

La détermination des faits et de la responsabilité par les commissions d'enquête

Charles-Maxime Panaccio*

INTRODUCTION	93
I. COMMISSIONS D'ENQUÊTE ET ÉTABLISSEMENT DES FAITS	94
A. Principe général : des normes de preuve moins exigeantes	95
B. Contentieux administratif et normes de preuve	96
II. REMARQUES SUR LA QUESTION DE LA RESPONSABILITÉ	100
A. Énoncés de droit positif.	100
B. Limiter la compétence des commissions d'enquête quant à l'attribution de responsabilité personnelle ?	109

* Professeur adjoint, Faculté de droit, Section de droit civil, Université d'Ottawa.

INTRODUCTION

Le processus d'établissement des faits par une commission d'enquête de nature « investigatrice » s'apparente à plusieurs égards à celui d'un procès civil ou pénal. La commission entend des témoins et ceux-ci sont interrogés et contre-interrogés par des avocats ; on peut y présenter de la preuve écrite et matérielle ; et, en bout de ligne, sur la base des éléments de preuve obtenus, la commission tire certaines conclusions de fait. Il est néanmoins bien établi en jurisprudence qu'une commission d'enquête bénéficie de plus de flexibilité qu'un juge de procès lorsqu'il s'agit de l'application de règles dites « de fond » en matière de preuve (fardeaux et standards de preuve, moyens de preuve, règles d'admissibilité, etc.). La principale raison invoquée au soutien de cette proposition est qu'alors que le procès judiciaire tire des conclusions qui ont force juridique, détermine les droits et obligations des personnes et les conséquences qui en découlent, les commissions d'enquête ne font quant à elles qu'établir les faits, sans pouvoir tirer quelque conclusion juridique que ce soit qui puisse donner lieu à une ordonnance coercitive.

Ceci revient en quelque sorte à dire que malgré certaines ressemblances évidentes, comme le procès et la commission d'enquête ont des objets différents, les normes encadrant le processus de détermination de la preuve s'y appliquant tendent aussi à différer. Le présent texte offre ainsi un tour d'horizon des normes juridiques encadrant le processus de détermination des faits au sein des commissions d'enquête « investigatrices ». Ces normes sont en partie façonnées par la nature et l'objet des commissions. Mais celles-ci étant de pures créatures administratives, ces normes sont également façonnées par les principes généraux qui encadrent le contentieux administratif, soit le respect des limites de l'autorité déléguée, le respect de l'équité procédurale, la conformité à certaines exigences associées à la raison ou à la rationalité et la doctrine de la « déférence » judiciaire. Le texte se conclut par l'analyse d'une question qui hante discrètement la discussion de l'application de règles de preuve au sein des commissions d'enquête et plus généralement les débats politiques et juridiques concernant ces commissions : celle de l'autorité

des commissions de tirer des conclusions quant à la responsabilité juridique des personnes impliquées et/ou de « nommer des noms ». À cet égard, si les sources de droit positif, particulièrement la jurisprudence, tergiversent, d'une perspective d'éthique publique il apparaît souhaitable d'éviter que le travail des commissions d'enquête chevauche celui des tribunaux judiciaires en matière d'attribution de responsabilité individuelle.

I. COMMISSIONS D'ENQUÊTE ET ÉTABLISSEMENT DES FAITS

Une commission d'enquête a toujours pour mandat d'établir certains faits, mais la nature des faits à établir peut varier d'une commission à l'autre. Certaines commissions ont pour mandat premier de déterminer ce qui est survenu dans le passé (« Qui a fait quoi à qui » ?)¹, alors que d'autres ont davantage pour mandat de déterminer des faits pertinents d'une nature plus générale relativement à une question d'intérêt public². Aussi, dans la plupart des cas, une commission d'enquête aura non seulement pour mandat de déterminer certains faits, mais aussi de faire des recommandations au gouvernement sur la base des faits établis. Or, de telles recommandations peuvent suivre des conclusions quant à ce qui est survenu, des conclusions quant à la situation qui prévaut actuellement (ou qui risque de prévaloir) relativement à une question sociale donnée, ou un amalgame des deux types de conclusions. La présente discussion s'intéresse davantage au processus de détermination des faits au sein de

1. Traduction douteuse de « Who did what to whom ? », une expression utilisée par divers auteurs dans Allan MANSON et David MULLAN (dir.), *Commissions of Inquiry : Praise or Reappraise ?*, Toronto, Irwin Law, 2003 [Manson et Mullan] et qui forme le titre de la quatrième partie de cet ouvrage (« Who Did What to Whom Inquiries »).

2. La Commission de réforme du droit du Canada prônait une distinction entre deux catégories de commissions, suivant leurs fonctions : (1) les commissions consultatives, qui « examinent une question de politique générale et recueillent des éléments d'information relatifs à cette question, et (2) les commissions d'enquête au sens propre, qui s'intéressent principalement aux données d'un problème particulier, généralement relié au fonctionnement de l'État. La distinction offre certaines balises, mais comme le reconnaissait la Commission de réforme elle-même, la plupart des commissions tendent à être mixtes. Commission de réforme du droit du Canada, *Document de travail 17, Droit administratif : Les commissions d'enquête*, Ottawa, Ministère des Approvisionnements et Services Canada 1977, p. 13 [Document de travail 17]. Commission de réforme du droit du Canada, *13^e Rapport : Les commissions consultatives et les commissions d'enquête*, Ottawa, Ministère des Approvisionnements et Services Canada, 1979, p. 5-6 [Rapport]. Voir aussi Russel J. ANTHONY et Alastair R. LUCAS, *A Handbook on the Conduct of Public Inquiries in Canada*, Toronto, Butterworths, 1985, p. 3 [Anthony et Lucas].

commissions d'enquête qui ont principalement pour mandat de déterminer des faits survenus dans le passé (commissions que l'on peut qualifier d'« investigatrices »), car ce type d'enquête met directement en cause ce que l'on appelle généralement des « règles de fond » en matière de preuve. Il demeure néanmoins que la majeure partie de cette discussion peut être appliquée au processus de détermination de faits appartenant au présent et à l'avenir.

