les résultats des évaluations des risques et les rapports en faisant état ne sont pas admissibles en preuve, à moins qu'un expert capable de les interpréter et d'exprimer une opinion sur leur validité en tant que prédicteur d'un comportement ne témoigne. Par contre, les *faits* sur lesquels repose l'évaluation des risques peuvent être présentés en preuve (Nova Scotia Public Prosecution Service, 2009, p. 2).

Dans de nombreux ressorts, le procureur de la Couronne adoptera une approche prudente à l'égard de la mise en liberté sous caution dans les affaires de violence familiale. Il peut demander la détention du prévenu même si ce dernier n'a pas de casier judiciaire et ne fait pas l'objet d'accusations en instance. Lorsque le procureur de la Couronne consent à la libération du prévenu, c'est souvent seulement lorsque les conditions exigent que le prévenu habite avec une personne qui se porte caution. Le manuel sur la mise en liberté sous caution rédigé par Aide juridique Ontario à l'intention des avocats de service rappelle à ces derniers qu'il leur incombera souvent de protéger le dossier et de [TRADUCTION] « rappeler à maintes reprises au tribunal les exigences de l'art. 515 du *Code criminel* », selon lequel il incombe au ministère public de justifier chaque forme de libération de plus en plus restrictive. Les cas dans lesquels la « violence

familiale » est alléguée varient largement. Il faut s'opposer à la tendance qui consiste à considérer en bloc tous ces cas et à imposer les mêmes conditions rigoureuses dans tous les cas. L'annexe A renferme une liste de décisions judiciaires qui peuvent être utiles dans le cadre d'une enquête sur le cautionnement.

L'avocat qui représente un prévenu à une enquête sur le cautionnement devrait veiller, dans la mesure du possible, à ce que les conditions de mise en liberté :

- permettent au prévenu de retourner dans le foyer conjugal, en compagnie de la police, afin d'y récupérer des effets personnels, notamment des documents financiers;
- ne limitent pas les contacts entre le prévenu et le plaignant de manière à ne pas empêcher le prévenu de régler le différend familial (p. ex. éviter les conditions qui interdisent *tout contact* entre le prévenu et le plaignant, sans exception);
- précisent les modalités minimales relatives à l'accès aux enfants lorsqu'une interdiction complète n'est pas justifiée;
- ne limitent pas la capacité de travailler du prévenu.

4.5.3 Conseiller un client mis en liberté

La personne qui est accusée d'une infraction relative à la violence familiale et qui a passé une nuit en détention ressent souvent un certain choc lorsqu'elle prend conscience de sa situation. À cause de cet état de choc, il peut lui être difficile de prendre les mesures nécessaires pour régler les nombreuses questions urgentes concernant l'instance pénale, mais également les procédures en matière familiale.

L'avocat de la défense devrait conseiller au client de retenir le plus vite possible les services d'un avocat spécialisé en droit de la famille et lui en recommander certains. Le prévenu pourrait devoir répondre à des requêtes urgentes déposées sans préavis par le plaignant ou présenter ses propres demandes. Par exemple, il pourrait envisager de présenter l'une des demandes urgentes suivantes afin de préserver sa relation avec les enfants et d'empêcher la création d'un statu quo en ce qui concerne la garde et la possession du foyer conjugal :

- une demande d'ordonnance d'urgence concernant l'accès aux enfants. Ce type de demande devrait être faite dès que le tribunal pénal a imposé des conditions qui ne prévoient pas l'accès;
- une demande d'ordonnance d'accès supervisé si les conditions de la mise en liberté sous caution l'exigent. Lorsqu'une telle condition est imposée, l'avocat de la défense pourrait demander qu'il soit prévu que la personne chargée de la supervision soit tenue de lui remettre des rapports sur l'accès ou de remettre de tels rapports au tribunal, en particulier lorsque le prévenu croit que ces rapports lui seront favorables (ou pourraient démontrer les tentatives d'aliénation parentale du plaignant);
- une demande d'ordonnance interdisant que les enfants soient amenés hors du ressort si le prévenu croit que le plaignant risque de prendre la fuite;

- une demande d'ordonnance conservatoire visant à empêcher la dilapidation des biens du conjoint (Halpern et al., 2007, p. 14 et 15)⁵.

Lorsqu'un prévenu est incapable de retenir les services d'un avocat spécialisé en droit de la famille, l'avocat de la défense peut le diriger vers les ressources offertes aux parties non représentées.

Afin d'assurer la rédaction efficace des demandes et des réponses, l'avocat spécialisé en droit de la famille devrait être informé de la nature des allégations criminelles visant le prévenu et des conditions dont est assortie sa mise en liberté sous caution, le cas échéant. Lorsque des affidavits sont préparés au soutien des demandes ou des réponses, il est utile que leur contenu soit examiné par l'avocat chargé des procédures pénales. Comme nous le verrons plus loin, les documents déposés devant le tribunal de la famille peuvent constituer une source exceptionnelle en vue du contre-interrogatoire qui sera mené au cours du procès criminel.. Le prévenu et le plaignant doivent faire en sorte que les déclarations faites et les positions prises dans le contexte du droit de la famille ne contredisent pas celles faites et prises devant le tribunal pénal.

4.6 *Manquements aux conditions de la mise en liberté sous caution*

4.6.1 *Conseils au prévenu*

Il est essentiel de bien expliquer au client les conséquences d'un manquement aux conditions de la mise en liberté sous caution. Les clients doivent savoir que, s'ils manquent à une condition de leur mise en liberté sous caution (ou à une promesse remise à la police), ils seront placés à nouveau en détention et il leur sera beaucoup plus difficile d'obtenir une mise en liberté sous caution alors que pèse contre eux une accusation d'avoir manqué aux conditions qui leur avaient été imposées, en particulier en raison des dispositions qui inversent la charge de la preuve (art. 145 et art. 515(6)c)). Si le concept semble simple, la dynamique en cause dans les cas où la violence familiale est alléguée complique souvent les choses.

Les clients seront probablement contrariés par la lenteur du système de justice pénale et ils voudront rétablir les communications avec le plaignant et même retourner habiter avec lui. Le plaignant qui le veut également peut exercer des pressions considérables sur le prévenu.

Il faudrait recommander aux clients de résister à la tentation. Des données empiriques semblent indiquer que, lorsque le prévenu et le plaignant reprennent contact, les discussions se transforment souvent en disputes au sujet des accusations en instance et peuvent donner lieu à une accusation de manquement aux conditions de la mise en liberté sous caution. Il faudrait aussi dire aux clients qu'il y aura manquement à ces conditions mêmes si c'est le plaignant qui tente de reprendre contact et que le prévenu doit mettre fin aux contacts sur-le-champ. Les prévenus

⁵ Aux termes de l'art. 12 de la *Loi sur le droit de la famille* de l'Ontario, le tribunal peut, s'il le juge nécessaire en vue de protéger les droits de l'autre conjoint en vertu de la présente partie, rendre une ordonnance provisoire ou définitive pour : a) d'une part, interdire la dilapidation des biens du conjoint; b) d'autre part, assurer la possession, la remise, la bonne garde et la conservation des biens.

devraient savoir que les plaignants ne sont pas assujettis aux mêmes interdictions ou restrictions concernant les communications.

Dans certains cas, le prévenu peut craindre que le plaignant « organise » ou encourage un manquement aux conditions de sa mise en liberté sous caution. Il faudrait alors lui conseiller de tenir un journal de ses activités et de consigner les messages téléphoniques, les messages textes et les courriels qu'il reçoit du plaignant.

Un avocat ne devrait pas aider un prévenu à contrevenir à ses conditions de mise en liberté, ni participer à un manquement à celles-ci. Cela signifie qu'il ne peut fermer les yeux lorsqu'un client qui est assujetti à une ordonnance de non-communication se rend à son bureau avec le plaignant. L'avocat doit alors prendre immédiatement des mesures pour régler le problème.

En Ontario, le *Manuel des politiques de la Couronne* indique que, lorsqu'il y a manquement à l'interdiction de communiquer, le procureur de la Couronne devrait demander l'annulation de la mise en liberté sous caution originale et tenter d'obtenir une ordonnance de détention. Lorsque le procureur de la Couronne exerce son pouvoir discrétionnaire d'une autre façon et ne demande pas que le prévenu soit placé en détention, il doit expliquer ses raisons par écrit dans le dossier (Ministère du Procureur général (Ont.), 2005).

Étant donné qu'un manquement à une ordonnance judiciaire est un facteur de risque reconnu de violence future, il importe que les procureurs de la Couronne envisagent la possibilité de déposer des accusations relativement à ce type d'infraction, même si l'accusation sur un fait matériel précis ne fait pas finalement l'objet de poursuites, en particulier dans les situations à risque élevé. Les condamnations pour manquements seront prises en compte aux fins de l'évaluation des risques lors des enquêtes sur le cautionnement et des audiences de détermination de la peine (Ministry of Attorney General (BC), 2011, p. 3).

4.6.2 Conseils au plaignant

Le plaignant devrait être mis au courant des restrictions imposées au prévenu, que ce soit par le ministère public, la police ou les services d'aide aux victimes. Il devrait être informé du fait que, si la mise en liberté sous caution du prévenu est assortie d'une interdiction de communiquer, il n'est pas permis à ce dernier de reprendre contact avec lui, même avec son consentement. Il faudrait recommander au plaignant qui veut reprendre contact avec son conjoint ou qui ne veut pas que les procédures pénales se poursuivent contre celui-ci d'obtenir un avis juridique indépendant (voir l'analyse approfondie à la section 4.7.1.2 ci-dessous).

Le plaignant devrait être informé de ce qui constitue un manquement à un engagement et de l'importance de signaler tout manquement à la police. Il pourrait vouloir consigner toute tentative de contact du prévenu.

4.7 Modification des conditions de la mise en liberté sous caution

Le prévenu qui demande que les conditions de sa mise en liberté sous caution soient modifiées augmente ses chances de voir sa demande être accueillie si celle-ci est réaliste et s'il présente au

ministère public les renseignements requis (point de vue du plaignant, confirmation des ordonnances rendues par le tribunal de la famille, etc.). Bien que les pratiques exemplaires en matière de modification des conditions de la mise en liberté sous caution dépendent en grande partie des circonstances de chaque cas, nous avons, pour faciliter l'analyse, divisé les affaires de violence familiale en deux groupes : celles dans lesquelles le plaignant collabore et celles dans lesquelles il est récalcitrant. Cette division n'a pas qu'une fin pratique : elle a aussi une incidence sur la façon dont l'affaire sera traitée à l'étape de la modification des conditions de la mise en liberté sous caution et sur l'information qui devrait être fournie au plaignant et au prévenu.

4.7.1 Lorsque le plaignant appuie la demande de modification

Dans ce type d'affaires, le plaignant et le prévenu veulent habituellement se réconcilier. Il arrive que le plaignant se rétracte ou modifie sa version des faits, ou qu'il maintienne ses allégations, mais veuille tout de même se réconcilier avec le prévenu.

Dans ces circonstances, les conditions de la mise en liberté sous caution peuvent causer des difficultés à la fois au prévenu et au plaignant. Comme nous l'avons vu précédemment, le prévenu peut être retiré de sa maison et il peut lui être interdit de voir ou même de parler à ses enfants. Les décisions relatives aux finances, aux entreprises conjointes, à l'éducation des enfants, etc. ne peuvent être prises.

La modification des conditions de la mise en liberté sous caution fera partie d'un plan visant à régler ces affaires. Dans les cas de violence familiale, il existe trois plans généraux :

1) l'inscription d'un plaidoyer de culpabilité, le client étant disposé à reconnaître sa culpabilité; 2) le règlement au moyen d'un engagement de ne pas troubler l'ordre public, d'une mesure de déjudiciarisation ou du retrait des accusations; 3) la tenue d'un procès au cours duquel le client clamera son innocence⁶.

4.7.1.1 Modification des conditions de la mise en liberté sous caution en prévision de l'inscription d'un plaidoyer de culpabilité

Lorsque le prévenu accepte de plaider coupable et de participer à un programme de traitement, la modification des conditions de sa mise en liberté sous caution se fait généralement de manière graduelle en fonction des progrès réalisés dans le cadre du programme. Il arrive souvent qu'un client plaide coupable et que le tribunal reporte l'infliction de sa peine après la fin du programme. Dans ces cas, les conditions de mise en liberté sont souvent modifiées de manière à permettre au défendeur de communiquer pleinement avec le plaignant si ce dernier y consent par écrit, ce consentement étant révocable.

Ce consentement révocable du plaignant doit être déposé au bureau du ministère public ou au bureau des agents de probation au palais de justice. Le prévenu et le plaignant devraient être mis au courant du fait que ce dernier peut révoquer son consentement de vive voix en tout temps et

⁶ Les lignes directrices dont il est question dans la présente section sont adaptées d'un document de Joseph Di Luca, *Bail Variations and Violations in the Domestic Context – The Defence Perspective*, qui a été présenté à l'occasion de la conférence de l'Association du Barreau de l'Ontario intitulée « Conference on Crime in the Family: Navigating the Intersection between Criminal and Family Law », en 2007.

que cette révocation n'a pas à être motivée et à être notifiée au bureau où le consentement a été déposé pour prendre effet. Si le consentement est révoqué, le prévenu doit mettre fin immédiatement à toute communication avec le plaignant.

4.7.1.2 Engagement de ne pas troubler l'ordre public et retrait des accusations

En règle générale, la politique du ministère public ne favorise pas le retrait des accusations de voies de fait contre un membre de la famille ou leur règlement au moyen d'un engagement de ne pas troubler l'ordre public, sauf dans les cas où la perspective de condamnation est faible. Les clients doivent comprendre que les efforts déployés pour obtenir le retrait des accusations ou un engagement de ne pas troubler l'ordre public peuvent rester vains et que le ministère public peut légitimement décider d'aller de l'avant avec une poursuite malgré les efforts faits par toutes les parties. Lorsque le plaignant collabore et que le client souhaite obtenir un engagement de ne pas troubler l'ordre public ou le retrait des accusations, l'avocat peut vouloir envisager les mesures suivantes :

- il doit déterminer si le couple est légitimement résolu à rester ensemble et à régler ses problèmes. L'abandon des accusations relatives à la violence familiale exige beaucoup de travail. Un règlement est plus susceptible d'intervenir dans les cas où le client et son conjoint sont déterminés à parvenir à une solution constructive en ce qui concerne les accusations et sont disposés à faire des efforts légitimes pour s'améliorer et aller de l'avant;
- le plaignant devrait recevoir un avis juridique indépendant (AJI). Lorsqu'il n'en a pas les moyens, l'avocat devrait envisager de demander à un collègue de fournir cet avis à titre bénévole ou à un tarif réduit et offrir de faire la même chose lorsqu'un client de ce dernier aura besoin d'un AJI. Il importe cependant que l'AJI soit et semble être vraiment indépendant. Les désirs du plaignant devraient être transmis continuellement au procureur de la Couronne par l'avocat qui donne l'AJI. Celui-ci devrait renfermer de l'information de base sur le processus. Le plaignant devrait être informé de la politique du ministère public dans les affaires de violence familiale. Il doit comprendre qu'il ne suffit pas de demander que les accusations soient abandonnées. Dans les faits, ce n'est pas lui qui porte les accusations. Il faudrait aussi que le plaignant soit informé des étapes de la procédure pénale et de son propre rôle et qu'il reçoive de l'information concernant sa sécurité. S'il indique qu'il veut modifier ses allégations ou se rétracter, il doit être informé des conséquences éventuelles de cette décision. Au besoin, l'avocat qui donne l'AJI peut devoir participer à la rédaction d'un affidavit du plaignant si celui-ci se rétracte en totalité ou en partie. L'AJI contribue à rassurer le ministère public et le tribunal relativement au fait que le plaignant collabore avec le prévenu de façon libre et volontaire et non pas par peur, intimidation ou contrainte;
- l'avocat devrait prendre des arrangements afin que le prévenu puisse assister à des séances de counseling individuel. Chaque partie devrait rencontrer un conseiller seul au moins une fois et discuter de sa volonté de participer à de telles séances jusqu'à la fin;
- le conseiller devrait indiquer à l'avocat, qui doit le savoir, s'il pense qu'il peut aider le couple. Il peut vouloir rencontrer les parties séparément pendant quelque temps et déterminer s'il convient de tenir des séances avec les deux conjoints. Il est parfois justifié d'attendre que les choses se calment;

- obtenir un rapport provisoire du conseiller, qui sera remis au procureur de la Couronne au soutien d'une demande de modification des conditions de la mise en liberté sous caution afin de permettre la tenue de séances conjointes de counseling. Le procureur de la Couronne doit disposer d'éléments tangibles démontrant que les efforts qui sont déployés sont légitimes et sérieux;
- faire en sorte que les parties assistent à un certain nombre de séances avec le conseiller. Dix séances est habituellement un bon point de départ; un nombre de séances variant entre 12 et 14 est généralement la norme. Obtenir un rapport de suivi pour le procureur de la Couronne;
- déterminer si le client devrait aussi s'inscrire à des cours sur l'abus de drogues, l'abus d'alcool et la gestion de la colère. Dans l'affirmative, obtenir des rapports pour le procureur de la Couronne;
- les modifications concernant les conditions de la mise en liberté sous caution peuvent être demandées de façon graduelle et elles devraient être étayées par des rapports de counseling, etc. D'abord, réunir le couple pour des séances de counseling. Pendant que le counseling se déroule, d'autres modifications peuvent être demandées, par exemple dans le but de permettre les communications téléphoniques, puis des rencontres en présence d'un tiers, puis des contacts sans aucune restriction;
- lorsque les séances de counseling sont terminées, on peut discuter avec le procureur de la Couronne d'un retrait des accusations ou d'un engagement de ne pas troubler l'ordre public. La réponse sera souvent négative. Dans certains cas cependant, compte tenu du temps écoulé, des efforts soutenus déployés par les parties et d'une inscription (même d'une absolution) figurant dans le dossier, il est possible de convaincre le procureur de la Couronne d'accepter la solution proposée. S'il ne l'accepte pas, l'affaire se soldera probablement par une absolution conditionnelle ou inconditionnelle à la suite d'un verdict de culpabilité;
- les clients devraient être informés que cette procédure peut être longue. De nombreux programmes de counseling ont de longues listes d'attente et durent de 10 à 14 semaines, à quoi il faut ajouter le temps nécessaire pour les comparutions, les procédures préalables au procès, etc.

Ces mesures peuvent aussi être prises lorsque le prévenu clame son innocence. Cependant, la portée du counseling sera nécessairement limitée par le fait que le client nie tout comportement violent. L'avocat doit veiller à ce que les rapports remis au procureur de la Couronne ne constituent pas, que ce soit directement ou indirectement, un aveu de culpabilité.

4.7.2 Lorsque le plaignant s'oppose à la modification

Il arrive parfois que les parties n'aient pas l'intention de reprendre leur relation et que le plaignant n'appuie pas une modification des conditions de la mise en liberté sous caution. Ces affaires sont généralement, mais pas toujours, de nature plus conflictuelle.

- Dans les affaires où le plaignant a des intérêts opposés à ceux du prévenu, il peut être beaucoup plus difficile d'obtenir des modifications concernant les conditions de la mise en liberté sous caution sur consentement. Dans la plupart des cas, le procureur de la Couronne

consultera le plaignant avant de décider de consentir ou non à une modification. Le point de vue du plaignant n'est pas déterminant, mais il est souvent convaincant.

- Lorsque des procédures relevant du droit de la famille se déroulent parallèlement, l'avocat chargé de l'instance pénale devrait nouer le dialogue avec l'avocat chargé des procédures en matière familiale et discuter avec lui des modifications. Lorsque la garde des enfants et l'accès sont en cause, il peut être nécessaire de demander la modification des conditions de la mise en liberté sous caution pour maintenir la cohérence des ordonnances judiciaires. Dans la plupart des cas, les procureurs de la Couronne sont disposés à modifier les conditions afin que les ordonnances et les ententes familiales puissent s'appliquer parallèlement.
- L'avocat devrait demander des copies du dossier à l'avocat spécialisé en droit de la famille et coordonner ses efforts afin d'éviter les conflits et l'incertitude.
- De même, l'avocat chargé des procédures pénales devrait fournir une copie de l'engagement à l'avocat chargé des procédures en matière familiale et tenir ce dernier informé de toute modification apportée aux conditions de la mise en liberté sous caution.

