

Université de Montréal

**La preuve par identification génétique en droit canadien : de
l'admissibilité à «la légitimité»**

par
Marie Angèle Grimaud

Faculté de droit

Thèse présentée à la Faculté des études supérieures
en vue de l'obtention du grade de
Docteur en droit (LL. D.)

Octobre, 1999

© Marie Angèle Grimaud, 19989





**National Library
of Canada**

**Acquisitions and
Bibliographic Services**

**395 Wellington Street
Ottawa ON K1A 0N4
Canada**

**Bibliothèque nationale
du Canada**

**Acquisitions et
services bibliographiques**

**395, rue Wellington
Ottawa ON K1A 0N4
Canada**

Your file Votre référence

Our file Notre référence

The author has granted a non-exclusive licence allowing the National Library of Canada to reproduce, loan, distribute or sell copies of this thesis in microform, paper or electronic formats.

The author retains ownership of the copyright in this thesis. Neither the thesis nor substantial extracts from it may be printed or otherwise reproduced without the author's permission.

L'auteur a accordé une licence non exclusive permettant à la Bibliothèque nationale du Canada de reproduire, prêter, distribuer ou vendre des copies de cette thèse sous la forme de microfiche/film, de reproduction sur papier ou sur format électronique.

L'auteur conserve la propriété du droit d'auteur qui protège cette thèse. Ni la thèse ni des extraits substantiels de celle-ci ne doivent être imprimés ou autrement reproduits sans son autorisation.

0-612-52156-7

Canada

Université de Montréal
Faculté des études supérieures

Cette thèse intitulée :

**La preuve par identification génétique en droit canadien : de
l'admissibilité à «la légitimité»**

Présentée par :

Marie Angèle GRIMAUD

a été évaluée par un jury composé des personnes suivantes :

Guy Rocher
Bartha Maria Knoppers
Pierre Béliveau
Hélène Dumont
Pierre Robert

Thèse acceptée le : _____

**En souvenir de mon père,
Candide GRIMAUD**

SOMMAIRE

Aujourd'hui, la preuve par identification génétique est incontestablement celle qui vient à l'esprit du public lorsqu'il est question de percer le mystère de l'identité. Dans le monde occidental, cette preuve joue et est appelée à jouer un rôle important notamment en droit civil et en droit pénal. Au début des années 1990, cette preuve n'était pas encore entrée dans l'arsenal de la procédure criminelle au Canada; pourtant on la retrouvait déployée avec assurance devant les tribunaux.

Dans le cadre de la présente thèse, la problématique entourant l'admissibilité et la légitimité de la preuve par identification génétique en droit criminel canadien est abordée. En effet, cette preuve est-elle admissible au Canada? Le cas échéant, est-elle légitime?

Malgré la spécificité de la preuve par identification génétique — qui est fondée sur l'ADN — et la complexité des enjeux éthiques et juridiques qui en découlent, nous soutenons que cette preuve est admissible devant les tribunaux canadiens. Cette conclusion découle, d'une part, de l'examen de l'admissibilité de la preuve par identification génétique dans différents systèmes de droit (Titre I). Cet examen ne pouvant avoir lieu sans tenir compte des principes généraux en droit, une courte incursion dans ce domaine a aussi été effectuée. Une attention particulière a été portée aux enjeux majeurs reliés à l'utilisation de ce nouveau moyen d'investigation. D'autre part, l'admissibilité de la preuve par identification génétique devant les tribunaux canadiens est révélée par une analyse jurisprudentielle (Titre II). Les critères d'admissibilité qui se dégagent des décisions rendues complètent les théories traditionnelles de la recevabilité de la preuve. Quoiqu'admissible, au moment de notre étude, la preuve par identification génétique en droit criminel canadien ne possédait toutefois pas de base légale. Pour cette raison, nous avons proposé une normativité qui «légitimerait» cette preuve. Les expériences étrangères nous ont fourni quelques suggestions à cet effet.

En 1995, le législateur canadien a amendé le Code criminel en y ajoutant des dispositions concernant les prélèvements d'échantillons biologiques pour fins d'analyse génétique. Cet amendement vient confirmer la nécessité d'une intervention législative comme nous l'avons suggéré précédemment. Elle établit en outre une certaine légitimité de la preuve par identification génétique (Titre III). Ces dispositions servent désormais de fondement aux actes de prélèvements d'échantillons en vue de l'identification génétique. De plus, elles comportent des garanties procédurales visant au respect des droits et libertés fondamentaux de la personne. Cependant, l'examen attentif de ces dispositions à travers la grille d'analyse fournie par le concept de l'effectivité attendue révèle certaines failles. La loi devra être réajustée afin de limiter les situations conflictuelles et ainsi aboutir à une effectivité réelle qui confirmera pleinement sa légitimité.

TABLE DES MATIÈRES

Sommaire.....	i
Table des matières	iii
Liste des tableaux.....	ix
Liste des abréviations	x
Remerciements.....	xii
INTRODUCTION GÉNÉRALE	1
PROLÉGOMÈNES : LES RÉCENTES TENDANCES EN MATIÈRE DE TECHNIQUES D'IDENTIFICATION GÉNÉTIQUE.....	22
Introduction	22
I. Analyse par amplification des sites STR.....	29
II. Analyse par amplification des variations de séquence	30
Conclusion.....	31
TITRE I : LES TESTS GÉNÉTIQUES À DES FINS D'IDENTIFICATION	
Avant-propos	33
Introduction	45
Chapitre préliminaire : Les aspects techniques de l'identification génétique.....	51
I. Le fondement scientifique de l'identification génétique	51
II. Les techniques généralement utilisées pour l'identification génétique.....	54
III. Les avantages et inconvénients de l'identification génétique.....	58