A. Principe général : des normes de preuve moins exigeantes

Même si les méthodes d'acquisition d'éléments de preuve sont différentes au sein d'une commission d'enquête investigatrice et d'un procès judiciaire accusatoire (par exemple, le personnel d'une commission peut générer ses propres rapports et études), les moyens de preuve utilisés devant ces deux types de *fora* sont essentiellement les mêmes : témoignages sur interrogatoires et contre-interrogatoires menés par des avocats, preuve écrite et preuve autoptique. Une commission peut aussi prendre connaissance d'office de certains faits de notoriété générale³.

Quoi qu'il en soit, la jurisprudence canadienne contient nombre d'affirmations concernant certaines différences entre procès et commissions d'enquêtes relatives aux normes régissant l'établissement des faits. Ainsi, les tribunaux ont affirmé avec constance que les commissions d'enquête sont autorisées à appliquer un standard de preuve qui n'est même pas aussi exigeant que celui de la prépondérance des probabilités du procès civil, et qu'elles n'ont pas à s'embarasser de certaines règles d'admissibilité comme celles relatives à la preuve par ouï-dire ou aux témoignages d'opinion⁴. Cette différence de standard serait justifiée par le fait qu'une commission ne fait que « déterminer les faits » et fait des recommandations à des fins de poli-

3. Anthony et Lucas, *ibid.*, p. 142, 174.

4. Anthony & Lucas, *ibid.*, p. 90 :

The practice adopted by most commissioners is to allow hearsay evidence and to hear opinion evidence from a broad range of witnesses. Some of whom would be considered experts and others not. The reasons are not hard to find. From the public's point of view it indicates a willingness to listen to a range of experience. From the inquiry's perspective, these opinions may still be the best, or the only, sources of information available.

La *Loi sur les enquêtes* du Nouveau Brunswick, L.R.N.B., 1973, c. I-11, a d'ailleurs codifié ces règles prétoriennes. Son art. 8 énonce : « Les commissaires peuvent entendre et recevoir toute preuve pertinente, même si elle n'est pas admissible suivant les règles applicables aux procès devant la Cour du Banc de la Reine du Nouveau-Brunswick ».

tique publique (de « policy »), alors qu'un tribunal a pour fonction de tirer des conclusions d'ordre juridique afin de régler un litige concernant les droits des parties, ce qui pourra s'assortir d'ordonnances coercitives⁵. Bref, en raison des intérêts en jeu, une commission d'enquête n'adoptera pas la même approche que les tribunaux judiciaires quant à la recherche de la vérité.

B. Contentieux administratif et normes de preuve

Une commission d'enquête étant une création de la branche exécutive du gouvernement, tout son processus décisionnel, y compris la détermination des faits, est assujéti aux règles associées au contrôle judiciaire de l'administration⁶. Ces règles sont bien connues et il suffit ici de donner un aperçu de leur itération la plus récente, tirée de la décision de la Cour suprême dans *Dunsmuir*⁷. D'abord, évidemment, une commission devra respecter les termes de son mandat et éviter d'établir des faits qu'elle n'a pas été autorisée à établir⁸. Ensuite, elle devra se soumettre aux exigences de l'équité procédurale. Enfin, ses conclusions de fait devront être raisonnables⁹.

5. *Bird v. Keep*, [1918] 2 K.B. 692, p. 698 (C.A.) (traitant de l'enquête d'un coroner); *Re Child's Aid Society of the County of York*, [1934] O.W.N. 418, p. 420 (C.A.); *Robb Estate v. St. Joseph's Health Care Centre*, (1998) 31 C.P.C. (4th) 99 (Ont. Gen. Div.), par. 19-24; *Canada (Procureur général) c. Canada (Commissaire de l'enquête sur l'approvisionnement en sang-première instance)*, [1996] 3 C.F. 259, A.C.F. No. 864, (C.F.), par. 143). *Canada (Procureur Général) c. Canada (Commissaire de l'enquête sur l'approvisionnement en sang)*, [1997] 2 C.F. 36, [1997] A.C.F. No. 17, par. 36 (C.A.) [*Enquête sur l'approvisionnement en sang-appel*]; *Rumley v. British Columbia*, [2003], 12 B.C.L.R. (4th) 121, p. 131; *Beno c. Canada (Commissaire et président de la Commission d'enquête sur le déploiement des forces armées canadiennes en Somalie)*, [1997] 2 C.F. 527, [1997] A.C.F. no. 509 (C.A.), par. 23.

6. Même si à une certaine époque ce n'était peut-être pas le cas (voir par exemple *Guay c. Lafleur*, [1965] R.C.S. 12), l'assujettissement des commissions d'enquête au contrôle judiciaire et aux normes s'y attachant est maintenant bien établi. L'évolution des règles entourant le contrôle judiciaire des travaux des commissions d'enquête a suivi la tendance générale à la « déformalisation » des règles du contrôle judiciaire. Voir la discussion du juge Schroeder dans *Re Ontario Crime Commission, Ex parte Feeley and McDermott*, [1962] O.R. 872 (C.A.) [*Ontario Crime Commission*]; voir aussi, à titre d'exemples, *Morneault c. Canada (Procureur-Général)*, [2001] 1 C.F. 30, [2000] A.C.F. 705 (C.A.), par. 42 [*Morneault*]; *Chrétien c. Canada (Commission d'enquête sur le Programme des commandites et les activités publicitaires - Commission Gomery)*, [2008] C.F. 802, [2008] A.C.F. n° 973, par. 39-44 (C.F.) [*Chrétien-Gomery*].

7. *Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick*, 2008 CSC 9, [2008] 1 R.C.S. 190.

8. *Ibid.*, par. 128 (le juge Binnie, souscrivant). Les motifs concordants du juge Binnie et ceux des juges Bastarache et LeBel montrent certaines différences d'approche méthodologique, mais celles-ci sont sans pertinence pour nos fins.

9. *Ibid.*, par. 28 (les juges Bastarache et LeBel) : « Le contrôle judiciaire permet aux cours de justice de s'assurer que les pouvoirs légaux sont exercés dans les limites

L'équité procédurale est une notion variable¹⁰. Les obligations qui en découlent se moduleront en fonction de la catégorie à laquelle appartient le décideur, de la nature de la question en cause et des conséquences pour les personnes concernées¹¹. Dans bien des cas, elle requiert que les personnes dont les intérêts sont mis en cause par les travaux d'une commission puissent adéquatement présenter des éléments de preuve et contre-interroger les témoins¹². Ainsi, en 1963, dans *Re Ontario Crime Commission*, le juge Schroeder de la Cour d'appel de l'Ontario affirmait :

In the prosecution of an inquiry of this type the proceedings are characterized by less formality than in the conduct of matters before the established courts, and the Commissioner is not bound to observe the strict rules of evidence or all the niceties of practice and procedure.