4.7.3 Modification des conditions de la mise en liberté sous caution versus révision de ces conditions

Les conditions d'une ordonnance de mise en liberté sous caution peuvent varier pendant les procédures pénales, mais, une fois la mise en liberté sous caution accordée (ou refusée), aucun juge ou juge de paix de la cour provinciale ne peut réviser cette décision ou les conditions imposées initialement sans l'accord du procureur de la Couronne. Par ailleurs, un prévenu peut présenter une demande en bonne et due forme à un juge de la Cour supérieure de justice afin que les conditions dont est assortie sa mise en liberté sous caution soient révisées.

Comme nous l'avons décrit précédemment, le procureur de la Couronne peut consentir à ce que les conditions de la mise en liberté sous caution soient modifiées de manière à ce que le prévenu et le plaignant aient davantage de contacts afin de faciliter le counseling. Il peut aussi accepter d'autres modifications visant le couvre-feu ou la détention à domicile afin de permettre au prévenu de suivre des cours ou de travailler.

La façon la moins dispendieuse et la plus efficace de modifier les conditions de la mise en liberté consiste à obtenir une « modification par consentement ». Lorsque le ministère public refuse que les conditions soient modifiées, la seule solution qui s'offre au prévenu est de demander à un juge de la Cour supérieure de réviser la décision concernant la mise en liberté sous caution.

Pour avoir gain de cause lors de la révision, le prévenu doit convaincre la Cour supérieure que sa situation a subi un changement important qui justifie la modification des conditions ou que le juge ou le juge de paix qui a imposé les conditions a commis une erreur de droit.

Le prévenu qui présente une demande de révision doit déposer certains documents auprès de la Cour supérieure, notamment une copie de la transcription de l'enquête sur le cautionnement

originale, un affidavit (déclaration sous serment) signé par lui et des affidavits des personnes pouvant servir de caution (en Ontario, voir la règle 20 des *Règles de procédure en matière criminelle de la Cour supérieure de justice (Ontario)*). Compte tenu du temps et des sommes nécessaires à la préparation de ces documents, il peut s'écouler plusieurs semaines avant qu'une révision de la décision concernant la mise en liberté sous caution ait lieu et il peut en coûter des milliers de dollars au prévenu.

5. DÉCISIONS ET PROCÉDURES PRÉALABLES AU PROCÈS

5.1 Introduction

Dans les procédures en matière familiale et de protection de l'enfance, le tribunal s'efforce de rendre les meilleures décisions possible pour toute la famille. On s'attend à ce que les parties fassent preuve de transparence et qu'elles communiquent les éléments de preuve pertinents afin que le tribunal rende la bonne décision. Lorsque des enfants sont en cause, les décisions seront prises en conformité avec le principe prédominant de ce qui est dans l'intérêt de l'enfant.

L'objet des procédures pénales est beaucoup plus étroit – les tribunaux sont chargés de décider si le ministère public a prouvé hors de tout doute raisonnable qu'une infraction a été commise. Bien que le bien-être de l'enfant et de la famille puisse être un facteur à prendre en considération au moment de la détermination de la peine, il n'est pas pris en compte pour déterminer si un accusé devrait être déclaré coupable.

Il importe de toujours avoir cette différence d'approche à l'esprit parce qu'elle aura une incidence sur les décisions des intervenants du système de justice pénale concernant leur collaboration avec les autorités responsables de la protection de l'enfance, l'échange d'information et la participation à des programmes de counseling ou de traitement.

5.2 Collaboration avec les autorités responsables de la protection de l'enfance

De nombreux ressorts ont adopté une politique selon laquelle la police ou le ministère public communiquent avec les autorités responsables de la protection de l'enfance dans tous les cas de violence familiale, même lorsque la présumée victime n'est pas un enfant. Il arrive fréquemment que l'organisme de protection de l'enfance communique avec le prévenu et demande à le rencontrer. Dans tous les cas où le plaignant est un enfant, la police ou le ministère public doit informer l'organisme de protection de l'enfance compétent, qui lancera alors probablement sa propre enquête (Smith, 2004, p. 6).

Ainsi, bon nombre de prévenus – si ce n'est la plupart – auront des contacts avec un organisme de protection de l'enfance pendant que se déroulent les procédures pénales. Si la collaboration avec cet organisme n'est pas obligatoire, elle est souhaitable dans la plupart des cas.

5.2.1 Rôle de l'organisme de protection de l'enfance

Lorsque des questions se posent quant à la capacité d'une famille de prendre soin d'un enfant, un organisme de protection de l'enfance peut prendre des mesures pour mener une enquête sur la situation. Si le préposé à la protection de l'enfance détermine que l'enfant a besoin de protection, la société d'aide à l'enfance peut présenter une demande au tribunal à l'encontre des parents ou des autres personnes qui s'occupent de l'enfant. En Ontario, les services de protection de l'enfance sont fournis par les sociétés d'aide à l'enfance (parfois appelés les services à la famille et aux enfants).

La Société d'aide à l'enfance (SAE) instituera des procédures judiciaires si elle croit qu'un enfant a besoin de protection (Glass et Jain, 2007, p. 9). L'organisme est habilité en vertu de la loi à amener un enfant dans un lieu sûr pendant la durée de l'enquête s'il croit que l'enfant court un danger imminent (voir, en Ontario, le par. 40(10) de la *Loi sur les services à l'enfance et à la famille*, L.R.O. 1990, ch. C.11 (la LSEF)). En Ontario, la SAE dispose ensuite de cinq jours pour soumettre l'affaire à un juge.

Bien que les procédures et les mesures diffèrent d'un ressort à l'autre au Canada, les procédures de protection de l'enfance se déroulent rapidement en général. En Ontario, de nombreuses conférences de gestion et de règlement de l'affaire peuvent avoir lieu. Si les parties ne s'entendent pas, l'affaire est renvoyée au tribunal.

En règle générale, la SAE et le parent ou l'autre personne qui s'occupe de l'enfant seront représentés par un avocat dans les procédures de protection de l'enfance. Le tribunal peut désigner un avocat indépendant pour représenter l'enfant en vertu de l'art. 38 de la LSEF s'il croit que cela est nécessaire pour sauvegarder les intérêts de l'enfant dans le cadre des procédures de protection de l'enfance. Le Bureau de l'avocat des enfants (qui fait partie du ministère du Procureur général) fournit les services d'un avocat dans ces cas.

Les motifs pour lesquels un enfant peut être considéré comme « ayant besoin de protection » sont prévus au par. 37(2) de la LSEF. Parmi ces motifs, mentionnons le fait que l'enfant a subi des maux physiques ou affectifs ou a été exploité sexuellement. La LSEF prévoit également que le tribunal peut conclure que l'enfant « a besoin de protection » s'il risque de subir un préjudice. Lorsque le tribunal conclut que l'enfant a besoin de protection en vertu de la LSEF, il peut rendre différentes décisions, de celle de confier l'enfant aux soins de sa mère ou de son père, sous réserve de la surveillance exercée par la SAE, à celle de faire de l'enfant un pupille permanent de l'État sans aucun accès à son père ou à sa mère.

5.2.2 Collaboration avec l'organisme de protection de l'enfance

Une famille qui doit traiter avec un organisme de protection de l'enfance doit se rappeler l'importance de collaborer autant que possible avec celui-ci. Ce n'est pas parce qu'elle refuse de régler les problèmes qui justifient l'intervention de l'organisme que celle-ci prendra fin. De plus, cette attitude pourrait être vue d'un mauvais œil par le juge lors des audiences relatives à la protection de l'enfance (Law, 2012).

Il est possible que le parent qui est accusé d'une infraction criminelle en plus d'être visé par une procédure en matière de protection de l'enfance hésite à collaborer avec la SAE parce qu'il craint que cela ait une incidence défavorable sur l'instance pénale. Cela peut empêcher le règlement de l'affaire relevant de la protection de l'enfance. Or, des mesures peuvent être prises en matière de protection de l'enfance afin de réduire le risque d'auto-incrimination du parent accusé.

Au début de l'enquête, la SAE demande que les deux parents ou l'un d'eux signent des formulaires de consentement afin que des renseignements détenus par des tiers, par exemple les professeurs, les membres de la famille et les médecins, puissent être communiqués à la SAE. Comme la SAE n'a pas toujours besoin de tous ces renseignements pour mener son enquête, le

parent devrait, même s'il est disposé à collaborer avec elle, consulter un conseiller juridique possédant de l'expérience en matière de protection de l'enfance qui pourra circonscrire les renseignements qui seront communiqués à la SAE sans que cela compromette l'enquête de celle-ci (Glass et Jain, 2007, p. 10).

La SAE tentera forcément d'interroger l'enfant dans le cadre de l'enquête. Des mesures peuvent être prises afin que cet interrogatoire ne se fasse pas à l'aveuglette en vue de soutirer des renseignements incriminants (Glass et Jain, 2007, p. 11). Le parent ou son avocat peuvent demander que l'entrevue n'ait pas lieu dans les bureaux de la SAE et qu'elle soit enregistrée sur bande vidéo; ils peuvent aussi demander d'y assister à titre d'observateur. À l'établissement de Gatehouse (décrit dans la section 4.2.2) par exemple, des miroirs d'observation permettent au parent et à son avocat d'observer l'entrevue. L'avocat peut essayer d'obtenir une entente au préalable concernant la portée de l'entrevue et intervenir si la personne qui est chargée de celle-ci pose [TRADUCTION] « des questions totalement suggestives ou mène l'entrevue de manière inappropriée » (Glass et Jain, 2007, p. 11).

La SAE essaiera également de parler directement au parent. Il serait judicieux de la part de ce dernier de retenir les services d'un avocat dès ses premiers contacts avec la SAE et d'informer celle-ci du nom de cet avocat. L'avocat peut alors faire directement le lien entre la SAE et le parent. En outre, il peut demander à être présent lorsque la SAE tente de parler au parent ou de l'interroger.

5.2.3 Admissibilité des déclarations faites aux autorités responsables de la protection de l'enfance

Toute déclaration faite à la SAE par un prévenu ne peut probablement pas être utilisée contre lui dans le cadre des procédures pénales, à moins que le juge du procès ne soit convaincu hors de tout doute raisonnable que la déclaration a été faite volontairement.

En matière pénale, toutes les déclarations faites à l'extérieur du tribunal par un prévenu à une « personne en situation d'autorité » doivent être faites librement et volontairement. Dans ce contexte, une déclaration faite à un membre de la SAE sera admissible uniquement si celui-ci n'est pas une « personne en situation d'autorité » ou si le poursuivant démontre qu'elle a été faite volontairement.

La Cour suprême du Canada a défini ce qui constitue une « personne en situation d'autorité » dans *R. c. Hodgson* et a appliqué cette définition dans *R. c. Grandinetti*. La notion de « personne en situation d'autorité » est très subjective et repose sur « la perception qu'a l'accusé de la personne à qui il fait la déclaration. Il faut se demander si, compte tenu de sa perception du pouvoir de son interlocuteur d'influencer la poursuite, l'accusé croyait qu'il subirait un préjudice s'il refusait de faire une déclaration ou qu'il bénéficierait d'un traitement favorable s'il parlait » (*Grandinetti*, 2005, par. 38). La notion comporte aussi un élément objectif relatif au caractère raisonnable de la croyance de l'accusé qu'il parlait à une personne en situation d'autorité.

Avant *Hodgson*, la Cour d'appel de l'Alberta s'était penchée, dans *R. c. Sweryda*, sur la question de savoir si une travailleuse sociale est une « personne en situation d'autorité ». Elle a conclu que

c'était le cas parce que la travailleuse sociale enquêtait sur un présumé acte criminel et qu'elle avait le pouvoir d'intenter une poursuite contre l'accusé. Considérés ensemble, les arrêts *Sweryda* et *Hodgson* semblent indiquer qu'un membre de la SAE est une personne en situation d'autorité si son rôle concorde avec celui des organismes traditionnels d'enquête et de poursuite de l'État. Lorne Glass et Seema Jain soulignent que la loi applicable est un facteur important à cet égard (Glass et Jain, 2007, p. 15-16). En Ontario, il faudrait tenir compte des pouvoirs suivants qui sont accordés aux membres des SAE en vertu de la LSEF :

- demander au tribunal, par voie de requête, d'établir si un enfant a besoin de protection (art. 40(1));
- demander un mandat autorisant à amener un enfant dans un lieu sûr (art. 40(2));
- pénétrer sans mandat dans un lieu, en employant la force si cela est nécessaire, afin d'y rechercher un enfant et de l'en retirer (srt. 40(6));
- demander l'aide d'un policier pour retirer un enfant du lieu où il se trouve (art. 40(8));
- déclarer qu'un enfant a besoin de protection ou risque d'être maltraité (art. 72). En outre, quiconque entrave le travail d'un préposé à la protection de l'enfance commet une infraction (art. 206(2)).

Si l'on détermine que le travailleur de la SAE est une personne en situation d'autorité, la déclaration sera admissible à l'encontre du prévenu seulement si le tribunal est convaincu hors de tout doute raisonnable qu'elle a été faite volontairement.

Le critère du caractère volontaire de la déclaration a trait principalement à la question de savoir si le prévenu a été en mesure de décider véritablement de parler ou non à la personne en situation d'autorité. Le tribunal tiendra compte de l'ensemble des circonstances pour déterminer si les autorités ont empêché le suspect de faire un véritable choix par des menaces, des incitations, de l'oppression, une contrainte, des ruses, des renseignements erronés ou d'autres abus (*R. c. Oickle*, 2000). De plus, si le ministère public prouve hors de tout doute raisonnable que la déclaration a été faite volontairement, le droit concomitant de l'accusé de garder le silence ne sera pas réputé avoir été violé (*R. c. Singh*, 2007, par. 37).

Étant donné que le critère du caractère volontaire est principalement de nature contextuelle, la détermination du caractère volontaire d'une déclaration faite par un parent à un membre de la SAE, qui est réputée être une personne en situation d'autorité, dépendra en grande partie des circonstances.

5.2.4 Liste de vérification pour les entrevues avec la SAE

Comme la SAE est susceptible de faire enquête lorsque le parent refuse de participer à une entrevue et qu'une conclusion défavorable peut être tirée de ce refus, il est probable qu'en pratique un parent accusé parlera aux enquêteurs de la SAE à un moment donné (Law, 2012). L'avocat qui représente l'accusé en matière pénale peut prendre les mesures suivantes pour éviter, dans une certaine mesure, les dangers de l'auto-incrimination, des déclarations contradictoires, etc. auxquels est exposé le parent qui fait une déclaration aux autorités responsables de la protection de l'enfance :

- l'avocat devrait parler à la SAE avant l'entrevue et essayer de connaître les sujets des questions qui pourraient y être posées. Il est possible que les responsables soient disposés à décrire en détail les allégations formulées contre le client;
- il devrait examiner avec le client les sujets sur lesquels pourraient porter les questions avant l'entrevue et obtenir des réponses du client;
- une « entrevue simulée » avec le client lui rafraîchira la mémoire et permettra à l'avocat d'évaluer sa performance;
- l'avocat devrait attirer l'attention du client sur les déclarations suspectes et lui rappeler l'importance de dire la vérité. Le client pourrait ainsi être moins susceptible de mentir ou de commettre des erreurs de bonne foi au cours de l'entrevue;
- l'avocat devrait veiller à ce que l'entrevue avec la SAE soit enregistrée, idéalement sur bande vidéo. Il faudrait à tout le moins qu'un tiers indépendant prenne des notes;
- l'avocat devrait insister pour être présent à l'entrevue;
- en vue de démontrer à l'audience que la déclaration ne devrait pas être admissible, l'avocat devrait veiller à ce que l'enregistrement révèle clairement que le travailleur de la SAE est une personne en situation d'autorité et que le client s'exprime seulement dans le but d'obtenir un avantage (éviter les procédures de protection de l'enfance) ou par crainte d'un préjudice ou, plus vraisemblablement, en vue d'obtenir un avantage et par crainte d'un préjudice.

Étude de cas – *Children's Aid Society of Huron County c. R.G. (2003), 124 A.C.W.S. (3d) 712*

R.G. et S.R.(1) ont deux enfants. En juillet 2000, ils se séparent après que S.R.(1) a agressé R.G.. S.R.(1) est ensuite accusé, puis déclaré coupable de voies de fait, et la Société d'aide à l'enfance commence à s'occuper de la famille. R.G. finit par emménager avec un nouveau conjoint. En décembre 2000, un voisin entend le conjoint agresser un des enfants de R.G., S.R.(2). Le voisin conduit ce dernier à l'hôpital, où l'on constate des marques rouges sur les jambes de l'enfant. En conséquence, la SAE se rend au domicile de la mère pour prendre en charge son autre enfant, K.R. On découvre que K.R. a subi des blessures graves sur le côté du visage et qu'il saigne même près de l'oreille. Après la prise en charge des enfants, le conjoint de R.G. et R.G. elle-même sont accusés de voies de fait respectivement envers S.R.(2) et K.R.

R.G. nie avoir agressé K.R., expliquant à sa décharge qu'elle était partie magasiner lorsque les blessures ont été infligées à l'enfant.

Finalement, le conjoint plaide coupable de voies de fait envers S.R.(2). Les accusations portées contre la mère relativement à l'agression de K.R. sont retirées au moment du procès, en novembre 2001, et la mère plaide coupable de voies de fait mineures envers S.R.(2). Entre temps, les procédures de protection de l'enfance ont suivi leur cours, mais la mère hésite à coopérer pleinement, car elle craint qu'elles ne lui soient préjudiciables auprès du tribunal pénal. Ses progrès sont quasi nuls relativement aux problèmes à l'origine du placement de ses enfants.

Pendant les procédures de protection de l'enfance, on ordonne qu'une évaluation des compétences parentales soit effectuée. Au moment de conclure cette dernière, des accusations pénales pèsent toujours contre la mère relativement à la raison même pour laquelle les enfants ont été pris en charge. Dans son analyse de l'efficacité de l'évaluation, la juge Glenn souligne :

[TRADUCTION] En de telles circonstances, le fait pour la mère de se prévaloir du droit

de garder le silence empêchait l'évaluateur d'obtenir l'information nécessaire sur la manière dont les enfants ont été blessés. Or, il faut honnêtement admettre qu'il y avait un risque que les déclarations soient produites au cours du procès pénal en tant que confession.

C'est le psychologue Walter J. Friesen qui a procédé à l'évaluation des compétences parentales de la mère et du père en mars 2001. Pendant l'évaluation, la mère s'est montrée remarquablement sur la défensive dans ses réponses. Elle s'est dépeinte comme une citoyenne exemplaire, une excellente mère et une personne sans lacune sur les plans psychologique, interpersonnel et moral. On ne saura jamais dans quelle mesure cette partie de l'évaluation aurait pu être différente si l'instance pénale avait déjà été terminée et si le tribunal s'était déjà prononcé sur les questions de protection.

Aux yeux de la société, la mère s'est dépeinte sous un faux jour à l'évaluateur, ce qui lui a été préjudiciable jusqu'à la conclusion des procédures de protection de l'enfance, car on a cru qu'elle n'avait pas conscience de ses lacunes en tant que parent, ce qui constitue l'un des principaux motifs invoqués par le psychologue pour conclure qu'elle ne changerait probablement pas.

Dans le cadre de procédures de protection de l'enfance, la meilleure tactique pour un parent consiste généralement à discuter ouvertement de ses lacunes sur le plan parental et à coopérer avec les autorités chargées de la protection de l'enfance. Cependant, la dynamique d'une affaire pénale exige parfois l'approche inverse. La juge Glenn formule deux suggestions en vue d'améliorer les choses et d'éviter que les procédures de protection de l'enfance ne soient paralysées jusqu'au règlement des accusations pénales parallèles :

[TRADUCTION] Tout d'abord, les criminalistes doivent prendre conscience des conséquences potentielles des retards et des silences sur les procédures de protection qui sont en cours. Ensuite, toutes les parties devraient envisager la possibilité de combiner la conférence de règlement et la conférence préparatoire au procès pénal afin de régler les questions communes à chaque affaire. Si le règlement d'un dossier en matière de protection est retardé à cause des accusations portées au pénal, il faut le signaler en prévision de la prochaine procédure de contrôle afin de résoudre la question dès que possible.