(A)	Les avantages de l'identification génétique.....	59
(B)	Les inconvénients de l'identification génétique.....	61
IV.	Les laboratoires effectuant les tests d'ADN.....	63
PREMIÈRE PARTIE : L'IDENTIFICATION GÉNÉTIQUE EN DROIT PÉNAL		65
I.	L'admissibilité de la preuve d'identification par ADN dans les pays de Common law	67
(A)	La théorie de l'acceptation générale scientifique.....	67
(B)	La théorie de la pertinence	69
II.	L'admissibilité de la preuve d'identification par ADN dans les pays du système romano-germanique.....	71
(A)	Le principe de la liberté de la preuve	71
(B)	Le système de la preuve légale	73
III.	Conclusion de la première partie.....	73
DEUXIÈME PARTIE : L'IDENTIFICATION GÉNÉTIQUE EN DROIT DE FILIATION		75
I.	L'admissibilité de la preuve d'ADN en matière de filiation	78
(A)	La fiabilité de la preuve d'ADN.....	78
(B)	Le respect des règles de filiation.....	80
(C)	L'ordonnance du test d'ADN par le tribunal.....	84
(D)	Le consentement au test d'ADN.....	89
II.	La force probante de la preuve génétique en matière de filiation.....	94
(A)	La valeur probante de la preuve d'ADN	94
(B)	La subordination de la preuve d'ADN.....	95
(C)	L'inférence négative tirée du refus de se soumettre au test d'ADN.....	100
(D)	La preuve matérielle donnant ouverture à la preuve testimoniale.....	102

(E)	L'élimination de moyens de défense	102
III.	Conclusion de la deuxième partie.....	103
	Conclusion : L'avenir de l'identification génétique.....	105
(A)	Un constat : l'approche parcellaire et préventive.....	105
(B)	Une proposition : une conception unitaire et compréhensive.....	109
 TITRE II : LES ENJEUX DE LA RECEVABILITÉ DE LA PREUVE D'IDENTIFICATION PAR ADN DANS LE SYSTÈME PÉNAL CANADIEN		
	Avant-propos	115
	Introduction	120
I.	Aperçu technique de la méthode	125
(A)	Le substrat : l'ADN.....	125
(B)	Les techniques d'identification génétique.....	128
1.	Les méthodes d'analyse proprement dites.....	128
1.1	La méthode de Southern	128
1.2	La méthode d'amplification ou <i>PCR</i>	130
2.	La fiabilité des méthodes d'identification génétique	132
2.1	Les nombreux avantages liés au caractère intrinsèque du matériel utilisé.....	132
2.1.1	La facilité dans la cueillette des éléments de preuve à cause de :.....	132
2.1.2	La simplicité de visualisation.....	133
2.1.3	La certitude d'appariement basée sur la concordance des échantillons	134
2.1.4	La force de probabilité de précision et d'individualisation	134
2.1.5	La discrimination évidente.....	135
2.1.6	La rapidité des analyses	135
2.2	Les problèmes potentiels.....	136
2.2.1	Les questions techniques	136

2.2.2	Les questions d'expertise et d'interprétation	137
II.	La recevabilité de la preuve d'identification par ADN en droit pénal canadien	141
(A)	État actuel de l'admissibilité de la preuve d'identification par ADN.....	142
1.	La théorie de <i>Frye</i>	143
1.1	La théorie de l'acceptation générale scientifique.....	143
1.2	Le rejet de la théorie de <i>Frye</i>	145
2.	La théorie de la pertinence	146
2.1	La discrétion judiciaire.....	147
2.2	L'impact de la Charte.....	148
(B)	Critères de pertinence et d'utilité : critères élaborés par la jurisprudence	150
1.	Utilité comme preuve matérielle et comme témoignage d'expert.....	152
2.	Valeur probante de la preuve.....	152
2.1	Probabilité et langage.....	153
2.2	Preuve hors de tout doute raisonnable.....	154
III.	La preuve d'identification par ADN et les droits et libertés.....	156
(A)	Le respect de la dignité humaine.....	157
1.	Les droits fondamentaux	157
1.1	Le droit à l'intégrité	158
1.2	Le droit à la vie privée	161
1.2.1	La conservation des échantillons et la constitution des banques de données.....	162
1.2.2	Le droit à la confidentialité.....	165
1.3	Le droit à la non-discrimination	166
2.	Les droits de la défense	166
(B)	Nécessité d'un encadrement.....	168
1.	Débat éthique et mécanismes de gestion sociale.....	168
1.1	Assises prospectives	169

1.2	La communication.....	171
2.	Assises de droit positif	172
2.1	Droit comparé	172
2.2	Proposition d'une législation au Canada	174
	Conclusion	176
 TITRE III : LE PROJET DE LOI C-104 : UNE RÉFORME À BILAN MITIGÉ		
	Avant-propos	178
	Introduction : Contexte législatif et esprit de la réforme	180
(A)	Contexte historique de la réforme	181
(B)	Esprit de la nouvelle loi	189
(C)	Empire des nouvelles dispositions dans le temps	189
	Chapitre I : La trame du Projet de loi C-104.....	192
	Section I : Le recours au mandat : mécanisme d'équité procédurale	193
(A)	L'exigence de motifs raisonnables.....	197
(B)	Le pouvoir discrétionnaire du juge	200
i)	Le contrôle judiciaire	201
ii)	L'examen <i>ex parte</i>	202
	Section II : L'investigation policière	204
(A)	Le pouvoir d'attenter à l'intégrité physique de la personne : un pouvoir considérable	205
i)	Les personnes habilitées à faire le prélèvement de substances corporelles	206
ii)	Les enjeux liés à la compétence	207
(B)	Le pouvoir d'attenter à la liberté.....	212
i)	Le concept de détention	213
ii)	Le concept d'arrestation	215

iii) Les garanties constitutionnelles mises en œuvre en cas de détention ou d'arrestation	216
(C) Le recours à la force nécessaire.....	218
Section III : De la protection pour les jeunes contrevenants	219
(A) Les garanties juridiques à l'égard du jeune contrevenant	220
i) Le droit aux services d'un avocat.....	220
ii) Le droit à la présence d'un avocat ou d'un adulte de confiance	222
(B) La renonciation aux services et à la présence d'un avocat	224
Chapitre II : Analyse de l'effectivité du Projet de loi C-104	226
Section I : Le cadre conceptuel de l'effectivité	227
(A) Les rapports existant entre l'effectivité, l'efficacité et l'efficience d'une norme.....	230
i) Effectivité et efficacité	230
ii) Effectivité-efficience	231
(B) Caractéristiques de l'effectivité	232
Section II : L'effectivité du Projet de loi C-104	234
(A) L'énumération des infractions : de bonnes intentions desservies par un mécanisme éloigné de la réalité	234
(B) À propos de la destruction des échantillons et des données.....	237
(C) Le contrôle de la validité du Projet de loi C-104.....	238
Conclusion.....	239
CONCLUSION GÉNÉRALE.....	244
Bibliographie	xiii