In the present inquiry, allegations of a very grave character have been made against the applicants, imputing to them the commission of very serious crimes. It is true that they are not being tried by the Commissioner, but their alleged misconduct has come under the full glare of publicity, and it is only fair and just that they should be afforded an opportunity to call evidence, to elicit facts, by examination and cross-examination of witnesses and thus be enabled to place before the commission of inquiry a complete picture rather than incur the risk of its obtaining only a partial or distorted one. This is a right to which they are, in my view, fairly and reasonably entitled and it should not be denied them.¹³

fixées par le législateur. Il vise à assurer la légalité, la rationalité et l'équité du processus administratif et de la décision rendue ».

10. *Ibid.*, par. 77, 79 (les juges Bastarache et LeBel).
11. *Ibid.*, par. 129 (le juge Binnie, souscrivant).
12. *Ibid.*, par. 77, 79; Anthony & Lucas, *op. cit.*, note 2, p. 91; *Ontario Crime Commission*, précité, note 6; voir aussi *Mahon v. Air New Zealand*, [1984] A.C. 808 (P.C.) (le Comité judiciaire du Conseil Privé, s'appuyant sur *R. v. Deputy Industrial Injuries Commissioner; Ex parte Moore*, [1965] 1 Q.B. 456, 488, 490 (C.A.)), citées dans Anthony et Lucas, *op. cit.*, note 6, p. 157-8; *Fraternité inter-provinciale des ouvriers en électricité c. Office de la construction du Québec*, [1983] C.A. 7, par. 19. On pourra enfin noter que le par. 5(1) de la *Loi sur les enquêtes publiques de l'Ontario*, L.R.O. 1990, c. P-41 permet expressément aux personnes ayant un intérêt important et direct dans l'objet de l'enquête de témoigner, d'appeler, d'interroger ou de contre-interroger des témoins. Voir aussi l'art. 12 du *Public Inquiries Act* de l'Alberta, R.S.A., 2000, c. P-39.
13. *Ontario Crime Commission*, précité, note 6, p. 895-6.

Par ailleurs, toujours suivant les règles générales du droit administratif, une commission doit donner des motifs au soutien de ses conclusions de fait¹⁴. Elle devra également respecter les règles de preuve d'ordre public qui s'appliquent, telles que celles relatives au privilège d'informateur de police ou au secret professionnel. Enfin, une commission est évidemment assujettie aux règles du droit constitutionnel.

Même en l'absence d'une clause privative¹⁵, il est clair qu'un tribunal judiciaire ne pourra interférer avec les conclusions de fait d'une commission d'enquête que si celles-ci sont déraisonnables. Les commissions ne jouissent pas d'une expertise supérieure aux tribunaux à l'égard du traitement des faits, mais ce n'est certainement pas le rôle des tribunaux de venir remettre en question les conclusions d'un organisme créé précisément afin de remplir, entre autres choses, une telle tâche. La même réserve est d'ailleurs accordée par les tribunaux d'appel aux tribunaux de première instance. Ainsi, comme l'a exprimé Lord Salmon, président de la Commission royale d'enquête sur les tribunaux d'enquête du Royaume-Uni :

Tribunals have no questions of law to decide. It is true that whether or not there is evidence to support a finding is a question of law. Having regard, however, to the experience and high standing of the members appointed to Tribunals and their natural reluctance to make any finding reflecting on any person unless it is established beyond reasonable doubt by the most cogent evidence, it seems unlikely that any such finding would ever be made without any evidence to support it. Any adverse finding which a Tribunal may make against any persons will depend upon what evidence the Tribunal believes.¹⁶

Aussi les tribunaux font-ils effectivement preuve de déférence quant aux conclusions de fait des commissions d'enquête¹⁷. Néan-

14. *Dunsmuir*, précité, note 7, par. 47 (les juges Bastarache et LeBel) : « Le caractère raisonnable tient principalement à la justification de la décision, à la transparence et à l'intelligibilité du processus décisionnel, ainsi qu'à l'appartenance de la décision aux issues possibles acceptables pouvant se justifier au regard des faits et du droit ».

15. À ma connaissance, seul le *Public Inquiries Act* de Terre-Neuve, S.N.L., 2006, c. P-38.1, contient une clause privative (art. 26).

16. The Rt Hon. Sir Cyril SALMON, *Tribunals of Inquiry*, Jerusalem, Magnes Press, 1967, p. 20, cité (et traduit) dans *Document de travail 17*, op. cit., note 2, p. 39-40. La référence à un standard de preuve hors de tout doute raisonnable a de quoi surprendre.

17. *Dunsmuir*, précité, note 7, par. 45. « La déférence suppose plutôt le respect du processus décisionnel au regard des faits et du droit. Elle « repose en partie sur le

moins, il faudrait probablement se garder de partager l'optimisme de Lord Salmon à l'égard de l'improbabilité que des conclusions soient jamais formulées par des commissions d'enquête sans preuve à l'appui. Peut-être vaudrait-il mieux rester vigilants et garder fraîche à l'esprit la possibilité qu'une commission vienne à tirer des conclusions factuelles déraisonnables ou non fondées.