5.3 Utilisation de la preuve produite dans le cadre des procédures relevant du droit de la famille dans les instances pénales

5.3.1 Règle de la présomption d'engagement

Au cours d'une instance relevant du droit de la famille, les parties ont le droit d'obtenir communication de certains éléments de preuve en vertu de la législation provinciale en matière de droit de la famille. En Ontario par exemple, la règle 20 des *Règles en matière de droit de la famille* offre à chaque partie la possibilité d'interroger l'autre partie (sur consentement ou en vertu d'une ordonnance judiciaire), la règle 13 prévoit la communication des états financiers de chaque partie et la règle 19 régit la question de la communication de documents. Le paragraphe 20(24) des *Règles* remplace la règle de la « présomption d'engagement » de la

common law et oblige les parties et leurs avocats à n'utiliser les preuves et les renseignements tirés de ces preuves qu'aux fins de la cause dans laquelle ils ont été obtenus.

La règle de la présomption d'engagement (et ses équivalents législatifs) a été examinée par la Cour suprême dans *Juman c. Doucette*. La Cour a mentionné qu'une enquête préalable forcée en vertu de la loi est une atteinte « au droit de garder pour soi ses pensées et ses documents, aussi embarrassants, diffamatoires ou scandaleux soient-ils » (*Juman c. Doucette*, 2008, par. 24). Elle a toutefois également reconnu qu'une enquête préalable était nécessaire pour « éviter les surprises ou les "litiges par guet-apens", pour encourager les règlements une fois les faits connus et pour circonscrire les questions en litige même lorsqu'un règlement s'avère impossible ». Elle a souligné en outre qu'une partie à un litige qui a « une certaine assurance que les documents et les réponses qu'elle fournit ne seront pas utilisés à des fins connexes ou ultérieures à l'instance où ils sont exigés sera incitée à donner des renseignements plus exhaustifs et honnêtes » (*Juman c. Doucette*, 2008, par. 26). Par conséquent, la Cour a conclu que, « à moins qu'une exemption légale ne prime l'engagement implicite, il incombera au demandeur de l'exemption ou de la modification de démontrer, selon la prépondérance des probabilités, l'existence d'un intérêt public plus important que les valeurs visées par l'engagement implicite, à savoir la protection de la vie privée, la protection contre l'auto-incrimination et le déroulement efficace du litige civil ».

Les *Règles en matière de droit de la famille*, Règl. de l'Ont. 114/99, plus particulièrement le par. 20(25), prévoient quatre exceptions limitées à l'engagement :

- a) la personne qui a présenté les preuves y consent;
- b) les preuves sont déposées auprès du tribunal ou présentées ou mentionnées à une audience;
- c) les preuves sont utilisées afin d'attaquer la crédibilité d'un témoin dans une autre cause;
- d) les preuves sont utilisées dans une cause subséquente qui oppose les mêmes parties ou leurs ayants droit, si la cause dans laquelle les preuves ont été obtenues a été retirée ou rejetée⁷.

Par conséquent, selon les al. 20(25)b) et c), tout affidavit ou demande déposé auprès du tribunal de la famille peut être utilisé dans l'instance pénale. Ainsi, par exemple, un plaignant peut être contre-interrogé par l'accusé ou son avocat relativement aux affidavits qui ont été déposés au soutien de requêtes d'urgence concernant l'accès, la pension alimentaire ou la possession exclusive de la résidence et qui renferment de l'information relative aux allégations sur lesquelles repose le procès criminel. L'avocat agissant dans l'instance familiale doit s'assurer que le plaignant comprend l'importance du fait que ses déclarations soient cohérentes avec celles faites à la police relativement à ces allégations. Le fait de fournir des renseignements faux ou trompeurs, en particulier dans le cas des requêtes *ex parte*, peut justifier l'annulation de l'ordonnance. De plus, tout mensonge ou incohérence contenu dans les affidavits sera abordé lors du contre-interrogatoire du plaignant s'il y a procès.

L'accusé devrait exercer une prudence similaire. Comme la preuve déposée ou utilisée dans l'instance familiale est susceptible d'être produite dans les procédures pénales, l'avocat chargé

⁷ Le Manitoba et l'Île-du-Prince-Édouard ont également adopté des règles prévoyant les cas dans lesquels un recours devrait être offert à l'encontre d'un engagement implicite ou « présumé ». Voir les *Règles de la Cour du Banc de la Reine*, R.M. 553/88, règle 30.01 (Manitoba) et les *Rules of Civil Procedure*, règle 30.1 (Île-du-Prince-Édouard).

de l'instance devant le tribunal de la famille devrait envisager de demander à l'avocat spécialisé en droit pénal d'examiner les affidavits avant qu'ils soient déposés auprès du tribunal. De cette façon, l'étendue de la preuve communiquée dans le cadre de l'instance familiale sera cohérente avec celle communiquée en matière pénale et les parties se sentiront à l'aise face à cette preuve.

5.3.2 Protection contre l'auto-incrimination

La Cour suprême du Canada a récemment statué, dans *R. c. Nedelcu*, que le témoignage forcé fait dans une instance civile est admissible contre un accusé dans un procès criminel pour attaquer sa crédibilité s'il n'est pas « incriminant ». Dans cette affaire, M. Nedelcu et la victime travaillaient ensemble. Un jour, après le travail, M. Nedelcu a fait monter la victime sur sa motocyclette pour lui faire faire un tour. La victime, qui ne portait pas de casque, a été éjectée lorsque la motocyclette a percuté la bordure de trottoir. Elle a subi des lésions cérébrales permanentes. M. Nedelcu a été accusé de conduite dangereuse et de conduite avec facultés affaiblies ayant causé des lésions corporelles. Il a également été poursuivi au civil par la victime et sa famille. À l'interrogatoire préalable dans le cadre de cette instance civile, il a affirmé ne pas se souvenir de ce qui était survenu entre 17 h le jour de l'accident et son réveil à l'hôpital le lendemain à 11 h. Toutefois, 14 mois plus tard, à son procès criminel, il a donné un compte rendu détaillé de l'accident et des faits qui l'avaient précédé. Il a affirmé qu'il se souvenait d'environ 90 à 95 % de ce qui s'était passé le jour de l'accident. Le ministère public a demandé l'autorisation de le contre-interroger sur ses dépositions recueillies à l'interrogatoire préalable. Après avoir tenu un voir-dire, le juge du procès a décidé que la poursuite pouvait confronter l'intimé à ses déclarations antérieures dans le but d'attaquer sa crédibilité.

La Cour d'appel a accueilli l'appel de M. Nedelcu. Citant l'arrêt *R. c. Henry* de la Cour suprême, la Cour d'appel a conclu que l'art. 13 de la *Charte canadienne des droits et libertés* et le par. 5(2) de la *Loi sur la preuve au Canada* interdisent que le témoignage forcé fait par un accusé dans une instance civile soit utilisé à *quelque fin que ce soit* dans le cadre du procès criminel subséquent.

Le ministère public a interjeté appel de cette décision à la Cour suprême du Canada. Il faisait valoir, premièrement, que le témoignage donné par l'intimé à l'interrogatoire préalable dans l'instance civile n'était pas un témoignage « forcé » aux fins de l'application de l'art. 13 de la *Charte* et, deuxièmement, que, même si le témoignage était forcé, il devrait avoir le droit de s'en servir pour attaquer la crédibilité de l'intimé à son procès criminel.

La Cour suprême du Canada a conclu que le témoignage donné à un interrogatoire préalable dans une instance civile est « forcé » et qu'un « témoignage incriminant » ne peut être utilisé à quelque fin que ce soit dans une instance pénale. Toutefois, lorsque, comme dans *Nedelcu*, le témoignage n'est pas « incriminant » – c.-à-d. il ne prouve pas ou n'aide pas à prouver un élément constitutif de l'infraction reprochée au témoin – il peut être utilisé pour attaquer le témoignage de ce témoin. Plus précisément, la Cour a statué que l'utilisation d'un témoignage non incriminant pour attaquer la crédibilité n'emporte pas l'application de l'art. 13.

5.4 Utilisation des renseignements divulgués dans le cadre de services de counseling et d'autres services de soutien dans les instances pénales

Dans le cadre de l'approche intégrée adoptée relativement aux affaires de violence familiale dans le système de justice pénale, les plaignants et les accusés sont censés avoir accès à une variété de services de soutien et d'options en matière de traitement. Dans la présente section, il est question des renseignements divulgués dans le cadre de ces services qui peuvent être communiqués ou produits dans des instances pénales ou des instances relevant du droit de la famille et à quel moment ils peuvent l'être.

5.4.1 Demandes visant les dossiers détenus par des tiers

Le ministère public a l'obligation constitutionnelle de communiquer la preuve à l'accusé. Il est tenu de transmettre à la défense tous les renseignements pertinents et non protégés par un privilège qui sont en sa possession ou sous son contrôle, qu'il ait ou non l'intention de s'en servir comme preuve et que ces renseignements soient disculpatoires ou inculpatatoires (*R. c. Stinchombe*, 1991).

Dans certains cas, l'accusé voudra obtenir des renseignements que le ministère public n'a pas l'obligation de communiquer, par exemple parce qu'ils ne sont pas en sa possession. Les dossiers médicaux, psychiatriques et thérapeutiques, les dossiers relatifs aux études et les dossiers des autorités responsables de la protection de l'enfance sont des exemples de documents qu'un accusé peut chercher à obtenir au cours d'une instance pénale.

Ces dossiers peuvent être utiles à l'accusé de différentes façons. Ils peuvent renfermer des déclarations antérieures incompatibles au sujet des allégations criminelles qui peuvent être utilisées pour attaquer la crédibilité du plaignant. Ils peuvent contenir la preuve d'une raison de fabriquer les allégations ou établir que le plaignant a déjà fait de fausses allégations dans le passé.

Cependant, à cause des intérêts opposés qui sont en cause quand un accusé souhaite fouiller dans les dossiers confidentiels et potentiellement très personnels d'un plaignant ou d'un témoin, le législateur et la Cour suprême du Canada ont énoncé des règles particulières régissant la production de documents de tiers au cours d'une instance pénale.

Dans *R. c. O'Connor*, la Cour suprême a décrit un mécanisme général existant en common law pour la production de dossiers qui ne sont pas en la possession ou sous le contrôle du ministère public. Les articles 278.1 à 278.91 du *Code criminel* prévoient un régime similaire, mais plus restrictif, qui s'applique à la production de dossiers lorsque l'accusé est inculpé d'une infraction d'ordre sexuel et que les dossiers demandés renferment des renseignements personnels à l'égard desquels il existe une attente raisonnable en matière de protection de la vie privée (appelé couramment le régime *Mills*).

5.4.1.1 Régime O'Connor

L'accusé doit d'abord obtenir un *subpoena duces tecum* en vertu des par. 698(1) et 700(1) du *Code criminel* et le signifier au tiers détenteur du dossier. Le subpoena contraint le détenteur du dossier à comparaître en cour avec les dossiers ou renseignements qui y sont décrits.

L'accusé doit également présenter une demande, appuyée d'une preuve par affidavit, indiquant que les dossiers demandés sont susceptibles de se rapporter à son procès. Avis de la demande doit être donné au poursuivant – le ministère public – au détenteur des dossiers et à la personne qui en est le sujet (le plaignant ou le témoin).

La demande est adressée au juge chargé du procès⁸ – quoiqu'elle soit souvent présentée avant le début du procès – qui déterminera s'il doit ordonner la production en suivant une procédure en deux étapes établie par la Cour suprême du Canada dans *O'Connor*. D'abord, l'accusé doit convaincre le juge que les dossiers sont « susceptibles de se rapporter » à l'instance. Le juge peut alors ordonner la production du dossier afin de l'examiner. Ensuite, le juge détermine, avec le dossier en main, si et dans quelle mesure la production devrait être ordonnée.

Dans *O'Connor* et dans des affaires subséquentes, la Cour suprême a expliqué que la preuve de la « pertinence probable » ou de la « pertinence vraisemblable » qui est exigée à la première étape de la procédure impose un fardeau important, mais pas onéreux. Selon le régime *O'Connor*, la pertinence probable signifie :

qu'il existe « une possibilité raisonnable que les renseignements aient une valeur logiquement probante relativement à une question en litige ou à l'habilité à témoigner d'un témoin » (*O'Connor*, par. 22 (soulignement omis)). Une « question en litige » comprend non seulement les questions pertinentes quant au déroulement des événements qui font l'objet du litige, mais également la « preuve concernant la crédibilité des témoins et la fiabilité des autres éléments de preuve présentés dans l'affaire » (*O'Connor*, par. 22). À cette étape des procédures, la cour ne saurait exiger une démonstration de la manière précise dont les renseignements visés pourraient être utilisés au procès. Imposer à l'accusé, qui n'a jamais vu les dossiers, un fardeau initial aussi strict le placerait dans une situation sans issue (*R. c. McNeil*, 2009, par. 33).

La notion de pertinence vraisemblable ou probable a « une portée très large » et comprend des renseignements dont on pourrait raisonnablement penser qu'ils peuvent aider l'accusé dans l'exercice de son droit à une défense pleine et entière. À cette étape de l'enquête, il s'agit uniquement de savoir si les renseignements sont « probablement » pertinents et des considérations relatives à la protection de la vie privée ne devraient pas entrer dans l'analyse (*R. c. O'Connor*, 1995, par. 24; *R. c. McNeil*, 2009, par. 32 et 44).

⁸ Le projet de loi C-53, *Loi modifiant le Code criminel (mégaprocès)* (titre abrégé : *Loi sur la tenue de procès criminels équitables et efficaces*), a été déposé et a franchi l'étape de la première lecture à la Chambre des communes le 2 novembre 2010. Il est mort au Feuilleton à la dissolution de la 40^e législature, le 26 mars 2011. Ce projet de loi aurait modifié le *Code criminel* afin d'autoriser la nomination d'un juge responsable de la gestion de l'instance qui pourrait notamment entendre les demandes de production et de communication de la preuve.

Si l'accusé fait la preuve de la pertinence probable, le tiers détenteur du dossier peut se voir ordonner de produire les renseignements pour que la cour en fasse l'examen et décide s'ils devraient être communiqués à l'accusé. Les facteurs ci-dessous pourraient être pris en compte pour déterminer si la production du dossier à l'accusé doit être ordonnée ou non (cette liste n'est pas exhaustive) (*R. c. O'Connor*, 1995, par. 31) :

- la mesure dans laquelle le dossier est nécessaire pour que l'accusé puisse présenter une défense pleine et entière;
- la valeur probante du dossier en question;
- la nature et la portée de l'attente raisonnable au respect du caractère privé de ce dossier;
- la question de savoir si la production du dossier reposerait sur une croyance ou un préjugé discriminatoires;
- le préjudice possible à la dignité, à la vie privée ou à la sécurité de la personne du plaignant que pourrait causer la production du dossier en question.

Plus récemment, la Cour suprême a expliqué, dans *R. c. McNeil*, qu'une fois que le tribunal a conclu que les dossiers demandés sont pertinents à l'égard de la poursuite engagée contre l'accusé, l'exercice de mise en balance de la deuxième étape peut « facilement être effectué ». La juge Charron a statué :

En effet, une conclusion confirmant la pertinence véritable a pour effet de classer les dossiers en la possession de tiers dans la même catégorie, pour les besoins de la communication, que les fruits de l'enquête contre l'accusé qui se trouvent en la possession du ministère public suivant *Stinchcombe*. Il pourrait être utile de poser la question de la manière suivante : si le renseignement en la possession d'un tiers s'était retrouvé dans le dossier du ministère public, y aurait-il un fondement, suivant le régime de communication qui incombe à la partie principale établi dans *Stinchcombe*, qui justifierait de ne pas le communiquer à l'accusé? (*R. c. McNeil*, 2009, par. 42)

5.4.1.2 Régime Mills

Le législateur a répondu à l'arrêt *O'Connor* en adoptant un régime concernant précisément la procédure à suivre pour la communication de dossiers de tiers dans les cas où il est allégué qu'une infraction d'ordre sexuel a été commise. La Cour suprême a confirmé la constitutionnalité de ce régime en 1999 dans *R. c. Mills*.

Il est intéressant de mentionner que le régime adopté par le législateur relativement aux infractions d'ordre sexuel s'applique à tous les dossiers à l'égard desquels un plaignant ou un témoin a une attente raisonnable en matière de respect de la vie privée, qu'ils soient en la possession ou sous le contrôle d'un tiers ou du poursuivant. En l'absence d'une renonciation expresse du plaignant ou du témoin auquel le dossier se rapporte, celui-ci ne peut être communiqué que sur demande au tribunal et conformément au critère de la pondération des droits énoncé dans les dispositions du *Code*. Comme la Cour suprême l'a expliqué, ce « régime législatif constitue donc une exception au régime de common law relatif à la communication de la preuve par le ministère public énoncé dans *Stinchcombe* » (*R. c. McNeil*, 2009, par. 21).

Le régime *Mills* reflète les droits en matière de protection de la vie privée plus étendus qui existent à l'égard des dossiers visés par le régime législatif. Il maintient la procédure en deux étapes établie dans *O'Connor*, mais diffère considérablement de celle-ci « du fait que la majeure partie de la pondération des intérêts divergents s'effectue à la première étape – lorsqu'on décide si la production des renseignements à la cour pour examen est justifiée » (*R. c. McNeil*, 2009, par. 32).

Les articles 278.3 à 287.7 prévoient une procédure en plusieurs étapes :

- 1) premièrement, l'accusé qui veut obtenir la communication d'un dossier doit en faire la demande par écrit au juge du procès. Aux termes de l'article 278.3(3), un dossier peut être communiqué s'il est pertinent quant à un point en litige ou à l'habileté d'un témoin. L'article 278.3(4) énumère de « simples affirmations » qui ne peuvent démontrer la « pertinence vraisemblable ». Il ne suffit pas, par exemple, que l'accusé affirme que le dossier porte sur l'événement qui fait l'objet du litige ou qu'il est susceptible de contenir une déclaration antérieure incompatible faite par le plaignant ou le témoin;
- 2) la demande doit être signifiée au poursuivant, à la personne qui a le dossier sous son contrôle, ainsi qu'au plaignant ou au témoin auquel le dossier se rapporte;
- 3) simultanément, l'accusé doit signifier un subpoena spécial au détenteur du dossier. Ce subpoena avise la personne que le dossier n'a pas à être communiqué à une partie ou apporté au tribunal tant qu'un juge n'en a pas ordonné la communication;
- 4) à la première étape, une audience à huis clos est tenue afin que le juge décide si le dossier devrait être communiqué au tribunal pour que lui-même puisse l'examiner. Le juge peut ordonner la communication s'il est établi que « le dossier est vraisemblablement pertinent quant à un point en litige ou à l'habileté d'un témoin à témoigner » *et* que la communication du dossier « sert les intérêts de la justice » (art. 278.5(1)). Le juge doit appliquer le critère prévu à l'art. 278.5(2). De manière générale, le juge doit tenir compte du droit de l'accusé de présenter une défense pleine et entière ainsi que des droits à l'égalité et au respect de sa vie privée de la personne à laquelle le dossier se rapporte. Il doit tenir compte également d'enjeux sociétaux plus larges, notamment l'intérêt qu'a la société à ce que les plaignants suivent des traitements;
- 5) après avoir décidé que le dossier devrait lui être communiqué, le juge détermine s'il devrait être communiqué aussi à l'accusé. En règle générale, cette décision est prise en l'absence des parties. Le juge peut toutefois tenir une audience à huis clos si cela peut l'aider à cet égard. Pour déterminer s'il y a lieu d'ordonner la communication du dossier, le juge se sert des critères prévus à l'article 278.7(1) et (2) et, ainsi, des facteurs mentionnés à l'art. 278.5. Le juge est tenu de motiver sa décision;
- 6) lorsque le juge décide qu'un dossier devrait être communiqué à l'accusé, il peut, aux termes de l'article 278.7(3), assortir l'ordonnance de communication de conditions pour protéger l'intérêt de la justice et les intérêts en matière de droit à la vie privée et d'égalité du plaignant. Par exemple, il peut exiger que le dossier soit révisé.