LISTE DES TABLEAUX

Tableau 1 :	Analyse de l'ADN par la méthode de RFLP
Tableau 2 :	Analyse de l'ADN par la méthode de PCR
Tableau 3 :	Fréquence de profil RFLP
Tableau 4 :	Fréquence de profil STR
Tableau 5 :	Résumé des événements du Projet de loi C-104
Tableau 6:	Les comparutions au comité sénatorial des affaires juridiques et constitutionnelles

LISTE DES ABRÉVIATIONS

A	:	Adénine
ADN	:	Acide désoxyribonucléique
Am.J.Hum.Genet	:	American Journal of Human Genetics
ARN	:	Acide ribonucléique
B.C.S.C.	:	British Columbia Supreme Court
B.C.J.	:	British Columbia Judgment
c.	:	Chapitre, Contre
C	:	Cytosine
C.A.	:	Cour d'Appel
C.C.C.	:	Canadian Criminal Cases
C.C.Q.	:	Code civil du Québec
C.R.	:	Criminal Reports
C.S.	:	Cour supérieure
F. Supp.	:	Federal Supplement
G	:	Guanine
HLA	:	Human leucocyte Antigen
Id.	:	Idem
JAMA	:	Journal of the American Medical Association
JCP	:	Jurisclasseur périodique
JO	:	Journal officiel
Man.	:	Manitoba
L.R.C.	:	Lois révisées du Canada

L.R.Q.	:	Lois refondues du Québec
Loc. cit.	:	Loco citato
O.J.	:	Ontario Judgment
Op. cit.	:	Opere citato
p.	:	page
P.E.I.	:	Prince Edward Island
pp.	:	Pages
PCR	:	Polymerase Chain Reaction
R.C.S.	:	Recueils de la Cour suprême du Canada
RDF	:	Revue de droit de la famille
RRQ	:	Règlements Refondus du Québec
RFPL	:	Restriction Fragment Length Polymorphism
R.J.Q.	:	Recueil de jurisprudence du Québec
Sask.	:	Saskatchewan
S.R.C.	:	Statuts révisés du Canada
Stat.	:	Statute
STR	:	Short Tandem Repeat
T	:	Thymine
v.	:	versus
VNTR	:	Variable Number of Tandem Repeats
Vol.	:	Volume
N.B.	:	New Brunswick

REMERCIEMENTS

Je désire exprimer ma vive gratitude à Madame Bartha Maria Knoppers, Professeure titulaire à la Faculté de droit de l'Université de Montréal et à l'Honorable juge Pierre Béliveau, respectivement directeur et codirecteur, pour leur confiance, leur disponibilité, ainsi que pour leurs commentaires critiques et conseils judicieux et éclairés.

Je désire souligner l'appui, la patience et le réconfort d'Édouard et de Karen. Dans l'ombre, Édouard, un lecteur assidu, a lu et relu les manuscrits de ma thèse. Merci beaucoup à toi Édouard pour ta disponibilité sans limite. Mes remerciements vont aussi à Patrick et Karen pour leur encouragement à poursuivre jusqu'à la fin l'aventure de la rédaction.

Je ne puis passer sous silence la gentillesse et l'aide précieux de Léo Lavergne, France Mailly et Danielle Desmarais qui, par leur expertise, m'ont fait comprendre l'aspect scientifique de l'identification génétique.

Toute ma reconnaissance à ma mère, Caroline, mes frères et soeurs, ainsi qu'à ceux et celles qui m'ont aidée et encouragée de près et de loin. Je n'oublie pas non plus mes amies de premières heures du Centre de recherche en droit public.

Je désire remercier le Centre de recherche en droit public pour les facilités qui ont été mises à ma disposition.

Enfin, la collaboration de Mme Madeleine Bélanger fut fondamentale pour la mise en page de cette thèse.

INTRODUCTION GÉNÉRALE

Les progrès de la science n'ouvrent pas seulement la voie à de nouvelles perspectives scientifiques mais ils transforment aussi la pratique juridique et particulièrement le droit de la preuve. Régulièrement, quelques techniques modernes défraient la chronique. Ainsi, la décennie 1980 fut marquée par une nouvelle évidence : la preuve par identification génétique. Cette preuve est un formidable outil d'identification, car elle permet d'établir avec un haut degré de certitude l'identité «génétique» d'un individu; en d'autre termes, la preuve d'identification génétique contribue à la manifestation de la vérité. Le principe de cette preuve est construit sur l'unicité de l'être humain, car excepté les jumeaux homozygotes, les chances de trouver sur la terre deux individus ayant le même profil génétique sont très minimes.

Dès lors, on constate au Canada, comme ailleurs, un véritable engouement pour cette technologie d'enquête. Depuis 1988¹, la preuve d'ADN est présentée devant les tribunaux canadiens, et loin de ralentir, la cadence s'accélère. Des milliers d'enquêtes criminelles sont résolues grâce à cet outil biotechnologique, les laboratoires sont nombreux et bouillonnent d'activités; ainsi par exemple le laboratoire des sciences judiciaires et de médecine légale de Montréal a traité

¹ L'affaire *R. c. Parent*, (1988) 65 Alta. L.R., (2d) 18-40 fut la première cause portée devant les tribunaux canadiens.

environ 500 dossiers pendant l'année 1997-1998²; certaines facultés de droit³ mettent sur pied un programme intitulé «Projet innocence» qui leur permet de prouver l'innocence de certaines personnes injustement accusées.

Si la matière est nouvelle, certains problèmes qu'elle pose ne le sont pas. En effet, la preuve d'identification génétique comme certaines techniques d'investigation scientifique traditionnelles⁴ peut empiéter sur les droits fondamentaux de l'individu protégés par la Charte ravivant ainsi le débat du juste équilibre entre les pouvoirs de l'État et les droits et libertés de la personne. Hier comme aujourd'hui donc, il faut tracer les limites contre l'immixtion arbitraire dans la vie privée de l'individu; il faut trouver un compromis entre l'efficacité de la justice, la recherche à tout prix de la vérité et le respect de la dignité de l'individu. Mais ce n'est pas tout, avec la preuve d'identification par ADN, il en résulte le

² Communication personnelle en date d'août 1998 avec Léo Lavergne, biochimiste au Laboratoire de sciences judiciaires et de médecine légale du Ministère de la sécurité publique.