L'opportunité offerte aux tribunaux judiciaires de réviser une conclusion de fait déraisonnable ou injustifiée peut être décrite comme relevant des exigences de l'équité procédurale ou de la doctrine de la *raisonnabilité*. Car une conclusion de fait qui n'est pas fondée sur des éléments de preuve probants ou sur aucun élément de preuve est *déraisonnable* dans la mesure où elle va à l'encontre des règles minimales de l'épistémologie (qui guident l'établissement de quelque fait ou connaissance que ce soit), tout en étant, par le fait même, inéquitable ou injuste pour la personne lésée par la conclusion. Ainsi, il faudra ajouter que si l'on a dit que le standard de preuve appliqué par une commission d'enquête pouvait être moins exigeant que celui de la prépondérance des probabilités, il faut se demander si un tel standard ne viendrait pas de toute façon nécessairement bafouer quelque norme épistémologique fondamentale en permettant à un commissaire de conclure à l'existence d'un fait sans justification suffisante. Autrement dit, peut-on même parler d'un standard de *preuve* moins exigeant que celui de la prépondérance des probabilités ? D'ailleurs, dans *Mahon v. Air New Zealand*, le Comité judiciaire du Conseil Privé¹⁸ a énoncé que l'équité procédurale imposait qu'une commission, lorsqu'elle tire une conclusion de fait, fonde sa décision sur de la preuve qui ait une valeur probante, c'est-à-dire sur des éléments qui tendent logiquement à démontrer l'existence de faits concordants avec la conclusion¹⁹. Par ailleurs, il a aussi déjà été décidé que la décision d'une commission d'exclure une preuve pertinente constituait une erreur juridictionnelle justifiant une intervention judiciaire²⁰.

respect des décisions du gouvernement de constituer des organismes administratifs assortis de pouvoirs délégués » : *Canada (Procureur général) c. Mossop*, [1993] 1 R.C.S. 554, p. 596, la juge L'Heureux-Dubé, dissidente ». Voir aussi les par. 48-53.

18. *Précité*, note 12, s'appuyant sur *R. v. Deputy Industrial Injuries Commissioner* [...], *précité*, note 12, cités dans Anthony et Lucas, *op. cit.*, note 1, p. 157-8.

19. Voir aussi *Morneault*, *précité*, note 6, par. 42-46, qui adopte essentiellement les motifs de cette dernière décision ; *Chrétien-Gomery*, *précité*, note 6, par. 63-64 ; Anthony & Lucas, *op. cit.*, note 2, p. 158.

20. *Re Bortolotti and Ministry of Housing*, (1977), 15 O.R. (2d) 617 (C.A.), p. 625-626.

II. REMARQUES SUR LA QUESTION DE LA RESPONSABILITÉ

De façon générale, les règles de preuve sont plus flexibles devant les commissions d'enquête que devant les tribunaux. Mais certaines règles de preuve, plus précisément celle déterminant le standard à appliquer, sont directement tributaires des intérêts des personnes concernées. Ainsi, en matière criminelle, on applique le standard plus exigeant de l'absence de doute raisonnable à cause de l'inégalité présumée des moyens entre l'État et l'accusé et à cause des conséquences sérieuses sur la liberté, la sécurité et la réputation d'une personne que peut avoir une déclaration de culpabilité. Est-ce à dire que les exigences de l'équité procédurale en matière administrative pourraient avoir pour conséquence de forcer l'application d'un standard de preuve plus exigeant, à la limite celui de l'absence de doute raisonnable, si des intérêts comparables à ceux mis en cause par une poursuite criminelle sont mis en cause par les conclusions d'une commission d'enquête ? Autrement dit : une commission d'enquête peut-elle mettre en jeu des intérêts identiques ou comparables à ceux mis en jeu par une poursuite criminelle ? C'est lorsque l'on tente d'apporter une réponse à cette question que vient s'interposer celle de l'autorité des commissions de tirer des conclusions quant à la responsabilité juridique des personnes impliquées et/ou de « nommer des noms ».

Il va évidemment de soi qu'une commission d'enquête ne se voit jamais expressément donné le mandat de déterminer s'il y a eu manquement à des règles relevant du *Code criminel* ou de la responsabilité civile extracontractuelle. Par contre, il est souvent arrivé que des commissions se voient octroyé un mandat qui leur demande de tirer certaines conclusions de fait qui, une fois les règles de droit positif du droit pénal ou du droit de la responsabilité civile extracontractuelle appliquées, constituent un crime, une infraction ou un délit civil. À cet égard, deux questions doivent être distinguées. Du point de vue des règles de droit, peut-on autoriser une commission à tirer de telles conclusions de fait ? Et du point de vue de l'éthique publique, ou de ce qui serait souhaitable d'une perspective de *public policy*, devrait-on permettre à une commission de tirer de telles conclusions de fait ?

A. Énoncés de droit positif

Du point de vue du droit la réponse est loin d'être limpide. Évidemment, le mandat d'une commission peut lui interdire précisé-

ment de tirer quelque conclusion que ce soit relativement à la responsabilité criminelle des personnes impliquées. La jurisprudence suggère également qu'une commission créée par un gouvernement provincial ne pourra tirer de conclusions de fait qui laissent facilement conclure à la responsabilité pénale d'une personne, car il s'agirait alors d'une intrusion inconstitutionnelle au sein des pouvoirs du gouvernement fédéral en matière de droit criminel. Évidemment, ceci n'empêcherait pas le gouvernement fédéral de créer une commission qui puisse tirer des conclusions de fait qui laissent facilement conclure à la commission d'un crime.

Par ailleurs, le raisonnement qui sous-tend l'interdiction appliquée aux commissions d'enquête provinciales laisse songeur. Car ces commissions ne sont jamais investies du mandat exprès d'appliquer les dispositions du *Code criminel*, et encore moins du mandat d'infliger des peines à ceux qui se seraient mal comportés selon leur évaluation des faits. Il devient alors difficile de croire qu'une commission provinciale (ou même fédérale) puisse effectivement devenir un instrument du droit criminel. Mais tant dans le cas d'une interdiction expresse dans le mandat que dans le cas de l'interdiction s'appliquant aux commissions provinciales, le débat tourne véritablement autour d'une seule et même question : une conclusion relevant du droit criminel peut-elle surgir de simples constatations de fait, sans qu'il y ait application de normes juridiques, ou faut-il nécessairement qu'il y ait application des normes du droit criminel et application d'une peine ? Cette question a été âprement débattue dans les affaires *Nelles* et *Starr*.

L'affaire *Nelles*²¹ est née des faits suivants. Au début des années quatre-vingt, un nombre inusité d'enfants étaient décédés au sein des unités de cardiologie de l'Hospital for Sick Children de Toronto. Une infirmière travaillant au sein de ces unités de cardiologie, M^{me} Nelles, avait éventuellement été accusée du meurtre de quatre enfants. L'accusation avait cependant été cassée à la suite de l'enquête préliminaire. Bien que deux rapports officiels avaient déjà été rédigés, le procureur général de l'Ontario avait ensuite pris la décision de mettre sur pied une commission royale d'enquête afin de faire la lumière sur toutes les circonstances.