Les tribunaux ont établi clairement qu'il faut, pour que le critère de la « pertinence vraisemblable » soit rempli, que l'accusé ne se contente pas de démontrer qu'un plaignant ou un témoin a parlé à un conseiller ou à un médecin au sujet des faits sur lesquels sont fondées les accusations criminelles déposées contre lui. En fait, lorsqu'il est démontré que des dossiers

confidentiels renferment des déclarations faites par un plaignant à un thérapeute sur des éléments qui pourraient être pertinents au regard de la crédibilité du plaignant, ces dossiers satisferont probablement au critère de la pertinence vraisemblable [TRADUCTION] « seulement s'il y a des raisons de conclure que les déclarations peuvent, dans une certaine mesure, fournir à l'accusé des renseignements supplémentaires auxquels la défense n'avait pas déjà accès ou lui permettre d'attaquer la crédibilité du plaignant ou d'un témoin » (*R. c. Batte*, 2000, par. 72).

5.4.1.3 S'opposer aux demandes de communication de la défense

Lorsqu'une demande visant des dossiers détenus par un tiers est faite par un accusé, le témoin ou le plaignant auquel les dossiers se rapportent devrait être informé que, comme le détenteur du dossier, ils peuvent comparaître et présenter leurs arguments lors de l'audition de la demande. Ils ne peuvent être contraints à témoigner et aucune ordonnance de dépens ne peut être rendue contre le détenteur du dossier, le plaignant ou le témoin relativement à leur participation à l'audience (art. 278.4).

Des obstacles financiers peuvent cependant décourager un plaignant de demander à un avocat de défendre ses intérêts au regard de la demande. Les fonds publics que les plaignants et les témoins peuvent obtenir pour payer un avocat dans le cadre d'une demande de communication de dossiers détenus par des tiers varient d'une province à l'autre. Aide juridique Ontario a créé un programme qui permet à des plaignants dans des affaires d'agression sexuelle qui remplissent les conditions financières d'admissibilité et dont les dossiers sont demandés de recevoir du financement afin d'obtenir les conseils et l'aide d'un avocat⁹.

Les plaignants et les témoins qui envisagent de retenir les services d'un avocat relativement à une demande de communication de dossiers détenus par des tiers devraient savoir que le ministère public représente l'intérêt de l'État et du public, pas celui du plaignant. Il peut arriver que l'intérêt de l'État soit différent de celui du détenteur des dossiers ou de la personne à laquelle ceux-ci se rapportent. Il est important que le plaignant comprenne que le procureur de la Couronne n'est pas son avocat.

5.5 Utilisation des dossiers de protection de l'enfance dans les instances pénales

Le contenu des dossiers de la SAE peut être très intéressant pour un accusé devant faire face à un procès pénal. Les principes juridiques qui régissent la communication et la production de ces dossiers dépendront de la manière dont l'enquête se déroule.

⁹ À des fins de discussion, voir Saadia Dirie, *O'Connor/Mills Survey Report: Draft Client Satisfaction Evaluation* (Legal Aid Ontario, 2002), à la p. 5, cité dans Lisa Addario, *À six degrés de la libération : Besoins juridiques des femmes en matière pénale et autre* (Ottawa, ministère de la Justice, 2002), au chapitre 3, « Les femmes à titre de témoins, de plaignantes et de tiers dans les cas de violence conjugale et d'agression sexuelle » (http://publications.gc.ca/collections/collection_2009/justice/J3-10-20F.pdf).

5.5.1 Enquêtes conjointes de la SAE et de la police

Lorsque l'enquête est menée conjointement par la SAE et par la police (p. ex. entrevue de l'enfant et de l'accusé effectuée conjointement par la police et la SAE), on considérera probablement que le dossier d'enquête de la SAE est sous le contrôle du ministère public et est assujéti aux règles de communication qui s'appliquent selon que l'infraction est régie par le régime *Mills* ou le régime *O'Connor*. Même dans les cas d'infraction d'ordre sexuel, les dossiers de protection de l'enfance ne seront pas visés par le régime prévu aux art. 278.1 à 278.8 si l'on considère qu'ils sont produits par un « responsable de l'enquête [...] relativement à l'infraction qui fait l'objet de la procédure ».

5.5.2 Dossiers de la SAE en tant que dossiers de tiers

Lorsque la SAE et la police n'ont pas mené une enquête conjointe et que le ministère public n'est pas en la possession du dossier de protection de l'enfance, le dossier de la SAE sera considéré comme un « dossier de tiers ». Il n'est pas rare qu'un accusé inculpé d'une infraction relative à des allégations de violence envers un enfant présente une demande afin d'obtenir le dossier de protection de l'enfance. Ce dossier peut contenir des notes prises au cours de l'enquête, des entrevues enregistrées sur bande vidéo, des notes relatives à la supervision, ainsi que des déclarations de l'enfant, des médecins, des professeurs et des membres de la famille élargie. Il peut également contenir des dossiers médicaux, psychologiques et relatifs aux études.

La communication des dossiers de protection de l'enfance est régie par les dispositions législatives et par les règles de la common law (les régimes *Mills* et *O'Connor*) qui ont été décrites dans la section précédente et par la question de savoir si la communication des dossiers à l'accusé doit tenir compte de l'attente raisonnable en matière de protection de la vie privée qui est associée à ce type de dossier. Les enfants peuvent être contraints par la loi de participer aux programmes de la SAE, ils connaissent probablement peu les procédures de protection de l'enfance et les instances criminelles, ils sont encouragés à divulguer des renseignements hautement personnels et confidentiels aux autorités responsables de la protection de l'enfance et on leur assure que les renseignements qu'ils révèlent resteront confidentiels. Pour leur part, les tribunaux ont souligné la situation vulnérable des enfants qui deviennent des pupilles de la SAE et le fait que la relation entre l'enfant et la SAE peut avoir un effet thérapeutique¹⁰.

Dans *R. c. Mills*, la Cour suprême a statué qu'il faut tenir compte des droits à l'égalité et au respect de la vie privée dans le cadre des demandes de communication de dossiers de tiers afin que les dossiers des personnes dont la situation est abondamment documentée ne soient pas examinés erronément. Cette préoccupation est particulièrement pertinente dans le cas d'un enfant confié aux soins d'un organisme de protection de l'enfance (*R. c. Mills*, 1999, par. 92).

Lorsque les dossiers demandés par l'accusé ont trait à une affaire de protection de l'enfance, la SAE qui détient les dossiers aura qualité pour agir à l'audience. Le principal rôle de l'avocat de la SAE consiste à [TRADUCTION] « informer le tribunal au sujet des droits à la protection de la vie privée qui sont en jeu et de l'effet que la communication peut avoir sur la capacité de la SAE

¹⁰ Voir, p. ex., *R. c. Jeanveau*, 2007, *R. c. L.G.*, 2003 et *R. c. Hudson*, 2001.

d'aider efficacement l'enfant qui a besoin de protection si la confidentialité n'est pas assurée » (Mandhane, 2007, p. 4). L'enfant à qui se rapportent les dossiers demandés a également le droit d'être représenté par un avocat indépendant.

5.5.3 Dossiers de la SAE en la possession de l'accusé

Ce n'est pas parce que l'accusé a reçu communication des dossiers de la SAE au cours d'une procédure de protection de l'enfance que ces dossiers seront automatiquement admissibles dans le cadre de l'instance pénale. Dans *R. c. T.C.*, la Cour d'appel de l'Ontario a maintenu la décision du juge du procès de ne pas permettre à l'accusé de contre-interroger la plaignante sur un rapport préparé par un travailleur social aux fins des procédures de protection de l'enfance. La plaignante avait participé à des séances de counseling par suite de la plainte de violence sexuelle qu'elle avait déposée contre l'accusé. Rien ne permettait de croire que l'accusé n'avait pas la possession légitime du rapport.

Toutefois, la Cour d'appel a statué que le juge du procès avait eu raison d'exclure la preuve au motif que son effet préjudiciable était beaucoup plus important que sa valeur probante. Comme le juge du procès l'a constaté, le rapport n'avait qu'une faible valeur probante. La plupart des sujets sur lesquels l'accusé voulait contre-interroger la plaignante, par exemple son animosité envers lui, avaient déjà été totalement divulgués par d'autres moyens, comme les déclarations faites par la plaignante à la police et son contre-interrogatoire au procès. Par contre, [TRADUCTION] « l'utilisation du rapport dans ces procédures avait un effet préjudiciable considérable parce qu'il déformait les faits et perturbait une relation thérapeutique importante » (*R. c. T.C.*, 2004, par. 29 et 30).

5.6 Utilisation des dossiers de counseling de l'accusé

La participation à des séances de counseling ou à d'autres services peut aussi susciter des préoccupations chez un accusé. Comme nous l'avons décrit précédemment, la Cour suprême du Canada a statué que les déclarations faites au cours de l'interrogatoire préalable en matière civile sont « forcées » et, en conséquence, ne peuvent pas être utilisées contre un accusé lors d'un procès pénal subséquent si elles sont incriminantes. La protection contre l'auto-incrimination ne s'applique pas cependant lorsque la déclaration d'un accusé n'est pas forcée. C'est pour cette raison que les propos formulés par un accusé pendant des séances de consultation matrimoniale, par exemple, peuvent être admissibles contre lui devant le tribunal pénal.

5.6.1 Étude de cas - *R. c. Pabani* (1994), 89 C.C.C. (3d) 437 (C.A. Ont.)

L'affaire *R. c. Pabani* démontre comment les déclarations faites au cours de séances de counseling matrimoniale peuvent être produites en preuve dans un procès pénal. M. Pabani a été reconnu coupable du meurtre de sa femme. En appel, il soutenait que les déclarations faites au cours de séances de counseling matrimoniale ayant pour but d'aider le couple à se réconcilier n'auraient pas dû être admises au procès. La Cour d'appel a rejeté cet argument :

[TRADUCTION] En juin 1988, la femme a quitté le foyer conjugal. Le couple a toutefois tenté de sauver son mariage. Grâce à l'intervention d'un ami

commun, Muntaz Merali, l'appelant et sa femme ont accepté de se rencontrer en présence de leur prêtre afin de discuter de l'avenir de leur relation. Le prêtre, Nazim Ali Hirani, occupait le poste de *Moog*, le poste le plus élevé qu'un prêtre peut occuper dans la religion ismaélienne. Sa femme, Yasmin Hirani, occupait aussi un poste élevé dans la mosquée ismaélienne.

Trois rencontres ont eu lieu avec le prêtre et M^{me} Hirani chez les Hirani. Dès le début, l'épouse a posé quatre conditions à son retour : l'appelant devait s'engager à cesser la violence – elle était intraitable sur ce point; l'appelant devait payer sa dette à son beau-père; le numéro d'assurance sociale de l'épouse devait lui être remis; la famille de l'appelant devait s'engager à ne plus parler swahili en présence de l'épouse puisque celle-ci ne comprenait pas cette langue. L'appelant a accepté toutes ces conditions. Il a reconnu implicitement que le mariage avait été marqué par la violence et, bien que cette question n'ait pas été discutée longuement lors des rencontres avec le prêtre, l'appelant a promis de changer d'attitude. Il avait reconnu précédemment cette violence en présence de M. Merali, mais il avait ajouté que son épouse y accordait beaucoup trop d'importance.

La teneur de ces rencontres a été produite en preuve au procès de l'appelant. L'avocat de la défense s'est opposé à l'admission de cette preuve, en particulier des aveux implicites de violence de l'appelant. Il s'agissait, selon lui, de renseignements confidentiels qui avaient été divulgués dans le cadre d'une tentative de réconciliation conjugale. Il a fait valoir que la *Loi de 1985 sur le divorce*, L.C. 1986, ch. 4 (maintenant la *Loi sur le divorce*, L.R.C. 1985, ch. 3 (2^e suppl.)) et la common law créaient un privilège protégeant les discussions de ce genre afin de favoriser la communication franche de tous les renseignements pertinents pendant le processus de réconciliation. L'appelant n'avait pas renoncé à ce privilège et, selon son avocat, le contenu de ces conversations confidentielles n'aurait pas dû être admis en preuve au procès. De plus, l'avocat de la défense avait soutenu que les déclarations remplissaient les quatre conditions relatives à l'établissement ou à la reconnaissance d'un privilège tirées de la jurisprudence par Wigmore dans *Evidence in Trials at Common Law*, McNaughton Revision, vol. 8 (Toronto, Little Brown, 1961), au par. 2285, et citées et adoptées par le juge Spence dans *Slavutych c. Baker*, [1976] 1 R.C.S. 254, à la p. 260, mais cet argument n'a pas été avancé en appel.

Le juge du procès a conclu que, dans les faits, lorsque l'appelant avait fait ses aveux, Muntaz Merali et les Hirani agissaient dans le cadre d'une réconciliation conjugale et, en particulier, que M. Merali faisait le lien entre les époux afin de favoriser la réconciliation. Il était convaincu que les aveux de l'appelant concernant la violence conjugale, les problèmes financiers, les difficultés avec sa famille et d'autres problèmes mineurs avaient été faits à titre confidentiel. Il a néanmoins conclu que le privilège invoqué par la

défense n'empêchait pas l'admission de cette preuve. Aucune procédure de divorce n'était en cours au moment où ces conversations avaient eu lieu et la *Loi sur le divorce* ne pouvait pas être invoquée. De plus, le juge Then a statué que le législateur n'avait pas l'intention de permettre que ce privilège protège un accusé contre des poursuites pénales. Des motifs semblables ont amené le juge du procès à rejeter l'application d'un privilège de common law.

La décision du juge du procès a été confirmée par la Cour d'appel. Celle-ci a statué que le art. 10(5) de la *Loi sur le divorce*, qui prévoit que « [r]ien de ce qui a été dit, reconnu ou communiqué au cours d'une tentative de réconciliation des époux n'est admissible en preuve dans aucune action en justice », s'applique seulement lorsque les déclarations ont été faites dans le cadre d'une action en divorce et à une personne désignée par le tribunal, conformément au art. 10(4), pour aider les époux à se réconcilier.

5.6.2 Participation à un PIPV

Lorsque l'accusation découle d'une allégation de violence conjugale, le ministère public insiste souvent pour que l'accusé participe à un programme d'intervention auprès des partenaires violents (PIPV) avant de retirer l'accusation (de plus, l'accusé doit habituellement s'engager à ne pas troubler l'ordre public). Les PIPV sont des programmes de counseling et d'éducation offerts par des organismes communautaires. Le programme, qui dure 16 semaines, « donne aux contrevenants la possibilité d'analyser leurs croyances et leurs attitudes à l'égard de la violence familiale, et d'apprendre des méthodes non abusives de résolution des conflits »¹¹.

Les PIPV, qui sont destinés aux personnes qui ont agressé leur conjoint, exigent du participant qu'il reconnaisse sa responsabilité. Avant d'être admis dans un PIPV, le participant éventuel doit souvent signer un formulaire par lequel il reconnaît que son conjoint a peur à cause de son comportement. Ces exigences peuvent être problématiques pour les clients qui contestent les allégations sur lesquelles l'accusation est fondée et qui acceptent de prendre l'engagement de ne pas troubler l'ordre public afin de régler rapidement l'affaire. Comme nous le verrons dans la section 7.1.2.1, le fait qu'une personne prend l'engagement de ne pas troubler l'ordre public peut être considéré, dans les procédures qui se déroulent parallèlement devant le tribunal de la famille, comme une reconnaissance des actes préjudiciables qu'elle a commis.

5.7 Utilisation du « dossier du ministère public » dans les procédures relevant du droit de la famille et les procédures de protection de l'enfance

Une partie à une affaire relevant du droit de la famille ou de protection de l'enfance peut chercher à obtenir les documents contenus dans le « dossier du ministère public », lequel renferme les documents communiqués par le ministère public à un accusé au cours d'une instance pénale.

¹¹Ministère du Procureur général, Programmes et services pour les victimes d'actes criminels, en ligne : <http://www.attorneygeneral.jus.gov.on.ca/french/ovss/programs.asp#partner>

5.7.1 Règle générale – *P. (D.) c. Wagg*

La possibilité, pour une partie ou la SAE, d'obtenir le dossier du ministère public dans le cadre d'une instance relevant du droit de la famille est régie en grande partie par les principes énoncés dans *P. (D.) c. Wagg*, 2004.

Dans cette affaire, la Cour d'appel de l'Ontario a statué qu'une partie à un litige peut demander le dossier du ministère public si une loi l'autorise à demander à l'autre partie la communication de documents. Préavis de la communication du dossier doit être donnée aux autorités compétentes, à savoir le procureur général et le service de police concerné (*Wagg*, 2004, par. 17). Si les autorités compétentes y consentent, les documents peuvent être communiqués à la partie qui les demande. Dans le cas contraire, une requête peut être présentée au tribunal afin que celui-ci statue sur la demande de communication (*Catholic Children's Aid Society of Toronto c. T.K.*, (2004), par. 36 à 40). Le tribunal déterminera alors si certains des documents font l'objet d'un privilège ou d'une immunité d'intérêt public et si la communication serait dans l'intérêt public. Il déterminera s'il [TRADUCTION] « existe une valeur sociale dominante et un intérêt public à la non-divulgation qui prévaut sur celui de favoriser l'administration de la justice par l'accès libre et entier des parties à l'information pertinente » (*Wagg*, 2004, par. 17).

En règle générale, l'information qui a été utilisée lors des audiences publiques devant le tribunal pénal devrait être communiquée, à l'exception peut-être des documents qui font l'objet d'un intérêt élevé en matière de protection de la vie privée, par exemple les dossiers personnels des plaignants dans les affaires d'agression sexuelle ou les dossiers médicaux confidentiels (Addario, 2011).

La communication, dans une instance civile, de documents contenus dans le dossier du ministère public soulève la question délicate de la manière de traiter la preuve obtenue en violation des droits garantis par la *Charte*. En fait, dans *Wagg*, le tribunal a jugé que les déclarations contenues dans le dossier du ministère public étaient inadmissibles lors du procès pénal parce que le juge ayant présidé ce procès a décidé que l'admission de ces déclarations déconsidérerait l'administration de la justice. Le juge Rosenberg a affirmé dans *Wagg* que ce type de preuve devrait être communiquée à la partie qui la demande dans le cadre de l'instance civile, si l'on présume évidemment que la preuve satisfait au critère de pertinence applicable pour être communiquée. Le juge saisi de l'affaire civile déterminerait alors si l'admission de cette preuve déconsidérerait l'administration de la justice dans le contexte du procès civil. À cet égard, il doit s'intéresser particulièrement à [TRADUCTION] « l'effet de l'exclusion de la preuve sur l'administration de la justice en ayant à l'esprit, par exemple, que la plaignante n'a joué aucun rôle dans la violation de la *Charte* et qu'elle peut avoir besoin de la preuve pour étayer sa thèse » (*Wagg*, 2004, par. 69).

5.7.2 Échange d'information entre les services de police et les organismes de protection de l'enfance

5.7.2.1 Protocoles conjoints

Les circonstances qui amènent un organisme de protection de l'enfance à faire enquête donnent aussi souvent lieu à une enquête criminelle. En conséquence, il est logique que la police et les organismes de protection de l'enfance joignent leurs efforts afin 1) d'obtenir tous les renseignements pertinents, 2) de protéger l'intégrité du processus d'enquête et 3) d'alléger le fardeau incombant aux enfants en cause. Pour que ces objectifs soient atteints, des protocoles visant à guider les enquêtes menées conjointement par la police et les organismes de protection de l'enfance ont été élaborés dans de nombreux ressorts au Canada (Murphy, 2007, p. 1).

Ces protocoles décrivent des pratiques exemplaires relatives aux enquêtes conjointes. Ils indiquent comment mener la première entrevue avec l'enfant et les présumés agresseurs et les interrogatoires de l'enfant que pourraient effectuer les professionnels de la santé. Ils énoncent généralement aussi les attentes concernant les communications constantes entre la police et la SAE pendant les instances criminelles et de protection de l'enfance subséquentes. Le protocole en vigueur à Kingston, par exemple, recommande que la SAE et la police discutent des conditions qui devraient être imposées au prévenu si celui-ci obtient une mise en liberté sous caution. Il recommande en outre que, après l'enquête sur le cautionnement, la police obtienne une copie de l'engagement contracté par le prévenu et la remette à la SAE. Si un préposé à la protection de l'enfance constate un manquement aux conditions de la mise en liberté sous caution, il peut communiquer immédiatement avec la police (Child Abuse Protocol for Kingston and Frontenac, 2009).