³ La Faculté de droit de Toronto a élaboré ce projet pilote en se basant sur l'expérience de la Faculté de droit de Cardozo à New York, (voir Mark SAUER et Uri BERLKINER, «Innocence : Lost - and Found» *San Diego Union Tribune*, 11 décembre 1994, D1-D-3). Voir aussi Paula SPAN, «The Gene Team : Innocence Project Fights Injustice With DNA Testing», *The Washington Post*, 14 décembre, 1994. À Toronto donc, des étudiants au cours de séances de clinique juridique, encadrés par leur professeurs, essaient de prouver l'innocence de personnes condamnées à tort et détenues en prison en se basant sur des résultats de la preuve d'identification génétique : voir Stephen BINDMAN, «Program to Battle Bum Raps», *The Gazette*, 21 juillet 1997, A-1. Le procédé n'est pas inédit, puisqu'au Canada Guy-Paul Morin et David Milgaard ont été innocentés sur la base de cette preuve. De même, au États-Unis le U.S. Department of Justice Office of Justice Programs a fait état de 28 causes où des personnes condamnées pour crimes graves ont été innocentées : voir Edward CONNORS, Thomas LUNDEGRAN, Neal MILLER et Tom MCEWEN, *Convicted by Juries, Exonerated by Science : Case Studies in the Use of DNA Evidence to Establish Innocence After Trial*, juin 1996, 82 pages. Mais l'aspect novateur, c'est le fait que cela se fasse par le biais des facultés en dehors de toute contestation devant les tribunaux.

⁴ Nous songeons au test polygraphique, à l'analyse d'haleine et de sang pour déterminer l'alcoolémie, aux empreintes digitales, etc. Ainsi, dans l'affaire *R. c. Beare & Higgins*, [1988] 2 R.C.S. 387, 45 C.C.C. (3d) 57, 66 C.R. (3d) 9, la Cour suprême a statué que la prise d'empreintes digitales d'une personne accusée, mais non reconnue coupable, porte atteinte au droit à la vie, à la liberté et à la sécurité d'une personne, mais la cour s'est empressée d'ajouter que l'atteinte n'est pas contraire aux principes de justice fondamentale.

développement d'un nouveau contentieux puisqu'on plonge jusqu'au plus secret de l'être humain, à son gène, élément de l'ADN qui contrôle un caractère héréditaire déterminé. On peut donc dans certains crimes comme l'inceste ne pas prélever l'échantillon de comparaison sur le père incestueux, mais sur ses proches. Dans un tel contexte, il n'est pas étonnant que certains auteurs⁵ demeurent opposés à l'utilisation d'une telle preuve même si elle est entrée dans les moeurs judiciaires.

Quoiqu'il en soit, la preuve d'identification génétique fait désormais partie des moyens de preuves. Cependant, on constatera que les réponses apportées par les tribunaux furent pendant longtemps ponctuelles, partielles et même contradictoires, ceux-ci élaborant cas par cas des critères quant à l'admissibilité de cette preuve en droit criminel et en droit de la filiation. En 1994, la Cour suprême dans l'arrêt *Borden*⁶ en refusant d'admettre en preuve les profils génétiques ramena sur le tapis la question de l'admissibilité. Cette affaire a une grande importance et illustre éloquemment que la question de l'admissibilité est liée à la régularité de la preuve. Soucieux de mettre un terme à la controverse passionnée qui subsistait et dans le but de «légitimer» la pratique le législateur fédéral prit la décision, sept ans après la cause *Parent*,⁷ première cause portée devant les tribunaux, d'intervenir dans le domaine du droit criminel. Comme le dit clairement le Ministre de la justice, Allan Rock :

⁵ Voir Guy BOURGEAULT, «Identification génétique : enjeux éthiques et politiques» dans Christiane HENNAU-HUBLET et Bartha Maria KNOPPERS (dir.), *L'analyse génétique à des fins de preuve et les droits de la personne - Aspects médico-scientifique, éthique et juridique*, Bruxelles, Éditions Bruylant, 1997, pp. 101-122; l'auteur écrit à la page 118 : «Si nous acceptons le recours aux tests d'identification, nous serons tôt ou tard enregistrés et enrégimentés sous une dictature totalitaire. La pente est savonneuse, on glissera...». Voir aussi Henri WATTIAUX, «Identification génétique : réflexions morales» dans Christiane HENNAU-HUBLET et Bartha Maria KNOPPERS (dir.), *id.*, p. 135 : «De quelle légitimité l'État s'autorise-t-il pour requérir l'utilisation des empreintes génétiques à des fins socio-politiques?»

⁶ [1994] 3 R.C.S. 145.

⁷ Précitée, note 1.

«Le problème tient à l'absence d'un fondement explicite dans la loi pénale, fondement nécessaire pour dissiper tout doute au sujet de la légitimité de la pratique, ce qui laisse place aux contestations et à l'incertitude en ce qui concerne les circonstances dans lesquelles les échantillons peuvent être prélevés et la façon dont ces preuves peuvent être présentées».⁸

En adoptant en 1995 le *Projet de loi C-104* qui modifia le *Code criminel* et la *Loi sur les jeunes contrevenants*, le législateur fédéral autorisait les policiers munis d'un mandat à prélever ou obtenir des échantillons biologiques. On constate que plusieurs exigences judiciaires, telles l'obtention d'une autorisation judiciaire préalable au prélèvement biologique, la protection de l'intégrité physique et de la vie privée de l'individu, ont été incorporées au texte juridique.

Le *Projet de loi C-104* apporte donc d'importantes réformes dans le droit de la preuve pénale au Canada. En particulier, il organise le prélèvement d'échantillons biologiques en vue d'une identification génétique lorsqu'il n'y a pas consentement du suspect. Le nouveau texte comporte des dispositions particulières pour les jeunes contrevenants. Par ailleurs, il prévoit les suites à donner aux échantillons biologiques prélevés et aux résultats qui en découlent. On ne doit pas pour autant conclure que les interrogations éthiques relatives à l'utilisation de la preuve seront résolues.