L'arrêté en conseil énonçant le mandat du commissaire, le juge Samuel Grange, de la Cour d'appel de l'Ontario, affirmait spécifiquement qu'il ne pouvait tirer « any conclusion of law regarding civil or

21. *Nelles et al. And Grange et al.*, 46 O.R. (2d) 210 [*Nelles*].

criminal responsibility [...] »²². Selon le procureur-général, cette limite au mandat du commissaire était imposée afin de protéger les intérêts des parties à toute affaire judiciaire émanant de ces circonstances et d'assurer que la commission ne soit pas considérée comme un procès civil ou pénal ayant pour but de déterminer qui était responsable pour la mort des enfants, puisque ce n'était pas là la fonction d'une commission d'enquête. L'arrêté en conseil demandait finalement au commissaire Grange d'enquêter, de faire rapport et de faire des recommandations relativement à la question de savoir comment et de quelle façon étaient morts les enfants et sur les circonstances entourant la poursuite d'accusations criminelles suite à ces décès.

En cours de route, conformément à la *Loi sur les enquêtes publiques* ontarienne, le commissaire Grange a demandé que la Cour divisionnaire de l'Ontario détermine s'il avait raison de croire qu'il était autorisé à exprimer une opinion sur la question de savoir si la mort de quelque enfant était la conséquence d'un acte accidentel ou autre d'une ou plusieurs personne(s) déterminée(s). Plus précisément, le Commissaire avait conclu que l'arrêté en conseil l'autorisait : à déterminer si les enfants étaient morts suite à l'administration d'une surdose de digoxine ou d'un autre médicament ; à déterminer si l'administration de digoxine était accidentelle ou délibérée ; et à identifier la personne qui avait administré le médicament²³. Deux juges de la Cour divisionnaire ont répondu par l'affirmative et un par la négative, et la décision a été portée en appel devant la Cour d'appel de l'Ontario. Celle-ci a renversé la décision de la Cour divisionnaire.

Dans ses motifs, la Cour d'appel a souligné qu'une commission d'enquête ne pouvait constituer un moyen détourné de procéder à une enquête criminelle. Une telle commission se révélerait alors consti-

22. *Ibid.*, par. 7.

23. Son raisonnement était le suivant, *ibid.*, par. 15 :

Our law does not give rise to either criminal or civil responsibility by the mere doing of an act. In criminal law, there must for a conviction be proved beyond a reasonable doubt (except in some few statutory provisions not applicable here) not only the act itself but a criminal intent in the mind of the actor. For the offence of murder or that of criminal negligence causing death, the two offences perhaps most likely to arise in the matter under consideration, the Criminal Code requires certain very specific and very special intents. Similarly in our civil law an act itself does not necessarily give rise to liability for damages or other relief to the person affected. It must be shown that the actor owed a duty and breached that duty and might reasonably have foreseen the damages that occurred. It follows that a finding by me of commission of the act either by accident or by design (even if the finding were that of a court of competent jurisdiction which it would not be) would not without more give rise to either criminal or civil responsibility.

tuer une procédure coercitive et serait incompatible avec nos notions d'équité dans l'investigation et la détermination de la responsabilité pénale ou civile. La Cour semble aussi suggérer qu'une telle attribution de responsabilités outrepasserait les compétences constitutionnelles de la province, puisqu'il s'agirait là de procédures en matière de droit criminel. Mais au bout du compte, elle trouve son argument fondamental à l'encontre des conclusions du juge Grange dans l'énoncé de l'arrêté en conseil ayant constitué la commission.

La Cour d'appel concède qu'étant donné que l'arrêté en conseil demandait au commissaire de faire enquête et rapport sur la cause de la mort des enfants, on pourrait être porté à conclure que ceci implique nécessairement de déterminer si la mort a été causée par une surdose fatale de digoxine *et* de déterminer si l'administration de cette dose fatale a été accidentelle ou non. Cependant, l'arrêté en conseil énonçait également que le commissaire ne pouvait tirer de conclusion quant à la responsabilité civile ou pénale des personnes impliquées²⁴. Et selon la Cour, une conclusion de responsabilité peut être exprimée par l'établissement d'une conclusion de fait si ces faits, à eux seuls, lorsqu'attribués à une personne identifiée, constituent une conclusion de responsabilité civile ou pénale. Il s'ensuit que cette limite aux pouvoirs du commissaire trouvés dans l'arrêté en conseil lui interdit de nommer les individus dont les actes ont causé la mort des enfants. Le fait que ces conclusions ne lient pas les tribunaux lors de procédures ultérieures n'est pas un élément déterminant. Ce qui importe, c'est qu'une telle conclusion serait considérée par le public comme équivalente à une conclusion quant à la responsabilité juridique d'une personne et serait susceptible de causer un préjudice important à cette personne si elle était éventuellement accusée et poursuivie. De plus, cette personne n'aurait aucun recours afin de se disculper face aux conclusions de la Commission.

L'affaire *Starr* constitue en quelque sorte une répétition de l'affaire *Nelles*, bien que le débat au sein de la Cour suprême ait été

24. D'ailleurs la Cour d'appel a reconnu l'extrême difficulté du mandat conféré au juge Grange, *ibid.*, par. 23 :

It was probably inherent in the terms of the Order in Council that the task of meeting the "need of the parents and the public as a whole to be informed of all available evidence" by "full examination" of the matters to be inquired into and "to ensure full public knowledge of the completeness of the matters referred to", but to do so "without expressing any conclusion of law regarding civil or criminal responsibility", was one of extreme difficulty, at times approaching the impossible.

limité à une question de partage des compétences²⁵. Néanmoins, on pourra considérer que le juge Lamer reprend le rôle de la Cour d'appel de l'Ontario alors que le juge L'Heureux-Dubé reprend celui partagé par une majorité des juges de la Cour Divisionnaire et le juge Grange. Et même si en apparence la question semble être uniquement constitutionnelle, il demeure que le raisonnement du juge Lamer, comme celui de la Cour d'appel dans *Nelles*, semble être motivé par une certaine conception de ce qu'une commission d'enquête devrait et ne devrait pas être autorisée à faire. Il en vient à la conclusion qu'une commission d'enquête établie par un gouvernement provincial ne pourra jamais se voir attribué un mandat qui lui permette de tirer des conclusions de fait qui, lorsqu'on y applique quelque disposition du *Code criminel*, mènent à la conclusion qu'une personne a commis un acte criminel. Dans sa dissidence, le juge L'Heureux-Dubé faisait pour sa part remarquer que le simple établissement de faits ne peut jamais en soi équivaloir à l'établissement d'une responsabilité criminelle²⁶.