Les protocoles peuvent également énoncer les attentes concernant les communications entre les préposés à la protection de l'enfance et le procureur de la Couronne. Par exemple, le protocole en vigueur à Kingston prévoit que, lorsque la SAE croit que les conditions de la mise en liberté devraient être modifiées afin de permettre les contacts entre l'enfant et le prévenu, le préposé de la protection de l'enfance, le policier et le procureur de la Couronne chargé du dossier doivent discuter de l'affaire avant de permettre l'accès (Child Abuse Protocol for Kingston and Frontenac, 2009, p. 34).

Malgré l'existence de ces protocoles conjoints, Helen Murphy, l'avocate en chef de la Catholic Children's Aid Society (CCAS) de Toronto, estime que, [TRADUCTION] « en ce qui concerne le processus d'échange d'information entre la SAE et la police, la SAE se sent parfois comme l'époux désavantagé dans un mauvais mariage ». Selon elle :

[TRADUCTION] Les membres des services de police semblent surtout penser que « ce qui est à vous est à nous », mais que « ce qui est à nous est à nous et vous ne pouvez pas l'avoir ». Les avocats de la SAE se retrouvent souvent dans une situation où la police s'attend à recevoir des renseignements qui sont en la possession de l'organisme et qui peuvent être pertinents aux fins de l'enquête criminelle, sans toutefois être disposée à fournir de l'information qu'elle peut

détenir et qui est pertinente également aux fins de l'enquête sur la violence commise à l'égard d'un enfant (Murphy, 2007, p. 2).

La police craint souvent que la divulgation prématurée de renseignements à la SAE puisse compromettre son enquête et la poursuite de l'accusé. Cette crainte découle en partie du fait qu'il est peu probable que l'instance pénale et les procédures de protection de l'enfance se déroulent au même rythme. L'information transmise à la SAE par la police pourrait être communiquée au parent accusé au cours des procédures de protection de l'enfance qui, selon la loi, doivent se dérouler très rapidement, en particulier lorsqu'un enfant a été pris en charge par la SAE. M^{me} Murphy laisse entendre que des discussions entre l'avocat de la SAE et le procureur de la Couronne peuvent souvent régler le problème. Il faut cependant, pour que ces discussions aient lieu, qu'un procureur de la Couronne ait été assigné au dossier criminel au début des procédures (Murphy, 2007, p. 3), ce qui peut ne pas survenir régulièrement dans tous les ressorts.

5.7.2.2 Requête aux fins de production

Tout comme les SAE, les avocats du Bureau de l'avocat des enfants (BAE) auront parfois besoin de renseignements en la possession de la police afin de recommander les mesures appropriées en matière de garde et d'accès et de bien représenter les enfants dans les procédures de protection de l'enfance. Selon Caterina Tempesta, avocate au BAE, les services de police opposent habituellement peu de résistance à la transmission des dossiers criminels et des constats concernant un parent. Toutefois, lorsque les dossiers demandés par le BAE font partie d'une enquête criminelle en cours, l'avocat du BAE devra généralement présenter une demande de type *Wagg*. Cet avocat participera également aux demandes de type *Wagg* présentées par la SAE et les appuiera souvent (Tempesta, 2012).

Un organisme de protection de l'enfance peut, par requête, demander la production du dossier du ministère public conformément aux art. 74(2), (3) et (3.1) de la *Loi sur les services à l'enfance et à la famille*. L'article 74 permet à l'organisme de demander en tout temps la production d'un dossier « qui peu[t] se rapporter » aux procédures de protection de l'enfance¹².

C'est le plus souvent le procureur général qui s'oppose à ces demandes. Dans *Children's Aid Society of Algoma c. D.P.*, 2007, par exemple, une affaire de violence familiale, la SAE souhaitait obtenir les dossiers relatifs aux enquêtes policières et les dossiers des services de probation et des services correctionnels qui se rapportaient aux parents. Le procureur général de l'Ontario est intervenu en son propre nom et au nom des différents services de police, services de probation, services de libération conditionnelle et services correctionnels afin d'empêcher que

¹² Le fondement législatif de la communication et de la production de documents dans les procédures de protection de l'enfance varie d'une province à l'autre. Voir, p. ex., la *Loi sur l'enfance*, L.R.Y. 2002, ch. 31, al. 119(1)c) et par. 119(3) au Yukon; la *Child Youth and Family Enhancement Act*, R.S.A. 2000, ch. C-12, al. 108(1)b) en Alberta; la *Child Family and Community Services Act*, R.S.B.C. 1996, ch. C. 46, par. 65(1) en Colombie-Britannique; la *Loi sur les services à l'enfance et à la famille*, C.P.L.M., ch. C.80, al. 4(2)b.1) au Manitoba; la *Loi sur la protection de la jeunesse*, L.R.Q., ch. P-34.1, art. 45 au Québec; la *Loi sur les services à la famille*, L.N.-B. 1980, ch. F-2.2, par. 31(2.6) au Nouveau-Brunswick; la *Children and Family Services Act*, S.N.S. 1990, ch. 5, par. 26(1) en Nouvelle-Écosse; la *Child Protection Act*, R.S.P.E.I. 1988, ch. C-5.1, al. 12(3)k) et par. 12(4) à l'Île-du-Prince-Édouard; la *Child, Youth and Family Services Act*, S.N.L. 1998, ch. C-12.1, par. 20(1) et 20(2) à Terre-Neuve.

ces dossiers soient communiqués à l'organisme. Les parents n'ont pas fait valoir d'arguments. Pour sa part, le procureur général soutenait qu'il avait l'obligation, en vertu de *Wagg*, de protéger la vie privée des témoins et des autres personnes nommées dans les dossiers demandés par l'organisme.

La Cour a statué que, en vertu de la *Loi sur les services à l'enfance et à la famille*, les documents contenus dans le dossier du ministère public qui se rapportaient aux procédures de protection de l'enfance allaient être communiqués à la SAE dans la majorité des cas. Elle a indiqué qu'elle devait soulever les intérêts en matière de protection de la vie privée, l'importance de maintenir l'intégrité des enquêtes criminelles pour l'intérêt public et l'importance de l'information pour la SAE, les parents et les enfants concernés. Elle a souligné à cet égard que [TRADUCTION] « les personnes qui donnent à la police des renseignements qui soulèvent des craintes quant au bien-être d'un enfant devraient s'attendre à ce que ces renseignements soient transmis à une SAE, car les policiers sont tenus de signaler à une SAE tous les cas à l'égard desquels ils ont des motifs raisonnables de soupçonner qu'un enfant est en danger » (*Children's Aid Society of Algoma c. D.P.*, 2007, par. 21) D'ailleurs, l'art. 72 de la *Loi sur les services à l'enfance et à la famille* oblige toute personne à signaler à la SAE les cas d'enfant maltraité.

En ce qui concerne la protection du contenu du dossier du ministère public, la Cour a statué :

[TRADUCTION] Bien qu'il puisse y avoir des dossiers de nature extrêmement délicate qui portent sur des questions très personnelles et ne devraient être divulgués à personne, même à une société d'aide à l'enfance, au motif qu'ils ne sont pas d'une grande utilité pour l'enquête, la communication des dossiers pertinents de la police à la société d'aide à l'enfance ne portera généralement pas atteinte aux attentes raisonnables en matière de respect de la vie privée d'un tiers qui y est mentionné » (*Children's Aid Society of Algoma c. D.P.*, 2007, par. 27).

Dans certaines circonstances, des renseignements personnels ou confidentiels contenus dans le dossier du ministère public peuvent devoir être supprimés avant que les documents soient communiqués en raison du droit d'un tiers à la protection de sa vie privée (*Children's Aid Society of Algoma c. D.P.*, 2007, par. 27 à 29).

Les avocats des SAE et du BAE confirment que les demandes présentées en vertu de l'art. 74 de la LSEF sont généralement accueillies, mais ils sont préoccupés par le temps et les sommes d'argent que les parties doivent leur consacrer. Le juge Rosenberg a exprimé des préoccupations semblables dans *Wagg*. Il a reconnu que la procédure décrite dans cette affaire n'était pas parfaite. L'obligation de donner aux autorités compétentes un préavis de la demande de production et la possibilité qu'une procédure interlocutoire doive avoir lieu augmentent le coût du processus et les retards (*Wagg*, 2004, par. 50). Le juge Rosenberg a indiqué dans *Wagg* qu'il espérait qu'un plus grand nombre de demandes de production soient réglées par consentement sans que le tribunal n'ait à intervenir. [TRADUCTION] « Je m'attends à ce que les parties et les agents de l'État soient habituellement en mesure de s'entendre sur la communication des documents dans bien des cas. Quand la partie en possession du dossier du ministère public a accès aux documents, l'équité exige généralement que l'autre partie y ait également accès » (*Wagg*, 2004, par. 51). De plus, les parties [TRADUCTION] « devraient s'engager à communiquer

tous les renseignements contenus dans le dossier du ministère public qui ont été utilisés devant les tribunaux lors des poursuites pénales et qui font l'objet d'un intérêt d'importance supérieure, par exemple les documents privés de plaignants dans les affaires d'agression sexuelle ou les dossiers médicaux confidentiels » (*Wagg*, 2004, par. 52).

6. PROCÈS

6.1 *Tribunal intégré pour l’instruction des causes de violence familiale*

En juin 2011, le tribunal intégré pour l’instruction des causes de violence familiale (le tribunal ICVF) a démarré ses activités à Toronto dans le but d’offrir une solution plus cohérente et globale aux familles ayant à transiger à la fois avec le système de justice pénale et le système de justice familiale. Le tribunal ICVF compte un seul juge qui entend les causes pénales et familiales (à l’exclusion des causes de divorce, de biens familiaux et de protection de l’enfance) concernant une même famille lorsque l’enjeu porte sur la violence familiale. Il vise à assurer la cohérence des ordonnances rendues en matière familiale et en matière pénale et à accélérer le déroulement des procédures judiciaires. Le tribunal est situé au 311, rue Jarvis, à Toronto et il siège deux fois par mois. À l’origine, la participation était volontaire et toutes les parties devaient donner leur consentement avant que les causes familiales et pénales soient transférées. Depuis le 16 mars 2012 cependant, toutes les affaires de violence familiale émanant du palais de justice de l’ancien hôtel de ville situé au centre-ville de Toronto, dans lesquelles des procédures familiales ont également lieu, sont inscrites au rôle du tribunal ICVF¹³.

La juge Waldman a expliqué dans les termes suivants pourquoi le tribunal intégré était nécessaire :

[TRADUCTION] Il est largement reconnu que la violence familiale ou conjugale est un problème grave et complexe. Le fait qu’elle entraîne souvent une multitude de problèmes familiaux étroitement liés entre eux touchant la sécurité et la séparation de la famille complique la réponse du système de justice familiale et du système de justice pénale. Les procédures judiciaires sont rendues plus complexes également par le fait que les causes criminelles et familiales surviennent séparément. Les deux tribunaux agissent séparément et ne partagent pratiquement aucun renseignement; de plus, leur capacité de communiquer entre eux est très faible. Cela est particulièrement vrai à Toronto, où les tribunaux pénaux et les tribunaux de la famille sont situés dans des édifices différents, ont des juges différents et voient rarement les mêmes avocats plaider devant eux. Les tribunaux doivent compter sur les parties pour leur fournir l’information nécessaire. Le juge du tribunal de la famille n’a aucun moyen d’obtenir seul une copie de l’ordonnance de mise en liberté sous caution ou de probation afin de faire en sorte que les modalités de l’ordonnance de garde ou d’accès n’entrent pas en conflit avec les conditions de celles-ci. Les causes familiales et de protection de l’enfance sont souvent ralenties par le système de justice pénale. Dans certains cas, les familles ne peuvent pas participer à des séances de counseling parce que les ordonnances de mise en liberté sous caution ou de probation sont assorties d’une interdiction de communiquer. Les parties hésitent parfois à aborder des questions importantes devant le tribunal de la

¹³ Voir la directive de pratique à l’adresse <http://www.ontariocourts.ca/ocj/files/idvc/2012-idvc-practice-direction-FR.pdf>.

famille en raison de l'effet que cela pourrait avoir sur leur témoignage lors du procès pénal (Waldman, 2010).

Le tribunal ICVF est inspiré de tribunaux semblables existant dans plusieurs États des États-Unis, notamment New York, le Vermont et l'Idaho. Il peut présenter de nombreux avantages. Le concept « une famille un juge » fait en sorte que le juriste qui instruit la cause a un portrait plus complet de la situation familiale. Comme l'avocat de la défense Edward Prutschi l'explique :

[TRADUCTION] On peut mieux évaluer et régler les allégations de violence familiale si l'on tient compte des facteurs de stress sous-jacents (et souvent liés) qui sont présents dans bon nombre de procédures familiales. Il est possible de gagner beaucoup de temps et de réduire le nombre de comparutions et, du même coup, les frais juridiques des clients embourbés dans le système. Un système intégré élimine complètement le problème des ordonnances contradictoires causé par le fait que le tribunal de la famille ordonne l'accès et les contacts entre les parties, alors que le tribunal pénal qui a accordé la liberté sous caution les interdit (Prutschi, 2011).

Malgré les avantages évidents du tribunal ICVF, ses débuts ont été lents. Deux faits nouveaux pourraient accroître son utilisation. Premièrement, comme nous l'avons indiqué précédemment, les causes seront dorénavant automatiquement inscrites au rôle du tribunal ICVF.

Deuxièmement, il ne sera plus nécessaire de se déplacer à l'ancien hôtel de ville pour le procès pénal. Celui-ci aura lieu devant un juge du tribunal ICVF (mais non devant le juge qui a géré l'affaire jusqu'au procès).

La première de ces deux mesures devrait avoir pour effet d'augmenter le nombre d'affaires qui sont entendues par le tribunal ICVF. Le juge Bovard croit que certains avocats de la défense ne sont pas convaincus des avantages pratiques de ce tribunal et craignent que la preuve qui ne serait pas admissible en matière pénale [TRADUCTION] « s'infiltre » par la « partie familiale » du processus. À son avis, les avocats de la défense sous-estiment l'importance que revêt, pour un accusé, le fait que sa famille ne soit pas touchée. Le juge Bovard espère que le tribunal ICVF permettra aux accusés de régler leurs affaires en matière pénale d'une manière qui protège leur famille (Bovard, 2012).

6.2 Questions liées à la preuve

L'une des difficultés auxquelles doivent souvent faire face les poursuivants dans les affaires de violence familiale est la fréquence avec laquelle les plaignants se rétractent ou ne veulent plus collaborer – cela n'est pas rare en raison du cycle de violence et de l'intimidation qui sont présents dans les relations marquées par la violence. Des problèmes peuvent aussi surgir au procès parce que le plaignant a tardé à porter plainte.

Certains outils en matière de preuve peuvent être utiles dans le cadre des poursuites relatives à des allégations de violence familiale.

6.2.1 Témoins réticents et témoins qui se rétractent

Vu la dynamique dans laquelle la violence familiale survient, il n'est pas rare qu'un plaignant soit réticent à témoigner ou revienne sur ses allégations. Le procureur de la Couronne devrait agir avec prudence dans ces cas : les déclarations du plaignant peuvent être exactes et sincères ou découler de l'intimidation et de la contrainte.

Grâce à des procédures améliorées de collecte des éléments de preuve, les poursuites peuvent se poursuivre malgré la rétractation du plaignant. Le *Manuel des politiques de la Couronne* de l'Ontario indique que les éléments de preuve suivants devraient être versés au dossier du ministère public lorsqu'ils sont disponibles et pertinents :

- enregistrements audio et vidéo et transcription des déclarations du plaignant;
- enregistrement et transcription des appels au 911;
- photos des blessures du plaignant;
- photos des dommages causés sur le lieu de l'incident;
- dossiers médicaux, renoncements pertinentes et avis sous le régime de la *Loi sur la preuve au Canada*;
- déclarations des témoins, dont les enfants et les voisins;
- preuve de faits similaires;
- déclarations de culpabilité et constats de police antérieurs;
- déclaration du délinquant;
- *res gestae* de la victime (Ministère du Procureur général (Ont.), 2002)

Les services d'aide aux victimes peuvent aider les plaignants à continuer de participer au processus judiciaire. Lorsqu'un témoin est réticent à témoigner, le procureur de la Couronne devrait essayer de savoir pourquoi et, s'il y a eu menaces ou interventions à l'égard d'un témoin, il devrait transmettre l'affaire à la police à des fins d'enquête et de protection.

Lorsqu'un plaignant ne se présente pas devant le tribunal après avoir reçu une assignation à témoigner, le procureur de la Couronne devrait déployer des efforts raisonnables pour savoir pourquoi. Le manuel des politiques de la Couronne de Terre-Neuve semble indiquer que, selon l'information qu'il obtient relativement au défaut du plaignant, sa connaissance de la situation personnelle de celui-ci et la gravité de l'infraction, le procureur de la Couronne devrait envisager les options suivantes :

- demander un ajournement si le témoignage du plaignant est indispensable et qu'il est peu probable qu'il omette à nouveau de se présenter devant le tribunal (p. ex. dans les cas où le plaignant est malade);
- aller de l'avant si l'infraction peut être établie par d'autres témoins;
- demander un mandat d'amener un témoin essentiel si le témoignage du plaignant est indispensable, qu'il est impossible de connaître les raisons pour lesquelles il ne s'est pas présenté devant le tribunal et que l'infraction est grave;
- mettre fin aux procédures si l'infraction est moins grave, que l'accusé n'est pas considéré comme étant dangereux et que son arrestation ne servirait qu'à en faire une victime (Department of Justice (Nfld), 2007, p. 15-8).

Cette liste d'options, qui n'est pas exhaustive, donne un aperçu des questions que le procureur de la Couronne doit examiner lorsqu'un plaignant ne se présente pas devant le tribunal.

Le procureur de la Couronne devrait aussi envisager la possibilité qu'un plaignant assiste au procès, mais qu'il refuse de témoigner ou que son témoignage ne soit pas celui qui était prévu. Dans ces cas, il pourrait :

- demander la permission de montrer au plaignant une déclaration qu'il a faite antérieurement à la police afin de lui rafraîchir la mémoire;
- demander la permission de contre-interroger le plaignant au sujet d'une déclaration antérieure incompatible en vertu de l'art. 9(2) de la *Loi sur la preuve au Canada*;
- demander la permission de contre-interroger le plaignant en tant que témoin opposé en vertu de l'art. 9(1) de la *Loi sur la preuve au Canada*;
- chercher à faire admettre la preuve d'une déclaration antérieure incompatible comme preuve de la véracité de son contenu, conformément à l'arrêt rendu par la Cour suprême dans *R. c. B. (K.G.)* (Department of Justice (Nfld), 2007, p. 15-9).

Selon les principes énoncés par la Cour suprême dans *R. c. B. (K.G.)*, 1993 et dans des arrêts subséquents, la déclaration enregistrée sur bande vidéo faite par un plaignant à la police peut être admissible en preuve au procès sans qu'elle soit adoptée par le témoin, si sa nécessité et sa fiabilité sont démontrées selon la prépondérance des probabilités. Le fardeau de la preuve incombe à la partie qui veut produire la preuve.

La nécessité peut être établie lorsqu'un témoin revient sur l'une de ses déclarations antérieures. Le critère de la nécessité doit être appliqué avec souplesse. Il peut être rempli lorsqu'on ne peut attendre une preuve de même valeur du témoin qui se rétracte (*R. c. B. (K.G.)*, 1993)

La fiabilité dépendra des faits suivants :

- 1) la déclaration a été faite sous serment ou affirmation ou déclaration solennelle après une mise en garde expresse au témoin quant à l'existence de sanctions criminelles à l'égard d'une fausse déclaration;
- 2) la déclaration a été enregistrée sur bande vidéo;
- 3) la partie adverse a la possibilité voulue de contre-interroger le témoin au sujet de la déclaration au procès.

Lorsque le témoin est disponible pour être contre-interrogé, l'examen du seuil de fiabilité applicable en matière d'admissibilité « ne porte pas tant sur la question de savoir s'il y a un motif de croire que la déclaration est véridique que sur celle de savoir si le juge des faits sera en mesure d'apprécier rationnellement la preuve » (*R. c. Khelawon*, 2006, par. 76).