La problématique de la thèse est élaborée autour d'une réflexion sur la reconnaissance de la preuve d'identification génétique en droit canadien. Quelle est la place de la preuve dans le droit de la preuve au Canada? Jusqu'à quel point

⁸ PARLEMENT, CHAMBRE DES COMMUNES (1995) *Débats de la Chambre des communes*, vol. 1333, no 224, 1ère session, 35e législature, 22 juin 1995, p. 14489.

devrait-on y avoir recours? L'utilisation de cette preuve se justifie-t-elle dans l'optique d'une meilleure administration de la justice? Faut-il relativiser la portée de cette preuve par rapport à l'ensemble de la preuve d'une infraction? Quelles sont les répercussions et les limites relatives à l'utilisation de la preuve génétique? Comment atteindre l'équilibre entre le respect de la dignité humaine et de la vie privée, l'efficacité de la justice et la sécurité publique? Pourrait-on dire que la preuve d'identification générale est passée à l'étape de la légitimité suite à l'adoption du *Projet de Loi C-104* quand on sait que les nouvelles dispositions autorisent des prélèvements d'échantillons biologiques sans consentement et de force écartant par là même le principe fondamental de l'inviolabilité du corps humain? Autant de questions qui constituent la trame de fond de notre étude et auxquelles nous tenterons de répondre.

Comme nous le verrons dans les deux premiers titres, la preuve d'identification génétique est séduisante sur le plan scientifique. Elle donne des réponses simples et claires à la question de l'identification lorsque l'analyse et l'interprétation sont faites dans de bonnes conditions. On lui accordera donc une place de choix comme moyen de preuve, tant en matière civile qu'en matière pénale. Bien que moyen d'investigation moderne, on constatera qu'elle emprunte les caractéristiques de plusieurs preuves traditionnelles : preuve circonstancielle, matérielle, d'expertise. Convient-il de maintenir les critères traditionnels d'admissibilité de la preuve, c'est-à-dire l'admissibilité des preuves pertinentes et probantes qui ne sont pas obtenues en violation d'un droit garanti par la Charte, ou est-il nécessaire de mettre le cap sur d'autres critères? L'extrait qui suit de

l'arrêt *Mohan*⁹ nous donne une piste de réponse; en effet, le juge Sopinka affirme :

«[L]a pertinence est déterminée par le juge. Bien que la preuve soit admissible à première vue si elle est à ce point liée au fait concerné qu'elle tend à l'établir, l'analyse ne se termine pas là.... D'autres considérations influent également sur la décision relative à l'admissibilité. Cet examen supplémentaire peut être décrit comme une analyse du coût et des bénéfices, à savoir si la valeur en vaut le coût. Le coût, dans ce contexte, n'est pas utilisé dans le sens économique traditionnel du terme, mais plutôt par rapport à son impact sur le procès. La preuve qui est par ailleurs logiquement pertinente peut être exclue sur ce fondement si sa valeur probante est surpassée par son effet préjudiciable, si elle exige un temps excessivement long qui est sans commune mesure avec sa valeur, ou si elle peut induire en erreur en ce sens que son effet sur le juge des faits, en particulier le jury, est disproportionné par rapport à sa fiabilité».

En outre, notre analyse permettra de faire ressortir le débat autour des enjeux sociaux et éthiques liés à l'utilisation de la preuve afin de reconnaître la nécessité d'un encadrement légal. Nous faisons observer ici que le titre I de notre thèse est une analyse comparée de la preuve d'identification génétique dans deux systèmes différents, le système de common law et le système romano-germanique alors que le titre II s'attache plutôt au droit pénal canadien. Enfin, notre titre III cherchera à démontrer le caractère légitime de la preuve. Nous soulignerons la relativisation de la légitimité.

⁹ [1994] 2 R.C.S. 9.

D'entrée de jeu, nous inscrivons notre analyse dans le domaine criminel, même si une courte incursion en droit civil et principalement en droit de la filiation semble nécessaire. En effet, il était difficile, en faisant une revue générale des principales utilisations de l'identification génétique en droit et en montrant l'évolution de la preuve, de faire complètement table rase de la problématique dans le domaine de la filiation, puisque la tendance actuelle révèle le recours à cette preuve par des individus même en dehors de toute procédure judiciaire. En outre, il arrive que dans les procédures criminelles, comme dans le cas d'inceste par exemple, la preuve soit examinée sous les deux angles.¹⁰ Néanmoins, notre démarche est abordée principalement en droit criminel, le champ à couvrir aurait été autrement trop vaste et les règles de la preuve en filiation étant différentes.

Jusqu'à ce jour, les travaux de recherche sur la question en droit criminel sont fragmentaires. Les interrogations se sont portées surtout sur l'admissibilité de la preuve. Les garanties procédurales mises en place par le *Projet de loi C-104* ont été peu questionnées. La question de l'effectivité de la réforme n'a presque pas été abordée. Il apparaît donc important de discuter de la reconnaissance de la preuve d'identification par ADN dans le domaine du droit criminel.

Notre étude propose de démontrer que l'introduction de cette méthode d'investigation scientifique en droit de la preuve se justifie dans l'optique d'une meilleure administration de la justice. Mais il est clair que des balises doivent être mises en place pour en contrôler ou du moins combattre les dérives qui peuvent en découler.

¹⁰ Nous parlons ici des aspects droit criminel et droit de la filiation. En effet on veut savoir si le suspect est celui qui a eu des relations sexuelles avec l'enfant et s'il est le père de celui-ci.

La question de l'identification génétique est un sujet chargé d'émotivité, car il touche aux droits fondamentaux, tels le droit à la vie privée, au respect de l'intégrité physique et aux garanties constitutionnelles applicables en droit de la preuve, tels le droit à la présomption d'innocence et à un procès juste et équitable. Les opinions autour de ces droits et garanties sont parfois divergentes, ce qui a occasionné de vifs débats.

Notre étude est fondée essentiellement sur deux hypothèses. La première hypothèse est que la preuve d'identification génétique est une preuve scientifique mais de nature très spécifique, à cause de son fondement qui est l'ADN. Les enjeux qui en découlent sont donc complexes. En outre, chaque avancée de la biologie moléculaire ouvrira la porte au perfectionnement de cette preuve. Les retombées sont impressionnantes, du moins, avec les techniques automatisées de l'étude de l'ADN, car on peut envisager une prévention efficace et une gestion judicieuse de la criminalité; en effet les statistiques prouvent que la vaste majorité des criminels sont des récidivistes. Cela dit, nous sommes devant un dilemme : interdire l'utilisation de cette preuve ou bien miser sur les avantages qu'elle apporte tout en agissant avec prudence et pondération, de façon à contrebalancer les inconvénients. Dans cette deuxième perspective, il faut adapter le droit de la preuve en mettant en place un encadrement adéquat.