Si l'on se fie à la stricte *ratio decidendi* des affaires *Nelles et Starr*, on pourrait être porté à conclure que les commissions d'enquête mises sur pied par le gouvernement fédéral pourraient être autorisées à faire ce qui est interdit aux commissions provinciales²⁷. Comme l'ont suggéré les auteurs MacKay et McQueen, « the logical deduction from the decisions against the provincial inquiries that attempted to investigate criminal activity is that the federal government could engage in such investigations »²⁸. Cependant, dans *Phillips*, la Cour suprême a non seulement confirmé la validité de la position de la majorité dans *Starr*, mais elle a aussi émis la proposi-

25. *Starr c. Houlden*, [1990] 1 R.C.S. 1366.

26. Le juge Archie Campbell émet des commentaires similaires dans Justice Archie CAMPBELL, « The Bernardo Investigation Review », dans Manson et Mullan, *op. cit.*, note 1, p. 395 :

It is one thing to say what happened. It is another thing to characterize it as a mistake or an error or a dereliction of duty or a service offence. It is one thing to say as a fact, on the uncontradicted evidence, that an officer did not file a report that Bernardo stalked a young woman in St. Catharines. It is quite another thing to conclude, as a question of mixed fact and law, that the officer was wrong or negligent or breached his duty or committed a service offence. It may be that the problem of adverse findings and findings of misconduct can be avoided to some extent by simply saying what happened, instead of characterizing it legalistically.

27. ANTHONY et LUCAS, *op. cit.*, note 2, p. 177.

28. A Wayne MACKAY et Moira G. MCQUEEN, « Public Inquiries and the Legality of Blaming : Truth, Justice, and the Canadian Way », dans Manson et Mullan, *op. cit.*, note 1, p. 255.

tion encore plus générale selon laquelle les enquêtes publiques [...] ne sont pas et ne sauraient être de simples substituts de poursuites criminelles²⁹. Ceci pourrait laisser entendre que les mêmes limites s'appliquent aux commissions provinciales et fédérales, mais encore une fois, tout dépend de ce que l'on veut dénoter par « substituts de poursuites criminelles ». Enfin, le mystère n'est pas particulièrement éclairci par la décision de la Cour suprême dans *Canada (Procureur général) c. Canada (Commission d'enquête sur le système d'approvisionnement en sang au Canada)*³⁰, la Cour ayant semblé prendre pour acquis que la Commission Krever, une commission d'enquête fédérale, ne pouvait pas tirer de conclusions quant à la responsabilité civile ou pénale des gens impliqués.

Une règle selon laquelle une commission d'enquête ne pourrait tirer de conclusions de fait qui, lorsque couplées à une disposition de droit pénal ou de droit de la responsabilité extracontractuelle, équivalent à la commission d'un crime ou d'un délit, apparaît quelque peu incongrue lorsque l'on constate les mandats qui ont été confiés à des commissions d'enquête au cours des années. En effet, dans bien des cas, il apparaît clair que l'un des objectifs principaux de la commission soit justement de déterminer une responsabilité. À preuve, le rapport factuel de la Commission Gomery s'intitule « Qui est responsable ? », et la *Loi sur les enquêtes* fédérale, notamment, prévoit à son article 13 qu'une commission peut attribuer une forme de blâme à des personnes³¹. Or, qu'est-ce qu'une attribution de blâme, sinon un jugement quant à la responsabilité de quelqu'un ? D'autre part, les normes de responsabilité du droit pénal et civil n'ont rien de particulièrement spécial. Elles ne sont généralement que le reflet de normes sociales ou morales plus générales, qui elles pourraient être appliquées par une commission. Ceci implique qu'une commission pourrait tirer certaines conclusions de fait qui pourraient servir de base à la conclusion qu'un crime ou un délit a été commis lorsque sont appliquées certaines dispositions juridiques. Mais tant que ces com-

29. *Phillips c. Nouvelle-Écosse (Commission d'enquête sur la tragédie de la mine Westray)*, [1995] 2 R.C.S. 97 par. 121, 124.

30. [1997] 3 R.C.S. 440.

31. *Loi sur les enquêtes*, L.R.C. (1985), c. I-11, art. 13 : « La rédaction d'un rapport défavorable ne saurait intervenir sans qu'auparavant la personne incriminée ait été informée par un préavis suffisant de la faute qui lui est imputée et qu'elle ait eu la possibilité de se faire entendre en personne ou par le ministère d'un avocat. Il existe des dispositions similaires dans d'autres lois provinciales ». Voir aussi l'art. 5(2) de la *Loi sur les enquêtes publiques* de l'Ontario, L.R.O. 1990, c. P-41, l'art. 13 du *Public Inquiries Act* de l'Alberta, précité, note 12, le par. 11(2) du *Public Inquiry Act* de la Colombie-Britannique, S.B.C. 2007, c. 9.

missions *n'appliquent* pas les dispositions du droit criminel ou civil et ne tirent pas de conclusions quant à la responsabilité des individus, on ne peut tout simplement pas dire que c'est ce qu'elles ont fait sans confondre ce qui est fait et ce qui est norme, ce qui est juridique et ce qui est factuel. Et bien sûr, les commissions n'ont aucun pouvoir d'attribution de peine ou de réparation. En somme, comme d'autres l'ont affirmé, il est impossible de faire fi des possibilités de chevauchement entre une enquête pour les fins d'une commission et une enquête pour les fins d'une poursuite pénale (ou civile)³². D'ailleurs, à une certaine époque, il ne faisait aucun doute que les commissions d'enquête pouvaient déterminer des questions de responsabilité, même civile ou pénale (sans qu'il y ait imposition de peine ou de réparation, évidemment)³³. On pourra donc être tenté d'aller dans le sens des professeurs Manson et Mullan, qui, à l'égard de l'interdiction faite aux commissions d'enquête fédérales de tirer des conclusions quant à la responsabilité juridique d'individus, affirmaient :

[N]owhere is the precise legal justification for this assumption ever articulated. Was it because of the particular terms of reference of that federal commission ? Was it because of the federal inquiries legislation ? Or is there a deeper constitutional reason based not on the federal criminal law power but on a principle that, even in the federal domain, there are separation of powers or individual rights-based reasons for denying to commissions of inquiry the capacity to judge conduct by reference to normal standards of criminal or civil liability ?³⁴

Et il faut reconnaître que la logique et les règles de droit telles qu'elles existent actuellement ne permettent pas de clairement justifier une règle générale qui empêcherait une commission d'enquête de tirer certaines conclusions de fait qui, isolément ou lorsque couplées

32. *Op. cit.*, note 28, p. 289.