6.2.2 Preuve de conduite antérieure déshonorante

Une règle générale d'exclusion empêche le ministère public de produire une preuve de conduite déshonorante qui n'a rien à voir avec l'infraction reprochée. L'objet de cette règle a été expliqué par la Cour suprême du Canada dans *R. c. Handy* :

Il est évident que l'intimé a raison de plaider l'inadmissibilité de la preuve d'inconduite qui va au-delà de ce qui est allégué dans l'acte d'accusation et qui ne fait que ternir sa réputation. Personne n'est accusé d'avoir une prédisposition ou propension « générale » au vol, à la violence ou à quoi que ce soit d'autre. En général, l'exclusion vise à interdire l'utilisation de la preuve de moralité en tant que preuve circonstancielle d'une conduite, c'est-à-dire pour inférer des « faits similaires » que l'accusé avait une propension ou une prédisposition à accomplir le type d'actes reprochés et qu'il est donc coupable de l'infraction. Le jury risque d'être embrouillé par la multiplicité des faits et d'accorder plus de poids qu'il est logiquement justifié de le faire au témoignage de l'ex-épouse (« préjudice par raisonnement ») ou de déclarer l'accusé coupable en raison de sa mauvaise personnalité (« préjudice moral ») : Great Britain Law Commission, Consultation Paper No. 141, *Evidence in Criminal Proceedings : Previous Misconduct of a Defendant* (1996), § 7.2.

Même lorsque la preuve d'inconduite qui va au-delà de ce qui est allégué dans l'acte d'accusation est pertinente au regard des faits en litige au procès et n'est pas une preuve de prédisposition ou de mauvaise moralité, il est nécessaire de déterminer si sa valeur probante est suffisante pour justifier son admission compte tenu de la possibilité très réelle qu'un préjudice soit causé si la preuve est admise (*R. c. Handy*, 2002, par. 31).

Malgré la règle générale d'exclusion, la preuve d'une conduite antérieure déshonorante ou de « mauvaise moralité » peut être admise dans les affaires où il est allégué que des actes de violence physique ou sexuelle ont été commis dans le cadre d'une relation.

Dans *R. c. D.S.F.*, l'une des décisions sur la conduite antérieure déshonorante dans le contexte d'allégations de violence familiale qui font autorité, la Cour d'appel de l'Ontario a expliqué que [TRADUCTION] « les tribunaux ont souvent admis la preuve d'une conduite déshonorante afin de mieux comprendre la relation entre les parties et le contexte dans lequel la violence alléguée avait été commise » (*R. c. D.S.F.*, 1999, par. 20).

Ce type de preuve peut être admis à un certain nombre de fins, notamment :

- 1) compléter la description faite par plaignant de sa relation avec l'accusé;
- 2) démontrer le motif ou l'animosité qui a amené l'accusé à commettre les infractions alléguées;
- 3) renforcer la crédibilité du plaignant en fournissant une explication des raisons pour lesquelles il n'a pas rompu la relation et n'a pas signalé la violence plus tôt.

La règle de la preuve de faits similaires est une autre exception à la règle d'exclusion visant la preuve de mauvaise moralité. Cette règle permet la production d'une preuve démontrant que l'accusé a eu une conduite répréhensible n'ayant pas fait l'objet d'une accusation, lorsque, en raison de ses caractéristiques particulières, sa valeur probante l'emporte sur l'effet préjudiciable qui est généralement associé à la preuve de mauvaise moralité.

Dans *R. c. Handy*, la Cour suprême du Canada a expliqué les règles de droit applicables à la preuve de faits similaires et a expliqué à l'intention des juges de première instance comment déterminer, à l'aide d'un cadre fondé sur des principes, si une preuve de faits similaires doit être admise. L'appréciation du préjudice en fonction de la valeur probante se trouve au centre de ce cadre. Le ministère public a le fardeau d'établir, selon la prépondérance des probabilités, que la valeur probante de la preuve de faits similaires l'emporte sur l'effet préjudiciable de celle-ci. À cette fin, il doit d'abord définir une question en litige à l'égard de laquelle la preuve de faits similaires est pertinente.

Pour apprécier la valeur probante de la preuve que l'on veut produire, le juge du procès devrait tenir compte :

- de la proximité temporelle entre les actes similaires et la conduite reprochée;
- de la mesure dans laquelle les autres actes ressemblent dans leurs moindres détails à la conduite reprochée;
- de la fréquence des actes similaires;
- des circonstances entourant les actes similaires;
- de tout trait distinctif commun aux épisodes;
- de tout fait subséquent;
- de tout autre facteur susceptible d'étayer ou de réfuter l'unité sous-jacente des actes.

Même si les faits similaires sont probants, le juge du procès doit se garder d'admettre une preuve qui, tout bien considéré, est trop préjudiciable.

Lorsque la preuve de mauvaise moralité est admise – dans le cadre de l'exposé circonstancié afin d'établir le mobile de l'infraction reprochée ou à titre de preuve de faits similaires – l'avocat de la défense devrait veiller à ce que le juge du procès donne ses directives au jury d'une manière qui réduit les dangers inhérents à l'admission d'une preuve extrinsèque d'inconduite. Dans *R. c. Arp*, la Cour suprême du Canada a expliqué que le danger qu'un jury se livre au raisonnement interdit est « évité, d'une part, par l'application du critère d'admissibilité rigoureux, qui garantit que la preuve a une valeur probante suffisante pour écarter le risque d'un mauvais usage préjudiciable, et, d'autre part, par la mise en garde faite contre l'utilisation inappropriée de cette preuve » (*R. c. Arp*, 1998, par. 74).

Plus précisément, le juge devrait dire au jury qu'il *ne doit pas* utiliser la preuve de la conduite antérieure déshonorante pour conclure ou pour l'aider à conclure que l'accusé est le *genre de personne* qui, à cause de sa mauvaise moralité, est susceptible d'avoir commis l'infraction reprochée. Il devrait lui dire aussi que, s'il est convaincu que l'accusé a eu la conduite antérieure déshonorante, il *ne doit pas* le punir pour cette conduite en le déclarant coupable de l'infraction pour laquelle il est traduit en justice (*R. c. D. (L.E.)*, 1989, p. 128).

6.2.3 Témoignages d'expert

Comprendre le contexte dans lequel des actes de violence contre le conjoint ou un enfant ont été commis et ont été signalés peut favoriser la tenue d'un procès équitable et le règlement approprié de l'affaire. Le procureur de la Couronne peut envisager de faire témoigner un expert du domaine de la violence familiale :

- si le juge des faits ne pourrait pas, sans ce témoignage, comprendre le délai qui s'est écoulé avant que les actes ou les autres incidents de violence ont été signalés;
- s'il pourrait être impossible, sans ce témoignage, d'apprécier le risque couru par le plaignant ou par sa famille;
- si un non-expert ne serait pas en mesure de constater les répercussions de la violence sur le plaignant.

6.3 Délais

Les délais dans les instances pénales peuvent contrarier toutes les parties concernées et avoir un effet important à la fois sur la décision relative aux accusations criminelles et sur les procédures civiles qui se déroulent parallèlement.

6.3.1 « Préjudice » causé par les délais en matière pénale

L'article 11b) de la *Charte* garantit à tout inculpé le droit d'être jugé dans un délai raisonnable. Lorsque le tribunal estime que le délai qui s'est écoulé avant le procès est déraisonnable, il doit suspendre l'instance.

L'objet principal de l'art. 11b) est la protection des droits de l'accusé, en particulier le droit à la sécurité de la personne, le droit à la liberté et le droit à un procès équitable (*R. c. Morin*, 1992).

L'objet secondaire de l'art. 11b) est un intérêt sociétal. Les procès qui sont tenus rapidement ont la confiance du public. De plus, l'incapacité du système de justice à tenir les procès criminels rapidement et de façon équitable et efficace amène inévitablement la société à douter du système de justice et, en fin de compte, à mépriser les procédures judiciaires (*R. c. Morin*, 1992; *R. c. Askov*, 1990).

Les intérêts qui sont protégés par le droit à un procès dans un délai raisonnable sont la liberté, la sécurité de la personne, la présomption d'innocence et le droit à un procès équitable. En ce qui concerne la liberté, la notion de procès dans un délai raisonnable vise à empêcher que la liberté de circulation soit limitée par des conditions de mise en liberté sous caution restrictives pendant une période inutilement longue. De même, la sécurité de la personne doit être protégée aussi jalousement que la liberté de la personne. La notion de sécurité de la personne englobe une protection contre un assujettissement trop long aux vexations et aux vicissitudes d'une accusation criminelle pendante. Ces vexations comprennent la stigmatisation de l'accusé,

l'atteinte à la vie privée, la tension et l'angoisse résultant de facteurs comme les perturbations de la vie familiale, sociale et professionnelle, les frais de justice et l'incertitude face à l'issue et face à la peine. Les accusés devraient avoir la possibilité de se défendre des accusations portées contre eux, de se disculper et de rétablir leur réputation le plus tôt possible (*R. c. Morin*, 1992; *R. c. Askov*, 1990).

La Cour suprême a statué que, pour décider si un délai est déraisonnable et justifie une réparation, les tribunaux doivent soupeser les facteurs suivants :

- la longueur du délai;
- la renonciation à invoquer certaines périodes dans le calcul;
- les raisons du délai, notamment :
 - les délais inhérents à la nature de l'affaire;
 - les actes de l'accusé;
 - les actes du ministère public;
 - les limites des ressources institutionnelles;
 - les autres raisons du délai;
- le préjudice subi par l'accusé.

La nature restrictive des conditions de la mise en liberté sous caution qui sont généralement imposées dans les cas de violence familiale et l'effet de ces conditions sur l'accusé et sur sa famille seront pris en compte pour évaluer le préjudice causé à l'accusé par le délai, comme le démontre l'affaire *R. c. Campagnaro*.

Étude de cas – *R. c. Campagnaro*, [2004] O.J. No. 1529 (C.J.)

Le 13 avril 2003, M. Campagnaro a été accusé d'avoir agressé sa femme et de lui avoir causé ainsi des lésions corporelles. Le juge du procès a conclu qu'il avait fait tout ce qu'il pouvait pour que l'affaire se déroule rapidement, mais que le système n'était pas en mesure de faire en sorte que le procès ait lieu moins d'un an après l'incident.

Voici les faits tels qu'ils ont été décrits par la juge Pringle :

[TRADUCTION] M. Campagnaro s'est livré à la police le matin de l'allégation, le 13 avril 2003. Après avoir passé deux jours en détention, il a été libéré avec le consentement du ministère public le 14 avril. Parmi les conditions qui lui ont été imposées, il y a celles que l'on retrouve souvent dans les affaires de violence familiale, notamment l'interdiction de communiquer avec la plaignante et de se rendre à la résidence familiale. Il a retenu les services de M^e Metzler le 15 avril.

M^{me} Campagnaro a aussi retenu les services d'un avocat afin de faire savoir qu'elle souhaitait reprendre la vie commune et participer à des séances de counseling familiale avec son mari. Le demandeur continuait à subvenir aux besoins de la famille mais, en son absence, M^{me} Campagnaro devait s'occuper seule de ses quatre enfants âgés de 14, 12, 6 et 4 ans, ainsi que de son bébé de 2 ans dont le

demandeur était le père. Après avoir étudié la demande de modification des conditions de la mise en liberté sous caution visant à permettre les communications entre les parties, le ministère public a refusé de consentir à la modification.

Le demandeur a été informé (à juste titre) par M^e Metzler que le procès ne pourrait probablement pas avoir lieu avant plusieurs mois dans le district Metro North. Désespéré par la perspective de ne pas voir sa femme pendant cette période et craignant que sa relation avec son épouse et avec sa famille se rompe entre temps, le demandeur a obtenu un prêt bancaire afin de présenter une demande de modification des conditions de sa mise en liberté sous caution à la Cour supérieure. Cette demande a été accueillie et, le 20 mai 2003, ses conditions ont été modifiées afin de lui permettre de reprendre la vie commune avec sa femme et de continuer à participer à des séances de counseling avec elle.

Le 2 juillet 2003, le procès a été fixé au mois d'avril suivant. Aucune date plus rapprochée n'était disponible. Tout en reconnaissant que l'affaire était [TRADUCTION] « près de la limite de ce qui est constitutionnellement acceptable » quant au délai, le juge du procès a conclu qu'il fallait ordonner l'arrêt des procédures à cause du grave préjudice subi par M. Campagnaro.

La juge Pringle a décrit le préjudice dans les termes suivants :

[TRADUCTION] Par suite du dépôt de l'accusation, le demandeur a dû quitter la résidence familiale et cesser tout contact avec la plaignante. Je ne conteste pas le caractère raisonnable de ces conditions, ni même la décision du ministère public de ne pas consentir à une modification des conditions de la mise en liberté sous caution. Il est évident cependant que même des conditions raisonnables peuvent créer des difficultés. En l'espèce, la sévérité des conditions a naturellement amené le demandeur à se demander pendant combien de temps il devrait se conformer à ces conditions avant d'avoir son procès. Malheureusement, le procès ne pouvait pas avoir lieu avant plusieurs mois, ce qui a incité le demandeur à présenter une demande de révision à la Cour supérieure afin que ses conditions de mise en liberté sous caution soient modifiées. Vu la situation particulière du demandeur, cette demande lui a causé des difficultés financières, mais elle était nécessaire afin qu'il puisse aider sa famille et se réconcilier avec sa femme. Il est juste de dire que le préjudice causé par les conditions restrictives dont était assortie la mise en liberté sous caution et qui avaient pour effet de séparer le demandeur de sa famille a été atténué par la décision du tribunal d'accueillir la demande de modification. Il est toutefois inacceptable que le procès ait lieu à une date si éloignée que la vie de famille du demandeur et sa relation avec son épouse et ses enfants soient compromises. Un délai d'un an est long lorsque l'accusation touche le cœur même de la vie de famille. Le demandeur a déposé un affidavit dans lequel il a indiqué que sa femme, sa famille et lui-même avaient l'impression de vivre sous un nuage noir depuis un an et d'être sous l'emprise d'une force à l'égard de laquelle ils étaient impuissants. Comme il fallait s'y attendre, l'attente a causé des problèmes additionnels aux conjoints et le demandeur et son épouse ont eu de la difficulté à aller de l'avant.

Lorsqu'elle a apprécié le caractère raisonnable du délai, la juge Pringle a mentionné que, dans les cas de violence familiale où le plaignant souhaite se réconcilier avec l'accusé, [TRADUCTION] « le plaignant et la société ont également un intérêt impérieux à ce que l'affaire soit réglée rapidement ».

[TRADUCTION] L'éclatement de l'unité familiale, l'interdiction de communication dont est assortie la mise en liberté sous caution, le fait que la plaignante s'occupe dorénavant seule des enfants : toutes ces conditions ont un effet inévitable sur la famille. Bien que la situation ait été réglée dans un délai de six semaines en l'espèce, les perturbations causées à la vie familiale peuvent avoir des conséquences néfastes sur la société dans l'ensemble lorsque les procès pour violence familiale sont retardés.

En confirmant l'arrêt des procédures, la Cour d'appel a souligné que l'intérêt du public à ce qu'un procès ait lieu sur le fond existe autant à l'égard des allégations criminelles découlant de disputes familiales qu'à l'égard de toute autre allégation criminelle et qu'il ne faudrait pas considérer que la décision rendue dans *Campagnaro* établit un nouveau délai constitutionnel pour les affaires de violence familiale dans lesquelles les parties cherchent à se réconcilier. Les affaires de violence familiale doivent être considérées au cas par cas, comme toutes les autres affaires. La Cour d'appel a cependant indiqué que, [TRADUCTION] « lorsque le délai institutionnel est à la limite de ce qui peut être acceptable sur le plan constitutionnel, la question du préjudice doit être au cœur de l'analyse relative à l'art. 11b) ».

6.3.2 Délais et procédures de protection de l'enfance

Les délais dans les instances pénales suscitent de graves inquiétudes lorsque des procédures de protection de l'enfance sont en cours. Ces procédures doivent se dérouler rapidement, en particulier lorsque les enfants ont été pris en charge par l'organisme de protection de l'enfance et retirés de leur foyer pendant les procédures.

Aux termes de l'art. 54 de la *Loi sur les services à l'enfance et à la famille* de l'Ontario, si le tribunal ne statue pas qu'un enfant a besoin de protection dans les trois mois qui suivent le dépôt d'une requête en protection, il fixe, pour entendre la requête, une date qui est la plus rapprochée et qui est compatible avec le juste règlement de la requête.

La LSEF prévoit également les périodes maximales pendant lesquelles un enfant peut recevoir des soins avant d'être remis à un membre de sa famille ou de la collectivité ou de devenir un pupille de l'État. Cette période est de 12 mois dans le cas des enfants de moins de six ans et de 24 mois dans les autres cas. Les procédures de protection de l'enfance se déroulent rapidement afin de respecter ces délais et parce qu'il est dans l'intérêt des enfants que l'affaire soit réglée. Comme Kate Kehoe l'explique, les délais dans les instances pénales peuvent avoir de graves répercussions en matière de protection de l'enfance :

[TRADUCTION] Dans les affaires où l'accusé ne plaide pas coupable dès le début de l'instance pénale, les parents se sont réunis et l'accusé refuse de

reconnaître l'incident, il existe une possibilité sérieuse que la procédure en matière familiale mène au retrait permanent de l'enfant de sa famille. Même des délais relativement courts en matière pénale peuvent mener à ce résultat, car, une fois que l'instance pénale est terminée, les parents doivent prendre des mesures, comme du counseling et des traitements pour les toxicomanies, pour assurer au tribunal que la violence ne se reproduira pas. Ces programmes peuvent durer des mois et les personnes qui suivent des traitements pour les toxicomanies ont souvent des rechutes (Kehoe, p. 6).

Les avocats représentant, dans le cadre de procédures de protection de l'enfance, des parents qui ont été aussi accusés d'une infraction criminelle soulignent l'importance de communiquer avec l'avocat de la défense. Tammy Law, anciennement avocate à la SAE qui exerce maintenant à titre individuel principalement dans le domaine de la protection de l'enfance, indique qu'une condamnation criminelle pour violence à l'endroit d'un enfant aura évidemment un effet négatif sur les procédures de protection de l'enfance parallèles. M^{me} Law laisse néanmoins entendre que, lorsqu'un accusé a décidé de plaider coupable, il devrait le faire sans délai afin de pouvoir prendre des mesures démontrant sa réadaptation, s'inscrire à des programmes ou à du counseling visant à prévenir d'autres incidents et établir un plan concernant le soin des enfants (Law, 2012).

Les délais en matière pénale peuvent aussi empêcher des parents de participer efficacement à l'enquête menée par l'organisme de protection de l'enfance et aux procédures de protection de l'enfance. Un parent accusé peut refuser de participer à une évaluation sur les aptitudes parentales, par exemple, afin de ne pas s'incriminer. Malheureusement, cette décision ralentira le déroulement des procédures de protection de l'enfance (voir l'étude de cas dans la section 4.2 ci-dessus). Le juge est susceptible de tirer une conclusion défavorable du défaut de participer à l'évaluation. Au bout du compte, le refus de participer peut faire en sorte que les enfants demeurent placés et vivent séparés de leurs parents pendant plus longtemps que ce serait le cas autrement.

7. DÉTERMINATION DE LA PEINE

7.1 Effet d'une déclaration de culpabilité, d'un engagement de ne pas troubler l'ordre public ou d'un retrait des accusations sur les procédures parallèles

La décision qui sera rendue en matière pénale aura un effet important, mais pas toujours déterminant, sur les procédures civiles parallèles concernant la garde, l'accès, la pension alimentaire et la protection de l'enfance. Les criminalistes devraient connaître les conséquences d'un plaidoyer de culpabilité ou d'autres ententes de règlement sur les procédures parallèles afin de bien informer leurs clients à ce sujet.

7.1.1 Déclaration de culpabilité

Une déclaration de culpabilité ne peut être remise en question devant le tribunal de la famille. Lorsqu'un verdict de culpabilité a été prononcé relativement à un incident de violence familiale, le délinquant ne peut pas se servir des procédures de protection de l'enfance ou des procédures relevant du droit de la famille pour tenter de démontrer que le verdict est erroné. La déclaration de culpabilité liant les tribunaux civils, il est important qu'un accusé connaisse les conséquences éventuelles d'une telle déclaration.