La seconde hypothèse est que l'apparition d'un cadre légal plus formel a contribué théoriquement à l'augmentation des garanties procédurales, à la réduction de l'arbitraire ainsi qu'à l'encadrement du pouvoir discrétionnaire des policiers et des juges. Cependant, il y a lieu de se questionner sur l'impact réel de cette réforme sur la pratique policière.

Ces hypothèses ont été examinées à l'intérieur de trois articles indépendants les uns des autres mais reliés à la problématique générale. Ces articles retracent l'histoire de la preuve d'identification génétique depuis leur première utilisation en droit criminel canadien en 1988 jusqu'à la première législation en 1995. Les nouvelles dispositions peuvent faire croire au juriste que la légitimité de la preuve d'identification est acquise, du moins, dans le domaine du droit criminel.

Ces trois articles constituent le corps de la thèse et correspondent aux trois titres de notre étude. Nous fournissons ci-dessous un résumé de chaque article de façon à permettre au lecteur de comprendre notre cheminement dans un domaine qui évolue de façon extrêmement rapide.

Le premier article intitulé «Les tests génétiques à des fins d'identification» est publié dans le volume 25 des *Publications de l'Institut suisse de droit comparé* de 1994. Il représente le titre premier de notre thèse. Il est consacré à l'examen de l'utilisation de la preuve d'identification dans les procédures civiles d'établissement de la paternité et dans le domaine du droit pénal. Cette analyse se fait dans une approche comparatiste.

L'identification génétique est le moyen le plus efficace et concluant pour découvrir la vérité biologique en matière de filiation. La preuve d'identification génétique semble nous transporter dans un forum de conflits pour l'enfant. Où se situe l'intérêt de ce dernier : vérité biologique ou vérité socio-affective? De surcroît, dans ce domaine, l'utilisation de l'identification génétique se fait souvent en dehors de toute procédure judiciaire.

En droit criminel, non seulement la preuve devra satisfaire aux critères d'admissibilité, mais la recherche de la vérité ne devra pas faire perdre de vue le respect des droits fondamentaux de l'individu. Le phénomène de l'utilisation de la preuve d'identification par ADN n'est pas strictement national, mais revêt un caractère mondial. Cependant, à cause de la différence des systèmes juridiques, on note quelques différences dans l'approche de cette preuve. D'où l'intérêt, en droit criminel, d'examiner les critères de recevabilité dans deux systèmes juridiques : le système de common law et celui de tradition romano-germanique. La preuve d'identification génétique soulevant des problèmes importants quant à ses conséquences juridiques, éthiques et sociales, nous avons analysé succinctement les réponses qui y sont apportées.

Le second article intitulé «Les enjeux de la recevabilité de la preuve d'identification par ADN dans le système pénal canadien» a été publié dans le volume 24 de la *Revue de Droit de l'Université de Sherbrooke* de 1994. C'est le deuxième titre de la thèse. Cet article examine la pratique juridique de la preuve d'identification génétique en droit criminel. Un fait important à noter, aucun cadre normatif n'existait encore à cette époque au Canada. Nous retraçons l'évolution de la jurisprudence se rapportant à cette question. Pendant la période allant de 1988 à 1993, l'admissibilité de cette preuve a connu une évolution considérable. Ce texte n'a pas pour but de faire une étude exhaustive, mais de rappeler les principales modifications. En l'absence d'un encadrement normatif, certains tribunaux ont adopté des critères d'admissibilité. Certaines décisions ont fait référence à la théorie américaine de *Frye*¹¹ qui est la théorie de l'acceptation générale scientifique. Cette théorie sera critiquée par la doctrine et même rejetée par les

¹¹ *Frye v. United States*, (1923) 293 F. 1013.

tribunaux, car elle ne s'intéresse pas aux problèmes relatifs à l'utilisation de la preuve, mais se focalise plutôt sur la question de l'acceptation générale. Au Canada, une approche plus souple s'articulera autour de la théorie de la pertinence et de l'utilité.¹² Le critère de fiabilité fut aussi un critère d'admissibilité de la preuve et fit l'objet de débats animés. Il importait aussi d'examiner l'impact quant aux droits fondamentaux de la personne. Par ailleurs, cet article démontrait la nécessité pour le Canada de se doter d'une législation pour baliser la cueillette de la preuve, tracer les limites de l'acceptable et de l'inacceptable.

Le troisième article intitulé «Le Projet de loi C-104 : Une réforme à bilan mitigé» fait état de la première législation au Canada en la matière, c'est-à-dire *le Projet de loi C-104* qui a amendé le Code criminel. C'est le troisième titre de notre thèse. L'objectif de ce titre est de brosser à grands traits le portrait de cette législation. Pour cela, nous avons tenté, d'une part, d'identifier les facteurs ayant contribué à l'émergence de cette normativité. Dès lors, il était indispensable de se pencher sur le cheminement de la loi avant son édicition en analysant les débats en chambre et les rapports des comités. On constatera que l'émergence de la législation a été, en partie, le résultat des actions des lobbies et de l'intervention judiciaire. Les tribunaux ont dans l'ensemble exigé des garanties procédurales en matière de prélèvements d'échantillons biologiques.

D'autre part, il fallait voir dans quelle mesure le *Projet de loi C-104* a contribué à asseoir la légalité de la preuve d'identification par ADN. Est-ce que nous sommes dans une phase de «légitimité»¹³, d'une part, légitimité de la preuve

¹² Ce critère est apparu pour la première fois avec la cause *R. v. McNally*, 4 avril 1989, Ont. D.C., No 3751, non rapportée.