33. Ed RATUSHNY, *Self-Incrimination in the Canadian Criminal Process*, Toronto, Carswell, 1979, p. 20 :

This whole « adversary » approach can be contrasted with an « inquisitorial » approach, where the emphasis shifts from an accusation to the terms of reference of the inquiry. For instance, instead of an accusation that X is criminally responsible for the murder of Y, the inquiry might be into the circumstances surrounding the cause of Y's death. The inquiry might even be to determine specifically whether or not X is criminally responsible for the death of Y.

Voir aussi *Document de travail 17*, *op. cit.*, note 1, p. 26, selon lequel une commission d'enquête « pourrait être intéressée à des questions relatives à la faute et à la responsabilité ».

34. Allan MANSON et David MULLAN, « Introduction », dans Manson et Mullan, *op. cit.*, note 1, p. 8.

avec d'autres prémisses juridiques, mèneraient à une conclusion de responsabilité civile ou pénale³⁵.

Toutefois, une fois cet argument accepté, on peut se demander s'il faudra alors que les commissions d'enquête adoptent des règles de preuve et de procédures plus favorables aux acteurs impliqués lorsqu'il y a risque que leurs conclusions reprochent des comportements d'une gravité telle qu'ils constituent également, par exemple, un crime. Une commission devrait-elle alors appliquer le standard de preuve de l'absence de doute raisonnable ? La question requiert que l'on revienne sur la notion d'équité procédurale en matière administrative et que l'on aborde quelques questions liées aux *Chartes* et aux droits fondamentaux.

L'équité procédurale, on le sait, est une notion dont l'intensité varie en fonction des intérêts en jeu. Plus les intérêts mis en cause sont importants, plus les garanties d'équité procédurales devront être serrées. Par ailleurs, on pourra rappeler que l'article 7 de la *Charte canadienne* impose que les principes de justice fondamentale soient respectés par toute action gouvernementale qui mette en péril les droits à la vie, à la liberté ou à la sécurité de la personne³⁶. Bref, si les travaux et conclusions d'une commission d'enquête mettent en péril des intérêts comme la liberté, la sécurité ou la réputation d'une personne, il faudra que la commission ait respecté une forme exigeante d'équité procédurale et/ou les principes de justice fondamentale.

35. Un raisonnement apparenté est déployé par le juge Décary dans *Enquête sur l'approvisionnement en sang – appel*, précité, note 5, par. 35-55. Voir aussi *O'Hara c. Colombie-Britannique*, [1987] 2 R.C.S. 591, p. 596 et *Consortium Developments (Clearwater) Ltd. v. Sarnia (City)*, (1996) 30 O.R. (3d) 1 (C.A.), p. 10.

36. On pourrait peut-être également invoquer l'al. 2(e) de la *Déclaration canadienne des droits*, L.C. 1960, c. 44, qui énonce : « Toute loi du Canada, à moins qu'une loi du Parlement du Canada ne déclare expressément qu'elle s'appliquera nonobstant la *Déclaration canadienne des droits*, doit s'interpréter et s'appliquer de manière à ne pas supprimer, restreindre ou enfreindre l'un quelconque des droits ou des libertés reconnus et déclarés aux présentes, ni à en autoriser la suppression, la diminution ou la transgression, et en particulier, nulle loi du Canada ne doit s'interpréter ni s'appliquer comme [...] »

e) privant une personne du droit à une audition impartiale de sa cause, selon les principes de justice fondamentale, pour la définition de ses droits et obligations ; »

Des controverses d'interprétation pourraient survenir quant à savoir si une commission d'enquête définit à proprement parler les « droits et obligations » de personnes. Le juge Richard répond par la négative dans *Enquête sur l'approvisionnement en sang – première instance*, précité, note 5, par. 133.

Il est difficile d'imaginer que les conclusions d'une commission d'enquête puissent porter atteinte à la liberté d'une personne, puisqu'une commission ne jouit d'aucun pouvoir d'imposition de peine ou de réparation. Pour les mêmes raisons, il est également difficile d'imaginer que les conclusions d'une commission puissent *directement* porter atteinte à la sécurité d'une personne. Cependant, on peut assez facilement imaginer qu'une conclusion particulièrement accablante vienne *indirectement* porter atteinte à la sécurité physique et/ou psychologique d'une personne, par exemple à travers une atteinte à la réputation ou par la stigmatisation qu'une conclusion d'inconduite pourrait causer³⁷. Mais encore faut-il que l'atteinte à la sécurité soit suffisamment grave et qu'elle ait été causée par l'État pour qu'elle constitue une atteinte au droit à la sécurité protégé par l'article 7 de la *Charte canadienne*. Il n'est pas impossible que ces conditions soient rencontrées dans des circonstances données, mais ces cas risquent d'être rares. Par ailleurs, la question de l'atteinte à la sécurité, comme c'est constamment le cas en droit, risque de mêler la question de la causalité et la question de l'imputabilité de l'atteinte. Lorsqu'une commission examine certains agissements et conclut à une forme d'inconduite qui met à mal la sécurité physique ou psychologique d'une personne, peut-on vraiment imputer à l'État la responsabilité de cette atteinte en vertu de l'article 7 ?