Les spécialistes de la violence familiale et du divorce reconnaissent généralement que le partage des responsabilités parentales ou la garde physique conjointe ne conviennent pas dans la plupart des cas de violence grave et démontrée à l'égard d'un enfant ou d'un parent, car il est admis que le fait d'avoir été témoin d'actes de violence commis par un parent constitue une forme grave de violence faite à un enfant (Jaffe et al., 2005). L'application de ce principe est beaucoup plus compliquée. Comme Jaffe, Crooks et Bala l'expliquent :

(TRADUCTION) Les cas se trouvant aux extrémités de la courbe de la violence familiale sont les plus clairs. À l'une des extrémités de la courbe, on s'entend probablement pour dire qu'un auteur de violence familiale chronique ayant démontré une tendance au comportement abusif au fil du temps, ainsi que peu de remords ou de volonté de se soumettre à un traitement, et dont le principal objectif est de punir un ancien partenaire au lieu de jouer son rôle de parent, devrait soit n'avoir aucun droit de visite, soit avoir un droit de visite très limité supervisé par des professionnels très compétents. À l'autre extrémité, un incident isolé de violence familiale mineure (p. ex. une bousculade), inhabituel, accompagné de véritables remords, d'une reconnaissance de responsabilité, et qui n'a causé ni de peur ni de traumatisme à l'autre parent, ne constituerait pas en soi un empêchement à la conclusion d'une entente de partage des responsabilités. Entre ces deux extrêmes, il existe une zone de flou dans laquelle il est plus difficile de déterminer quelles ententes conviennent; il faut procéder à l'analyse d'une foule de facteurs. Certains de ces facteurs sont liés aux rapports entretenus par les parents et à leurs caractéristiques, d'autres sont fonction des ressources disponibles dans une collectivité particulière et

d'autres, au stade de la procédure et à l'information disponible (Jaffe et al., 2005, §5.1).

Il ressort de la jurisprudence que la conduite parentale, notamment la violence familiale, n'est qu'un facteur, bien que généralement important, qui influe sur les décisions du tribunal de la famille en matière de garde et d'accès. Ce facteur n'est cependant pas toujours déterminant. Comme le tribunal l'a expliqué dans *MacNeil c. Playford* :

[TRADUCTION] Les tribunaux de la famille statuent sur la garde et l'accès en se fondant sur les dispositions législatives et la jurisprudence pertinentes et en tenant compte de l'intérêt de l'enfant. Par contre, le système de justice pénale ne tient aucun compte de l'intérêt de l'enfant parce qu'il n'est pas conçu à cette fin et que ses acteurs ne sont pas formés pour prendre cet intérêt en considération.

La conduite d'un parent, y compris la violence familiale, peut l'empêcher d'éduquer de manière appropriée son enfant et de constituer un exemple pour ce dernier. La violence familiale témoigne d'une incapacité à régler les problèmes de manière saine. Elle traduit aussi une absence de respect et de dignité pour l'autre parent. Elle révèle une personnalité réactionnelle et un faible contrôle des impulsions. La violence familiale est emblématique de compétences parentales qui laissent à désirer.

La violence familiale aura habituellement une incidence sur la décision du tribunal concernant la question de savoir qui devrait être le premier responsable de l'éducation d'un enfant. Il s'agit de l'un des facteurs, quoiqu'un facteur important, qui influent sur l'intérêt de l'enfant. La gravité et la fréquence des actes de violence, la situation des parties et la situation de l'enfant doivent être examinées et soupesées afin de déterminer l'intérêt véritable de ce dernier.

En outre, une déclaration de culpabilité a une incidence sur la crédibilité, mais cette incidence n'est pas déterminante. La crédibilité est évaluée en fonction des faits et de l'ensemble de la preuve (*MacNeil c. Playford*, 2008, par. 10 à 13).

Ce n'est pas parce que le système de justice pénale statue sur une allégation de violence familiale que le système de justice familiale n'aura pas à intervenir. Il est essentiel que tous les acteurs concernés par le différend familial (les parties, les avocats et le tribunal) disposent d'informations suffisantes afin 1) que les victimes d'actes de violence graves ne fassent pas l'objet de pressions inappropriées de la part d'avocats pour qu'elles participent à l'approche non contradictoire qui est justifiée dans d'autres affaires relevant du droit de la famille ou qu'elles ne soient pas visées par une ordonnance du tribunal à cet effet; 2) que les parties ne soient pas privées à tort d'accès dans les cas de violence mutuelle ou de fausses allégations de violence. En résumé, [TRADUCTION] « les professionnels du système de justice doivent très bien connaître les questions relatives à la violence familiale et être capables d'y répondre d'une "façon

particulière” qui tient compte de la dynamique et des enjeux en cause dans chaque cas » (Bala et al., 2007, p. 2).

Outre l’effet qu’une déclaration de culpabilité peut avoir sur les décisions relatives à la garde ou à l’accès, un comportement violent peut aussi constituer la preuve d’un [TRADUCTION] « délit civil à l’endroit du conjoint ». Dans *Valenti c. Valenti*, 1996, par exemple, où un homme avait reconnu avoir agressé son épouse et lui avoir causé des lésions corporelles, le tribunal a admis en preuve ce plaidoyer de culpabilité, sur lequel il s’est ensuite appuyé pour accorder des dommages-intérêts de 10 000 \$ pour souffrances et douleurs et des dommages-intérêts punitifs de 2 500 \$. Lorsqu’il a octroyé ces dommages-intérêts, le tribunal a cité les faits tels qu’ils étaient exposés dans le plaidoyer de culpabilité du mari.

7.1.2 Conditions rattachées aux engagements de ne pas troubler l’ordre public et conditions de probation

Les criminalistes qui conseillent des clients accusés par suite d’allégations de violence familiale doivent connaître les incidences possibles d’un engagement de ne pas troubler l’ordre public et d’une probation sur les procédures parallèles.

Un accusé dont la mise en liberté sous caution est assortie de conditions restrictives et qui se trouve en pleine crise familiale peut vouloir régler son affaire criminelle rapidement et accepter un [TRADUCTION] « bon marché » proposé par le ministère public. En s’engageant à ne pas troubler l’ordre public en échange du retrait des accusations, par exemple, l’accusé met fin aux conditions restrictives de sa mise en liberté sous caution, fait en sorte de ne pas avoir de casier judiciaire et évite les frais d’un procès criminel. Pour de nombreux clients, ces résultats sont suffisants pour compenser les conséquences négatives éventuelles. Or, cette solution peut causer des problèmes et les clients, en particulier ceux qui se trouvent au milieu de différends familiaux passionnés, ne devraient pas la choisir à la légère. Dans la présente section, nous faisons ressortir l’effet qu’un engagement de ne pas troubler l’ordre public peut avoir sur les procédures familiales. Les problèmes abordés existent non seulement lorsque l’engagement de ne pas troubler l’ordre public est contracté dans le but de mettre fin à une affaire criminelle, mais aussi lorsqu’une déclaration de culpabilité pour une agression relativement mineure contre un membre de la famille donne lieu à une peine suspendue et à une période de probation.

Le fait qu’un accusé s’engage à ne pas troubler l’ordre public ou est condamné à une peine après avoir été déclaré coupable peut influencer sur les procédures familiales d’au moins trois façons : le juge du tribunal de la famille peut considérer que l’engagement de ne pas troubler l’ordre public démontre qu’un acte répréhensible a été commis; les conditions de l’engagement de ne pas troubler l’ordre public ou de l’ordonnance de probation peuvent contribuer à l’établissement d’un statu quo, un facteur qui est pris en compte par le juge lorsqu’il statue sur la garde; l’interdiction de communication dont est assorti l’engagement de ne pas troubler l’ordre public ou la probation peut empêcher les parents de communiquer efficacement, une condition préalable à la garde conjointe.

7.1.2.1 Engagement de ne pas troubler l’ordre public en tant que preuve d’un acte répréhensible

La *Loi sur le divorce* fédérale et la *Loi portant réforme du droit de l'enfance* de l'Ontario prévoient que, lorsqu'ils rendent des décisions en matière de garde, les juges doivent tenir compte uniquement de l'intérêt de l'enfant, non de celui des parents. La conduite antérieure d'un parent *n'est pas* prise en compte, sauf si cette conduite le rend moins apte à agir à titre de parent. Ainsi, par exemple, un juge qui statue sur la garde ne peut prendre en considération le fait que le parent est ou non responsable de la rupture. Cependant, lorsque la personne qui demande la garde ou l'accès a déjà été violente à l'égard de son conjoint ou de son enfant, ce comportement *doit* être pris en compte (*Loi sur le divorce*, art. 16(8) et (9); LRDE, art. 24).

Comme nous l'avons expliqué plus haut, un tribunal civil doit considérer une déclaration de culpabilité comme la preuve de la conduite sous-tendant celle-ci. Par ailleurs, le fait de s'engager à ne pas troubler l'ordre public n'est pas un aveu de culpabilité et la présomption d'innocence continue de s'appliquer. Toutefois, dans la mesure où le fait que l'accusé s'engage à ne pas troubler l'ordre public démontre que le plaignant a des motifs raisonnables de le craindre, le juge du tribunal de la famille peut en tenir compte lorsqu'il détermine si des actes de violence ont déjà été commis dans le passé. La personne qui a signé le formulaire de déclaration nécessaire pour s'inscrire au PIPV peut avoir de la difficulté à contester le fait que le plaignant a peur à cause de son comportement. Il peut aussi arriver que les juges du tribunal de la famille ne connaissent pas bien l'effet juridique d'un engagement de ne pas troubler l'ordre public.

Dans *Otis c. Gregoire*, le juge du procès a pris en considération, pour rendre sa décision relative à la garde et à la pension alimentaire, les poursuites pénales qui avaient été intentées par suite de l'allégation de harcèlement de l'épouse à l'égard de son (ancien) mari. Pour régler l'affaire, le mari s'était engagé à ne pas troubler l'ordre public pendant 12 mois; cet engagement était assorti de l'interdiction de communiquer avec son épouse et de se trouver à moins de 50 mètres de la résidence de celle-ci. Le juge du procès a écrit que M. Gregoire avait [TRADUCTION] « reconnu à contrecœur qu'il avait dû inscrire un plaidoyer de culpabilité à l'égard de l'accusation » de harcèlement criminel. Il a conclu que l'engagement de ne pas troubler l'ordre public :

[TRADUCTION] constitue une preuve convaincante du fait que le mari avait commis des actes criminels suffisants pour justifier les conditions qui ont été imposées. J'accepte la prémisse selon laquelle le mari est à blâmer et que son épouse a des raisons de craindre pour sa sécurité. De telles ordonnances ne sont pas rendues à la légère ou sans être étayées par une preuve suffisante (*Otis c. Gregoire*, 2008, par. 13 et 14).

Dans *Otis*, l'engagement de ne pas troubler l'ordre public contracté par le père n'a pas eu finalement d'effet sur la décision en matière de garde rendue par le tribunal de la famille. Le juge Whalen a conclu que la mauvaise conduite avait été traitée adéquatement par le système de justice pénale. L'affaire montre néanmoins la possibilité que les engagements de ne pas troubler l'ordre public soient utilisés pour établir la mauvaise conduite antérieure. Dans *Otis*, le père demandait un accès relativement limité qui aurait permis aux enfants du couple de demeurer avec lui plusieurs fois par semaine, mais non pendant la nuit. Dans un procès devant le tribunal de la famille où les deux parties insistent pour avoir la garde des enfants, l'imposition d'un

engagement de ne pas troubler l'ordre public joue un rôle plus déterminant si les deux parties se trouvent dans une situation similaire¹⁴.

7.1.2.2 *Création du statu quo*

La stabilité du foyer dans lequel vit l'enfant et la durée de la période pendant laquelle il a vécu dans ce foyer sont des facteurs qui doivent être pris en compte pour décider quels arrangements visant la garde et l'accès sont dans son intérêt (LRDE, art. 24(2)c)). Le statu quo est un facteur particulièrement important pendant les procédures relatives à la garde provisoire¹⁵ :

[TRADUCTION] Compte tenu de l'importance accordée au bien-être de l'enfant à cette étape, le critère qui doit être appliqué relativement à une demande de garde provisoire consiste à déterminer quelles conditions de vie temporaires engendrent le moins de perturbations pour l'enfant, sont les mieux adaptées à ses besoins et assurent le mieux sa protection. En résumé, le statu quo – les conditions de vie que l'enfant connaît le mieux – devrait être maintenu le plus possible (*Marshall c. Marshall*, 1998).

Lorsque le bien-être d'un enfant est en cause, les tribunaux sont généralement prudents et préfèrent maintenir le statu quo si celui-ci s'est révélé bénéfique pour l'enfant. Les engagements de ne pas troubler l'ordre public qui incluent des conditions limitant la capacité d'un parent de créer ou de maintenir une relation normale avec ses enfants peuvent jouer un rôle important dans l'établissement du « statu quo ». Dans *Otis*, par exemple, le juge de première instance a conclu :

[TRADUCTION] Bien que je ne conteste pas que les restrictions contenues dans les engagements étaient justifiées, il est évident qu'elles ont nui à la normalisation des relations entre le mari et les enfants en compliquant et en limitant l'exercice du droit d'accès. Les parents ne pouvaient pas communiquer directement. Cette mesure a peut-être rassuré l'épouse quant aux futures intrusions menaçantes, mais elle n'a en rien favorisé la restauration de la confiance et de la collaboration qui sont nécessaires pour rétablir, favoriser et maintenir des relations saines entre les enfants et leur père. L'intervention de tiers a été nécessaire pour faciliter l'exercice du droit d'accès limité. Les communications entre le mari et les enfants ont aussi été compromises parce qu'il ne pouvait pas téléphoner à la maison de crainte que son épouse réponde (*Otis c. Gregoire*, 2008, par. 17).

Comme les conditions de la mise en liberté sous caution décrites dans *Shaw*, les conditions rattachées à un engagement de ne pas troubler l'ordre public ou à une ordonnance de probation peuvent mener à l'établissement d'un statu quo qui n'existait pas avant le dépôt des accusations

¹⁴ Les clients peuvent aussi se demander si le plaignant pourrait tenter une poursuite civile et de quelle manière un engagement de ne pas troubler l'ordre public pourrait être utilisé dans ce contexte.

¹⁵ Les ordonnances de garde provisoire décrivent le régime de garde et d'accès qui s'applique jusqu'au règlement définitif de l'affaire.

criminelles et qui nuit à l'accusé dans le cadre des procédures relevant du droit de la famille¹⁶. Les avocats et leurs clients devraient également tenir compte du fait qu'un règlement qui exige de l'accusé qu'il participe à un PIPV avant qu'une décision puisse être rendue relativement aux accusations prolonge la période pendant laquelle l'accusé doit se conformer aux conditions restrictives de sa mise en liberté sous caution. Par conséquent, les avocats de la défense devraient veiller à ce que ces conditions et celles qui se rattachent à l'engagement de ne pas troubler l'ordre public ou à l'ordonnance de probation éventuel permettent le maintien d'une relation normale entre le client et ses enfants.

7.1.2.3 Communications entre les conjoints

L'interdiction de communiquer avec le plaignant est normalement prévue dans l'engagement de ne pas troubler l'ordre public qui est contracté en échange du retrait d'une accusation criminelle concernant une allégation de violence familiale. Une exception permettant les contacts avec le consentement écrit révocable du plaignant est toutefois généralement prévue également. Des conditions de ce genre sont également susceptibles d'être imposées relativement à une ordonnance de probation ou à une ordonnance de sursis.

Il est essentiel que les anciens conjoints puissent communiquer entre eux lorsque certains types de garde sont imposés, en particulier la garde conjointe, laquelle vise à préserver la responsabilité juridique des deux parents à l'égard de l'éducation des enfants. La Cour d'appel de l'Ontario a statué, dans *Kaplanis c. Kaplanis*, qu'une ordonnance de garde conjointe peut être envisagée même si un parent prétend qu'il ne peut communiquer avec l'autre. Le tribunal doit cependant disposer d'une preuve démontrant que, malgré leurs différends, les parents sont en mesure de communiquer efficacement l'un avec l'autre (*Kaplanis*, 2005).

En conséquence, il est important de faire en sorte qu'une interdiction de communication contenue dans un engagement de ne pas troubler l'ordre public, une ordonnance de probation ou une ordonnance de sursis soit assortie d'exceptions utiles. Les avocats pourraient envisager de proposer une condition permettant les communications avec le consentement du plaignant ou renfermant une exception qui permet les contacts conformément à une ordonnance rendue par le tribunal de la famille ou à une entente de séparation. Les parents doivent être en mesure de continuer de rester en contact dans l'intérêt de l'enfant sans que le client contrevienne à son engagement de ne pas troubler l'ordre public ou aux conditions de sa probation ou de son ordonnance de sursis.

Comme pour ce qui est des conditions de la mise en liberté sous caution, il faut réfléchir avec soin à la formulation des conditions interdisant les communications dont sont assorties les ordonnances de probation afin que le tribunal de la famille dispose de toute la latitude dont il a besoin ou que les véritables tentatives de réconciliation au sein de la famille ne soient pas découragées. Le juge Bovard suggère ce qui suit :

[TRADUCTION] Vous ne pouvez pas communiquer avec (nom du plaignant), sauf :

¹⁶ Un tribunal ne permettra toutefois pas à une partie de tirer avantage d'un statu quo fabriqué de mauvaise foi. Voir, p. ex., *LiSanti c. LiSanti* (1990), 24 R.F.L. (3d) 174 (T. fam. Ont.).

- s'il a donné par écrit un consentement révocable à votre agent de probation
- OU
- pour exercer votre droit d'accès auprès de votre enfant conformément à une ordonnance rendue postérieurement par le tribunal de la famille
- OU
- par l'entremise d'un avocat
- OU
- par l'entremise d'un tiers accepté par écrit par votre agent de probation, mais
UNIQUEMENT aux fins de l'exercice de votre droit d'accès auprès de votre enfant.

7.1.3 Acquittement

Un acquittement à la suite d'un procès criminel ne garantit pas que l'allégation sous-tendant l'accusation ne constituera pas le fondement d'une demande de dommages-intérêts dans une affaire soumise au tribunal de la famille ou dans le cadre d'une procédure de protection de l'enfance. Les allégations doivent être prouvées hors de tout doute raisonnable en matière pénale, mais uniquement selon la prépondérance des probabilités en matière civile. Les normes de preuve et les règles régissant l'admissibilité de la preuve qui sont différentes contribuent à expliquer pourquoi une allégation de violence familiale qui n'a pas mené à une déclaration de culpabilité peut quand même être prise en compte dans le cadre d'une décision concernant la garde et l'accès ou d'une demande visant la possession exclusive du foyer conjugal. Un tribunal civil peut aussi conclure qu'un conjoint a été victime d'une agression ou de voies de fait même si le défendeur a été acquitté de l'accusation criminelle fondée sur les mêmes actes.

Dans *Shaw c. Brunelle* par exemple, la juge Blishen a conclu que le mari avait poussé ou jeté son épouse hors de la maison, lui causant ainsi une fracture grave du poignet, en dépit du fait que M. Shaw avait été acquitté d'une accusation de voies de fait fondée sur les mêmes allégations. Elle a expliqué :

[TRADUCTION] [I]l ne s'agit pas d'un procès criminel où le tribunal doit rendre une décision hors de tout doute raisonnable. Il s'agit de déterminer si M^{me} Brunelle a démontré, selon la prépondérance des probabilités, que M. Shaw lui a causé intentionnellement un préjudice, commettant ainsi le délit d'acte de violence. Bien que la preuve des deux parties comporte des lacunes, dans l'ensemble, je préfère la preuve de M^{me} Brunelle qui est corroborée par Byron Shaw et l'agent Elmi. Je conclus que M. Shaw a soit poussé, soit jeté M^{me} Brunelle hors de la maison le 22 août 2007, lui causant ainsi une grave fracture du poignet droit (*Shaw c. Brunelle*, 2012, par. 76).