¹³ La notion de légitimité a fait l'objet de nombreuses définitions : voir Francisco Javier DE LUCAS, «Légitimité» dans André-Jean ARNAUD et al, (dir.) *Dictionnaire*

d'identification par ADN, légitimité au sens de reconnaissance légale de cette preuve et, d'autre part, de légitimité de la législation? Est-ce que l'apparition d'un cadre légal formel a réduit ou éliminé les pratiques arbitraires? Est-ce que l'augmentation des garanties procédurales a contribué à changer la réalité et à protéger les citoyens? Bref, est-ce que les nouvelles prescriptions seront effectivement appliquées, respectées et efficaces? Cette kyrielle de questions nous incite à nous interroger sur la notion de légitimité. En effet, comme on le sait, la légitimité d'une règle appelle l'obéissance à celle-ci. Cette courte digression théorique sur le concept de la légitimité nous permettra de mieux examiner la légitimité de la preuve d'identification génétique.

Une réflexion sur la légitimité n'est pas simple. En effet, le terme est polysémique, complexe et difficile à cerner. En outre, de nombreux auteurs l'ont utilisé dans des recherches fort diversifiées¹⁴ et d'orientations divergentes. Dans le cadre de notre étude, nous nous proposons, sans faire une étude exhaustive, de nous pencher ici sur la typologie fort riche de Max Weber qui fut le premier à utiliser la légitimité comme objet de la réflexion juridique et politique.¹⁵ En effet, celui-ci dans ses travaux et écrits a fait appel à trois dimensions distinctes de ce concept: la légitimité dans un sens sociologique, la deuxième forme de la légitimité est d'ordre juridique et la troisième d'ordre axiologique.¹⁶

encyclopédique de théorie et de sociologie de droit, 2e éd., Paris, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1993, pp. 343-345.

¹⁴ Philosophes, juristes, sociologues, politologues se sont tous penchés sur les questions de légitimité dans leurs disciplines.

¹⁵ Norberto BOBBIO, «Sur le principe de légitimité» dans *L'idée de légitimité*, Annales de philosophie politique VII, Paris, Presses universitaires de France, 1967, p. 47.

¹⁶ Michel COUTU, «Légitimité du droit et transformation de la culture juridique» dans MELKEVIK, B. (dir.) *Transformation de la culture juridique québécoise*, Presses de l'Université Laval, 1998, p. 67.

La première forme de légitimité, qui est d'ordre sociologique se concentre, d'une part, sur les rapports entre la validité de la norme et son effectivité et, d'autre part, sur la légitimité comme consensus. Pierre Lascoumes et Évelyne Serverin écriront à ce sujet :

«[L]e phénomène double face de l'effectivité/ineffectivité est ainsi devenu l'aulne à laquelle s'apprécie la validité du droit. La question de légitimité de la règle tend à se déplacer. C'est l'état des pratiques sociales qui doit fonder la législation, la légitimité devient un problème de consensus.»¹⁷

D'autres auteurs ont affirmé que «l'effectivité emporte présomption irréfutable de validité».¹⁸ La légitimité d'une règle de droit se situe donc dans son effectivité. Cette approche pragmatique a suscité de nombreuses objections. Comme nous le verrons plus loin dans notre titre III, la question de l'effectivité se révélera importante dans notre analyse.

La deuxième forme de légitimité ici fait référence à la validité formelle, laquelle est associée à la légalité. Cette conception est une conception positiviste du droit.¹⁹ L'État est source de normes et de lois et c'est en vertu de cette habilitation, de cette compétence reconnue que les règles émises acquièrent une légitimité et sont, dans une certaine mesure, contraignantes. Et toujours suivant cette thèse il y a identité entre légalité et légitimité. Norbert Rouland dans une

¹⁷ Pierre LASCOUMES et Évelyne SERVERIN, «Théories et pratiques de l'effectivité du droit», (1986) 2 *Droit et société* 101, 109.

¹⁸ Voir François OST et Michel VAN DE KERCHOVE, *Jalons pour une théorie critique du droit*, Bruxelles, Publications des Facultés universitaires Saint Louis, 1987, p. 298. Ces auteurs situent cette affirmation dans le courant réaliste.

¹⁹ *Id.*, p. 273. Voir aussi Valérie DEMERS, *Le contrôle des fumeurs - une étude d'effectivité du droit*, Montréal, Éditions Thémis, 1996, p. 22.

étude parlera du “binôme droit/État” tout en notant la complexité des rapports entre ces deux concepts.²⁰ Hans Kelsen fort influencé par les travaux de Max Weber écrira à propos du principe de légitimité que «les normes d'un ordre juridique valent aussi longtemps que leur validité ne prend pas fin d'une façon qui est déterminée par cet ordre juridique».²¹ Dans le même ordre d'idée que Weber, Jacques Lagrove²² considère qu'il existe des liens entre légalité et légitimité, mais que ces liens ne s'expriment pas en termes d'identité. Selon lui, même si légitimité et légalité tendent à coïncider, on peut concevoir qu'elles s'opposent parfois, et de toute façon la légitimité est «plus fondamentale que la légalité». Il faut souligner que Lagrove, dans son étude, choisit d'utiliser le terme légitimation plutôt que légitimité pour des préoccupations d'ordre méthodologique.²³ Quant à Carl Schmitt, il a reproché à Weber cette identification réductrice de la légitimité à la légalité, car la légalité «ne peut être considérée en elle-même comme source de légitimité. Dans le cadre de l'État contemporain, les deux concepts représentent au contraire des notions opposées».²⁴ Cette conception de la légitimité, qui est formelle donc de type procédural, représente, selon nous, la position contemporaine.

La troisième forme de légitimité est d'ordre axiologique. Ici, la légitimité s'entend de la conformité de la norme à des principes extra-juridiques et à des

²⁰ Norbert ROULAND, *Introduction historique au droit*, Coll. «Droit fondamental - Droit politique et théorie», Paris, Presses universitaires de France, pp.19-37.

²¹ Hans KELSEN, *Théorie pure du droit*, 2^{ème} édition, Paris, Dalloz, 1962, p. 278.

²² Jacques LAGROVE, “La légitimation”, dans Madeleine GRAWITZ et Jean LECA (dir.) *Traité de science politique - La science politique science sociale, l'ordre politique*, Paris, 1985, p. 395-468.

²³ Voir Jacques LAGROVE, *id.* Selon cet auteur, la légitimation est l'acquisition de la légitimité. La légitimation renvoie donc à un processus.