Suivant la méthodologie préconisée dans l'application de l'article 7, on pourrait peut-être conclure que le lien de causalité est satisfait entre les actions de l'État et l'atteinte à la sécurité d'une personne. Mais restera encore à déterminer la question du respect des principes de justice fondamentale. Dans de telles circonstances, ces principes requièrent-ils que soit appliqué un standard de preuve et des règles de procédures similaires à celles appliquées lors des procès criminels ? Par exemple, faudrait-il respecter le droit de ne pas s'auto-incriminer ou le droit à la présomption d'innocence ? Probablement pas, simplement du fait qu'une commission d'enquête ne peut pas imposer de peine. Mais il faudrait quand même probablement moduler les règles de preuve et de procédure d'une commission en fonction des intérêts qui risquent d'être affectés par ces conclusions. Et alors surgit une espèce de dilemme, dans la mesure où un des avantages tant vanté des commissions d'enquête constitue justement

37. Les motifs de la majorité dans l'affaire *Blencoe*, notamment, semblent ouvrir la porte à cette possibilité. *Blencoe c. Colombie-Britannique (Human Rights Commission)*, 2000 CSC 44, [2000] 2 R.C.S. 307, par. 55-75. Cette suggestion est confortée par les motifs du juge Teitlebaum dans l'affaire *Chrétien-Gomery*, précité, note 6, par. 61.

la flexibilité de leurs procédures³⁸. Ainsi, même s'il est impensable que l'on en vienne à exiger que les commissions d'enquête calquent leurs procédures sur celles des tribunaux, plus elles risquent de tirer des conclusions accablantes pour des individus, plus elles devront satisfaire des normes élevées d'équité procédurale. Et alors,

The challenge is to strike the proper balance between the flexible pursuit of truth, one that is less impeded by technical rules of evidence and procedural challenges than the courts, and the fair treatment of those who get caught up in these public inquiries. The difficulty in striking the proper balance is particularly acute in inquiries concerned with the allocation of blame [...] In a public inquiry it may be that the individual being scrutinized will be required to give up some of the « justice » associated with complete protection from compelled testimony and other legal safeguards, but society also gives up some of the « justice » involved in being able to punish a wrongdoer.³⁹

La difficulté du défi posée par ce dilemme constitue un argument de plus au soutien d'un encadrement juridique plus serré des commissions d'enquête qui vienne limiter leur autorité à tirer des conclusions quant à la responsabilité personnelle ou à « nommer des noms ». Il n'est peut-être pas actuellement illégal pour une commission d'enquête de le faire, mais ce n'est manifestement pas très souhaitable non plus.

B. Limiter la compétence des commissions d'enquête quant à l'attribution de responsabilité personnelle ?

Une des sources du problème semble être qu'on ne sait pas clairement ce qu'une commission d'enquête devrait et ne devrait pas être appelée à faire⁴⁰. Celles-ci font plusieurs choses, et souvent concurremment : elles recherchent la vérité, tentent de faire régner une certaine justice, participent à l'amélioration des politiques publiques, président des débats de valeurs, etc.⁴¹. Et l'idée selon laquelle un des rôles d'une commission d'enquête peut être d'attribuer un blâme est tenace.

38. Pour une conclusion similaire voir Hudson N. JANISCH, « Concluding Comments » dans Manson et Mullan, *op. cit.*, note 1, p. 493.

39. *Op. cit.*, note 28, p. 291-2.

40. *Op. cit.*, note 1, p. 1, 3-4. « We even debated what constitutes a commission of inquiry ».

41. Liora SALTER, « The Complex Relationship Between Inquiries and Public Controversy », dans MANSON et MULLAN, *op. cit.*, note 1, p. 198.

Mais encore faut-il qu'il y ait une justification adéquate pour que « nommer des noms » soit un des rôles d'une commission d'enquête⁴². Une réponse possible à cette demande de justification est de suggérer que les commissions d'enquête sont souvent créées afin de permettre aux membres de la communauté de tourner la page après un événement traumatisant, et que, pour que ceci puisse se faire, il faut nécessairement qu'il y ait attribution de responsabilité. On peut d'abord douter de la véracité de cette affirmation générale (peut-être est-ce vrai pour certaines gens)⁴³. Il semble vraisemblable que des conclusions de responsabilité exprimées à un niveau général, ou en termes de probabilités, ou encore sans nommer de noms, puissent avoir la même efficacité quand il s'agit de « tourner la page ». On pourrait ainsi laisser aux tribunaux judiciaires la tâche de statuer sur les questions de responsabilité individuelle, puisque c'est leur spécialité et que les garanties procédurales qu'ils offrent sont plus robustes.

Par conséquent, un bon principe de politique publique, qui devrait peut-être devenir règle de droit, serait qu'on ne devrait pas recourir à une commission d'enquête afin d'attribuer la responsabilité d'événements de manière personnelle⁴⁴. Ce principe devrait prévaloir même si manifestement il sera parfois difficile de faire apparaître la vérité sans enquêter publiquement sur des personnes en particulier⁴⁵. Autrement dit, comme l'a suggéré sagement le professeur Roderick MacDonald, il serait préférable que des circonstances ou des « systèmes », plutôt que des individus, soient pointés du doigt par les commissions d'enquête et que l'attribution publique d'un blâme soit laissée à d'autres processus⁴⁶. D'ailleurs, pour terminer, il n'est pas sans pertinence de mentionner que certaines parties du rap-

42. Certes, certains verront la valeur politique de faire rouler quelques têtes afin d'apaiser le bon peuple, mais nous sommes alors loin d'une justification morale. Comme l'affirment MACKAY et MCQUEEN, *op. cit.*, note 28, p. 250 : « This focus on blame may relate simply to natural human curiosity and the desire to have a mystery resolved [...] However, this is not a satisfactory explanation for the majority of public inquiries that are not truly mysteries, but attempts to determine if conduct lived up to community standards, much of which involves ascertaining the appropriate standard ».

43. Roderick A. MACDONALD, « Interrogating Inquiries », dans Manson et Mullan, *op. cit.*, note 1, p. 482.

44. Voir Brian SCHWARTZ, « Public Inquiries » dans MANSON et MULLAN, *op. cit.*, note 1, p. 455.

45. *Op. cit.*, note 28, p. 288.

46. *Op. cit.*, note 43, p. 482-84. Pour une approche similaire adoptée par une Commissaire, voir L'Honorable Louise Arbour, *Commission d'enquête sur certains événements survenus à la prison des femmes de Kingston*, Ottawa, Ministre des Approvisionnement et Services Canada, 1996, p. xiii.

port du juge O'Connor concernant la responsabilité d'individus relativement à la tragédie de Walkerton sont rédigées en termes de probabilités et de possibilités, plutôt qu'en termes de conclusions fermes de responsabilité⁴⁷.

47. The Honourable Dennis R. O'CONNOR, *Report of the Walkerton Inquiry : The Events of May 2000 and Related Issues*, Toronto, Queen's Printer for Ontario, 2002, p. 216.