M^{me} Brunelle a eu droit à des dommages-intérêts généraux et majorés de 65 000 \$, à une somme de 25 000 \$ pour perte d'un avantage concurrentiel et à une indemnité concernant le coût des soins qu'elle recevra dans l'avenir et dont le montant sera déterminé par un actuaire. Les dommages-intérêts majorés de 15 000 \$ tenaient compte du fait qu'elle avait été expulsée de chez elle au milieu de la journée par son mari et du fait que la conduite de celui-ci avait contribué à ses problèmes de santé mentale persistants. (Voir aussi *Ruscinski c. Ruscinki*, 2006: par. 58.)

7.2 *Modification des ordonnances*

7.2.1 *Ordonnances de sursis*

Les conditions facultatives qui peuvent être imposées dans une ordonnance de sursis peuvent être modifiées en suivant la procédure décrite à l'art. 742.4 du *Code criminel*. Cette disposition prévoit que l'agent de surveillance, le délinquant ou le poursuivant peuvent proposer des modifications aux conditions facultatives. Lorsqu'il propose des modifications, l'agent de surveillance les notifie par écrit au tribunal, au délinquant et au poursuivant. Si aucune partie ne demande la tenue d'une audience dans les sept jours suivant la réception de la notification et que le tribunal n'ordonne pas d'office la tenue d'une telle audience, les modifications proposées prennent effet 14 jours après la réception de la notification par le tribunal. Par ailleurs, lorsque la demande de modification est faite par le délinquant ou le poursuivant, l'audience est obligatoire et est tenue dans les 30 jours suivant la réception de la notification de cette demande par le tribunal.

Dans *R. c. Kobsar*, le juge Germain, de la Cour du banc de la Reine de l'Alberta, a exprimé certaines critiques à l'égard des pouvoirs accordés par la loi aux agents de surveillance des ordonnances de sursis et a mentionné ce qui suit :

[TRADUCTION] Je suggère aux agents de surveillance de suivre quatre règles fondamentales lorsqu'ils demandent la modification d'une ordonnance de sursis en vertu de l'art. 742.4(1). Cette liste ne se veut pas exhaustive :

1. Ils devraient ordonner et examiner la transcription de l'audience de détermination de la peine afin de déterminer de quels renseignements le juge disposait et quels sont les motifs qui, selon lui, justifiaient la peine.
2. Le pouvoir octroyé à un agent de surveillance par l'art. 742.4(1) devrait être exercé avec parcimonie, en raison du risque important touchant l'administration de la justice qui est inhérent à cette procédure. L'évolution des circonstances est un aspect qui n'a pas été raisonnablement envisagé par le juge qui a déterminé la peine, pas simplement le respect de l'ordonnance (attendu ou non). En particulier, il ne faudrait pas considérer que le terme « justifie » employé dans la disposition signifie « bénéfique » pour l'accusé.
3. Les modifications proposées par les agents de surveillance devraient être des modifications de forme et non de fond, par exemple un changement d'adresse, une absence temporaire pour s'occuper d'une affaire familiale importante ou l'assouplissement des limites territoriales imposées aux déplacements afin qu'elles soient compatibles avec une autre condition de l'ordonnance, l'élargissement du territoire d'emploi ou le remplacement des personnes-ressources mentionnées, comme les gardiens ou les avocats, à qui les visites sont réputées être des raisons légitimes de s'absenter de la maison. La modification de la durée de la portion « détention à domicile »

de l'ordonnance est une modification de fond pour laquelle le délinquant doit utiliser la procédure décrite à l'art. 742.4(5).

4. L'article 742.4(1) ne devrait jamais être utilisé lorsque c'est le délinquant qui, dans les faits, souhaite la modification et que l'agent de surveillance estime simplement que celle-ci n'est pas une mauvaise idée. Dans ces cas, il convient de suggérer que le délinquant invoque l'art.742.4(5) (*R. c. Kobsar*, 2004, par. 26).

7.2.2 Ordonnances de probation

La modification des ordonnances de probation est régie par l'art. 732.2(3) du *Code criminel*. Une ordonnance de probation exige du délinquant qu'il se conforme à un certain nombre de conditions. Certaines des conditions sont obligatoires : le délinquant doit « ne pas troubler l'ordre public et [...] avoir une bonne conduite », répondre aux convocations du tribunal et prévenir le tribunal ou l'agent de probation de ses changements d'adresse ou d'emploi. Il y a aussi un certain nombre de conditions facultatives, par exemple se présenter à l'agent de probation, s'abstenir de consommer de l'alcool et des drogues, s'abstenir de posséder une arme, s'abstenir de se trouver à certains endroits, s'abstenir de communiquer avec certaines personnes ou de s'associer à certaines personnes et participer à un programme de traitement.

Le tribunal qui a rendu l'ordonnance de probation peut, sur demande du délinquant, du poursuivant ou de l'agent de probation, modifier les conditions facultatives, dégager le délinquant de l'obligation d'observer ces conditions et abréger la durée d'application de l'ordonnance.

Il importe d'obtenir le point de vue de la victime pour savoir s'il y a lieu de modifier une ordonnance de probation. Ce point de vue est plus facile à obtenir si l'agent de probation est resté en contact avec la victime. En maintenant des rapports réguliers avec celle-ci, l'agent de probation peut corroborer l'information fournie par le délinquant pendant qu'il est en probation et assurer plus facilement le respect de l'ordonnance de probation.

DOCTRINE CITÉE

Addario, Frank

2011 *Criminal law for family law lawyers: top ten things you need to know*. Document présenté dans le cadre du programme « Six-Minute Family Law Lawyer », 2011.

Australian Law Reform Commission

1997 *Seen and Heard: Priority for Children in the Legal Process*. ALRC Report 84.

Bala, Nicholas, Peter G. Jaffe et Claire V. Crooks

2007 “Spousal violence and child-related cases: Challenging cases requiring differentiated responses.” *Canadian Family Law Quarterly*, 27(1): 1-113.

Barbra Schliker Commemorative Clinic

2011 *Se rendre justice : des solutions en dépit de l’adversité. Rapport final*. Toronto.

Barreau du Haut-Canada

2001 *Code de déontologie*. Adopté par le Conseil le 22 juin 2000. Modifications à jour au 22 septembre 2011. Toronto.

Bovard, Joseph W.

2012 Entrevue avec Joseph Di Luca et Breese Davies, le 28 février 2012.

Bovard, Joseph W.

2009 *Some Judicial Comments from the Family Court Bench on Bail Orders that Conflict with Family Law Proceedings*. Document présenté à la conférence intitulée « Justice of the Peace Fall Conference II: Intersection of Family and Criminal Law ».

Canada, Ministère de la Justice

2003 *Rapport final du Groupe de travail fédéral-provincial-territorial spécial chargé d’examiner les politiques et les dispositions législatives concernant la violence conjugale*. Élaboré pour les ministres responsables de la justice du gouvernement fédéral, des provinces et des territoires (Canada). Ottawa, Ministère de la Justice.

Child Abuse Protocol for Kingston and Frontenac

2009 A Coordinated Response to Child Abuse Investigative, Justice and Community Services for the City of Kingston and Frontenac County. En ligne : <http://kfacc.org/wp-content/uploads/2009/11/Final-Copy-Child-Abuse-Protocol-September-16-2009-.pdf>.

Davies, Graham, Clare Wilson, Rebecca Mitchell et John Milson

1995 *Videotaping Children’s Evidence: An Evaluation*. London: Home Office, Research and Statistics Department. (Research findings, No. 20).

DeLeon-Granados, Williams, William Wells, et Ruddyard Binsbacher

2006 “Arresting developments: trends in female arrests for domestic violence and proposed explanations.” *Violence Against Women*, 12(4): 355-371.

Di Luca, Joseph

2007 *Bail Variations and Violations in the Domestic Context – The Defence Perspective*.

Document présenté à la conférence de l’Association du Barreau de l’Ontario intitulée « Conference on Crime in the Family: Navigating the Intersection between Criminal and Family Law ».

Glass, Lorne et Seema Jain

2007 *Dealing with Children’s Aid Societies*. Document présenté à la conférence de l’Association du Barreau de l’Ontario intitulée « Conference on Crime in the Family: Navigating the Intersection between Criminal and Family Law ».

Goldberg, Susan

2011 *La résolution de problèmes dans les salles d’audience du Canada. La justice thérapeutique : un guide*. Ottawa, Institut national de la magistrature.

Halpern, Robert M., Jennifer L. Wilson et E. Llana Nakonechy

2007 *What To Do in the Immediate Aftermath of an Incident of Domestic Violence*. Document présenté à la conférence de l’Association du Barreau de l’Ontario intitulée « Conference on Crime in the Family: Navigating the Intersection between Criminal and Family Law ».

How, Helen

2012 Entrevue avec Breese Davies, mars 2012.

Jaffe, Peter G., Claire V. Crooks et Nicholas Bala

2005 *Conclure les bonnes ententes parentales dans les cas de violence familiale : recherche dans la documentation pour déterminer les pratiques prometteuses*. Ottawa, Ministère de la Justice.

Joseph, Gary S. et Michael Stangarone

2009 *When Family Courts and Criminal Courts Collide: The Impact of Bail Conditions on the Adjudication of Family Law Matters*. Troisième sommet annuel sur le droit de la famille. Barreau du Haut-Canada, Toronto.

Kehoe, Kate

Intersection of criminal and family proceedings in domestic violence cases: Suggestions for Criminal Court Judges. Ottawa, National Judicial Institute.

Law, Tammy

2012 Entrevue avec Erin Dann, le 9 mars 2012.

Law Society of British Columbia

2011 *Professional Conduct Handbook*.

Legal Aid Ontario

Duty Counsel Bail Book. Toronto.

Mandhane, Renu

2007 “Defence Applications for Child Protection Records.” *The Child Protection File: Best Practices*. Toronto, Law Society of Upper Canada.

Ministry of the Attorney General (British Columbia)

2011 “Spousal Assault.” Crown Policy Manual, File No. 56680-00, SPO 1.

Ministry of the Attorney General (Ontario)

2002 “Spouse/Partner Offences: Evidentiary Issues” *Practice Memorandum* PM [2002] No. 8. Toronto.

Murphy, Helen

2007 “Police Records, Privacy and the Best Interests of the Child.” *The Child Protection File: Best Practices*. Toronto: Law Society of Upper Canada.

Nova Scotia Public Prosecution Service

2009 *Risk Assessments (ODARA) in Spousal/Partner Violence Cases*. Note de pratique.

Ontario, Ministère du Procureur général

2005b « Filtrage des accusations ». *Manuel des politiques de la Couronne*. Toronto.

Ontario, Ministère du Procureur général

2005 « Infractions à l’endroit des conjoints ou partenaires ». *Manuel des politiques de la Couronne*. Toronto.

Prutschi, Edward

2011 *Integrated Domestic Violence Court – One-Stop Courthouse Shopping*. Slaw.ca.
<http://www.slaw.ca/2011/05/18/integrated-domestic-violence-court-one-stop-courthouse-shopping>

Saull, Richard A.

2008 *Domestic Violence Cases: A Call for More Stringent Application of the Judicial Interim Release Provisions*. Document présenté au National Criminal Law Program. Charlottetown, PEI.

Smith, Bryan

2004 *Implications of Criminal Charges for Family Law Proceedings (and vice versa)*. Document présenté dans le cadre du programme « 4th Annual Six Minute Criminal Defence Lawyer ». Toronto, Law Society of Upper Canada.

Tempesta, Caterina E.

2012 Entrevue avec Joseph Di Luca et Erin Dann, le 7 mars 2012.

Waldman, Geraldine

2010 “The What and Why of the Proposed Integrated Domestic Violence Court,”
Matrimonial Affairs, Newsletter of the Ontario Bar Association Family Law Section,
22(2). En ligne : http://www.oba.org/En/Family_en/newsletter_en/v22n2.aspx

Witkin, Jill

2007 “Child Abuse: Concurrent Criminal and Protection Proceedings.” *The Child Protection File: Best Practices*. Toronto, Law Society of Upper Canada.

JURISPRUDENCE CITÉE

Catholic Children's Aid Society of Toronto c. T.K., [2004] O.J. No. 61, 50 R.F.L. (5th) 285 (C.J.)

Children's Aid Society of Algoma c. D.P., [2007] O.J. No. 3601 (C.S.J.)

Children's Aid Society of Huron County c. R.G. (2003), 124 A.C.W.S. (3d) 712 (C.J. Ont.)

Children's Aid Society of the District of Thunder Bay c. S.D., 2011 ONCJ 100, [2011] O.J. No. 2074 (C.J.)

Juman c. Doucette, [2008] 1 R.C.S. 157

Kaplanis c. Kaplanis (2005), 10 R.F.L. (6th) 373 (C.A. Ont.)

LiSanti c. LiSanti (1990), 24 R.F.L. (3d) 174 (T. fam. Ont.)

MacNeil c. Playford, 2008 NSSC 268

Marshall c. Marshall (1998), 42 R.F.L. (2d) 48 (C.A.N.-É.), citant *Pye c. Pye* (1992), 112 N.S.R. (2d) 109

Otis c. Gregoire, [2008] O.J. No. 3860 (C.S.J.)

P. (D.) c. Wagg, [2004] O.J. No 2053 (C.A.)

R. c. Arp, [1998] 3 R.C.S. 339

R. c. Askov, [1990] 2 R.C.S. 1199

R. c. B. (K.G.), [1993] 1 R.C.S. 740

R. c. Bain, [2009] O.J. No. 3516 (C.S.J.)

R. c. Batte, (2000) 145 C.C.C. (3d) 449 (C.A. Ont.)

R. c. Campagnaro, [2004] O.J. No. 1529 (C.J.)

R. c. D. (L.E.), [1989] 2 R.C.S. 111

R. c. D.S.F. (1999), 132 CCC (3d) 97 (C.A. Ont.)

R. c. E.M.B., [2000] A.J. No. 91 (B.R. Alb.)

R. c. F. (C.C.), [1997] 3 R.C.S. 1183

R. c. Grandinetti, [2005] 1 R.C.S. 27

R. c. Handy, [2002] 2 R.C.S. 908

R. c. Henry, [2005] 3 R.C.S. 609

R. c. Hodgson, [1998] 2 R.C.S. 449

R. c. Hudson, [2001] O.J. No. 5456 (C.S.)

R. c. Jeanveau, [2007] O.J. No. 780 (C.S.)

R. c. Khelawon, [2006] 2 R.C.S. 787

R. c. Kobsar, [2004] 192 C.C.C. (3d) 224 (B.R. Alb.)

R. c. L. (D.O.), [1993] 4 R.C.S. 419

R. c. L.G., [2003] O.J. No. 4974 (C.S.)

R. c. McNeil, [2009] 1 R.C.S. 66

R. c. Mills, [1999] 3 R.C.S. 668

R. c. Morin, [1992] 1 R.C.S. 771

R. c. Nedelcu, 2011 ONCA 143, [2011] O.J. No. 795 (C.A.)

R. c. Nedelcu, [2012] 3 R.C.S. 311

R. c. O'Connor, [1995] 4 R.C.S. 411

R. c. Oickle, [2000] 2 R.C.S. 3

R. c. Rashid (2009), 243 C.C.C. (3d) 318 (C.S. Ont.)

R. c. Singh, [2007] 3 R.C.S. 405

R. c. Stinchcombe, [1991] 3 R.C.S. 326

R. c. Sweryda, [1987] A.J. No. 212 (C.A.)

R. c. T.C. (2004), 189 C.C.C. (3d) 473 (C.A. Ont.)

R. c. Villota (2002), 163 CCC (3d) 507 (C.S.J.)

Romspen Investment Corp. c. 6176666 Canada Ltée., 2012 ONSC 1727

Ruscinski c. Ruscinki, [2006] O.J. No. 1274 (C.S.J.)

Shaw c. Burnelle, [2012] O.J. No. 314 (C.S.J.)

Shaw c. Shaw (2008), 62 R.F.L. (6th) 100 (C.J. Ont.)

Valenti c. Valenti (1996), 21 R.F.L. (4th) 246 (Div. gén. Ont.)

ANNEXE A

Trousse d'outils en matière de jurisprudence à l'intention des avocats de la défense et des avocats de service

L'octroi ou le refus de la mise en liberté sous caution ne fait pas entrer en jeu seulement l'art. 11e) de la *Charte*, qui garantit à tout accusé le droit de ne pas être privé d'une mise en liberté sous caution raisonnable sans motif valable, mais également le droit de l'accusé à la liberté et à la sécurité de sa personne. La mise en liberté sous caution n'est pas un privilège. La mise en liberté provisoire par voie judiciaire ne devrait être refusée que dans les cas où cela est nécessaire. Ces principes s'appliquent aux cas de violence familiale comme aux affaires relatives à d'autres infractions. Les décisions suivantes énoncent les principes applicables. Elles peuvent être utiles aux avocats de la défense et aux avocats de service lors des enquêtes sur le cautionnement.

Principes généraux

R. c. Morales, [1992] 3 R.C.S. 711, au par. 11 : La Cour suprême décrit la partie XVI du *Code* comme un [TRADUCTION] « système libéral et éclairé de mise en liberté avant le procès [...] en vertu duquel le prévenu doit normalement être mis en liberté sous caution ».

R. c. Hall, [2002] 3 R.C.S. 309

La liberté du citoyen est au cœur d'une société libre et démocratique. La liberté perdue est perdue à jamais et le préjudice qui résulte de cette perte ne peut jamais être entièrement réparé. Par conséquent, dès qu'il existe un risque de perte de liberté, ne serait-ce que pour une seule journée, il nous incombe, en tant que membres d'une société libre et démocratique, de tout faire pour que notre système de justice réduise au minimum le risque de privation injustifiée de liberté.

Approche individualisée à l'égard de la mise en liberté sous caution

R. c. Brooks (2001), 153 C.C.C. (3d) 533 (C.S.J. Ont.)

Les procureurs de la Couronne devraient exercer le pouvoir discrétionnaire de consentir à la mise en liberté sous caution dans les cas appropriés et celui de s'opposer à cette mise en liberté lorsque cela est justifié. Ce pouvoir discrétionnaire doit être exercé de façon éclairée et équitable et d'une manière conforme au courant jurisprudentiel dominant. *Le poursuivant déroge à son rôle à titre de ministre de la Justice et de gardien des droits civils de tous s'il s'oppose à la mise en liberté sous caution dans tous les cas ou systématiquement lorsque le prévenu est accusé d'un crime particulier, ou en raison des désirs de la victime sans tenir compte du droit à la liberté du prévenu.*

R. c. J.V., [2002] O.J. No. 1027 (C.S.J.)

En qualité d'officier quasi judiciaire, le procureur de la Couronne a l'obligation, dans toute instance contradictoire, de protéger les droits légaux et constitutionnels de l'accusé. À cette fin, *il ne peut, lorsqu'il prend une décision discrétionnaire, appliquer servilement les politiques de tolérance zéro ou les recommandations formulées par un coroner au terme d'une enquête qui a été très médiatisée*. Cela équivaldrait à n'exercer aucun pouvoir discrétionnaire et donnerait lieu à des décisions arbitraires dans certains cas.

La mise en liberté sous caution peut être obtenue peu importe l'infraction, même dans les cas de violence familiale

R. c. Taylor, [2005] O.J. No. 1789 (C.S.J.) : Certains passages de cette décision établissent clairement que le ministère public ne devrait pas systématiquement s'opposer à la mise en liberté dans les cas de violence familiale.

Il ne fait aucun doute que, dans les affaires de violence familiale, les poursuivants sont confrontés à des difficultés qui sont moins fréquentes dans les autres types d'affaires et qu'ils peuvent devoir protéger l'intérêt public avec un acharnement particulier, mais ils doivent aussi, à mon avis, agir de manière équitable et tenir compte du droit à la liberté de l'accusé.

R. c. A.B., [2006] O.J. No. 394 (C.S.J.)

La question de savoir si un accusé peut être mis en liberté sous caution doit être tranchée au cas par cas. Un accusé devrait être mis en liberté si aucun des motifs prévus au par. 515(10) n'existe. *La personne raisonnable comprendrait que la mise en liberté sous caution n'est systématiquement interdite relativement à aucune infraction* et que les personnes accusées d'une infraction aussi grave que l'agression sexuelle ou le meurtre obtiennent souvent une mise en liberté sous caution. Elle comprendrait aussi – ce qui est tout aussi important – que la grande majorité des accusés obtiennent une mise en liberté sous caution et qu'ils ne prennent pas la fuite et ne commettent pas d'autres infractions pendant qu'ils sont en liberté.