²⁴ Michel COUTU, *loc. cit.*, note 16, 74.

valeurs considérées comme justes. Ces valeurs peuvent être de nature éthique, juridique, religieuse etc.... Cette conception de la légitimité est celle des auteurs de la pensée *jusnaturalisme*.²⁵ La légitimité n'implique donc pas une simple conformité du pouvoir aux règles, mais aussi la réalisation de valeurs fondamentales telles la dignité humaine, la promotion d'une société libre et démocratique. Comme le font remarquer à juste titre François Ost et Michel Van De Kerchove, «le droit légitime ne peut plus présenter n'importe quel contenu».²⁶ Cette forme de légitimité est dite matérielle.

Suite à ce bref exposé, une remarque s'impose : les trois formes de légitimité forment un tout. En effet, le concept de légitimité ne peut se résumer en une typologie statique mais plutôt dynamique où interagissent la légalité et l'effectivité. Autrement dit, une norme légale si elle est dépourvue d'effectivité, ne peut être légitime; de même, une norme effective si elle n'est pas légale ne peut être que précaire tant qu'elle n'a pas acquis la légalité et on sait bien que seul le temps légitime la force d'une loi. De la même manière, une norme qui n'obtient pas un certain consensus ne peut être légitime.

Si nous avons pris soin de spécifier une certaine interdépendance entre légitimité, validité et effectivité, c'est bien parce que c'est cette conception de la légitimité qui va baliser notre analyse du *Projet de loi C-104*. Dès lors, on aura compris qu'aux questions de savoir si ce texte est légitime et s'il légitime la preuve d'identification génétique, deux points sous-tendront notre analyse la

²⁵ Voir François OST, «Validité» dans A.-J. ARNAUD, *op. cit.* note 13, p. 431, à la page 433; Antoine JEAMMEAUD et Evelyne SERVERIN, «Évaluer le droit», (1992) 34 *Recueil Dalloz-Sirey*, 263; François OST et Michel VAN De KERCHOVE, *op. cit.*, note 18, p. 274.

²⁶ François OST et Michel VAN De KERCHOVE, *op. cit.*, note 18, p. 522.

validité des dispositions du *Projet de loi C-104* et l'effectivité qui découle de ce texte. La première partie du titre III expose et radicalise à dessein les dispositions du *Projet de loi C-104* afin de montrer les points forts et les faiblesses de ces dispositions. Nous verrons les ambiguïtés de cette législation et les conséquences qui en résultent sur sa force normative. La deuxième partie, comme nous l'avons préalablement annoncé, se penche sur l'effectivité des nouvelles dispositions. Nous présenterons brièvement différentes définitions de l'effectivité afin de mieux saisir celle qui s'appliquera le mieux à notre situation. Nous retiendrons l'hypothèse de «l'effectivité attendue» développée par le professeur Guy Rocher, car il nous semble encore trop tôt pour évaluer dans la pratique l'effectivité de la nouvelle législation. Nous concluons que la réforme a un bilan mitigé et qu'il y a place à de l'amélioration si on veut limiter les situations conflictuelles et aboutir à l'effectivité de la loi.

De plus, la fascination exercée par les preuves scientifiques sur le droit a souvent eu pour résultat d'occulter des questions inhérentes à la dignité de l'individu et les dangers potentiels liés à cette technologie. Bien qu'un certain nombre d'instruments juridiques ou éthiques aient été adoptés dans le but de protéger les droits de la personne, on peut constater que les lois et les pratiques ne s'y conforment pas toujours. Cela ne représente-t-il pas un problème pour les législateurs et les juristes, garants des droits constitutionnels? Pourtant la *Charte canadienne des droits et libertés*²⁷ garantit les droits et libertés qui y sont énoncés. Ils ne peuvent être restreints que par une règle de droit, dans les limites qui soient raisonnables et dont la justification puisse se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique.

²⁷ Partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982* [annexe B de la *Loi de 1982 sur le Canada*, (1982), R.-U., c. 11)], ci-après citée *Charte canadienne*.

Quant à la structure de notre thèse, une thèse par articles, elle se justifie par le contexte même du sujet abordé. En effet, le développement dans le domaine de la preuve d'identification génétique est tellement rapide, compte tenu de l'évolution de la biologie moléculaire, que notre étude risquait d'être dépassée si nous ne publions pas au fur et à mesure l'avancée de nos travaux. La thèse par articles nous paraissait plus appropriée pour rendre compte, d'une part, des mutations dans le domaine et, d'autre part, de la progression de notre réflexion sur le sujet. À cela s'ajoutent la possibilité de bénéficier des commentaires de comités de lecture et, enfin, l'option de faire profiter les lecteurs de notre recherche au fur et à mesure de l'avancement de nos connaissances.

Cette présentation courante dans certains disciplines, notamment dans le domaine scientifique, mais non traditionnelle, présente quelques problèmes inhérents : premièrement, la problématique générale de la recherche nous amène parfois à une certaine redondance notamment dans les introductions des deux premiers articles. Deuxièmement, les références sont autonomes dans chacun des textes; la numérotation reprend à (1) dans chacun des titres. Troisièmement, le mode de citation des références ainsi que les subdivisions des textes sont très variables d'un article à un autre, ceci à cause des exigences des revues auxquelles les articles ont été soumis pour publication.

Entourant ces articles, des avant-propos comportant parfois une mise à jour jurisprudentielle et un survol théorique serviront à présenter les grandes lignes de l'article, à mettre en relief notre apport, à remédier aux lacunes du texte publié et surtout à faire des liens de transition entre les différentes parties de la thèse. Ce sont, entre autres, pour le titre I un rappel sommaire des principes généraux en droit de la preuve; pour le titre II une brève analyse des décisions qui

sont postérieures à la publication de l'article. Enfin dans l'avant-propos du titre III, nous regarderons comment la preuve d'identification génétique est passée de l'admissibilité à la «légitimité».

Il nous a fallu trouver une méthode pratique pour s'attaquer au sujet. Sur le plan méthodologique, nous avons choisi une démarche qui possède les approches suivantes:

- une approche multidisciplinaire : le thème même de notre étude l'imposait d'emblée. En effet, la preuve par identification relève du domaine de la preuve en droit, mais elle touche aussi à plusieurs domaines: scientifique, éthique et sociologique. La réalité est donc complexe, aussi avant de nous attacher aux problèmes juridiques, il fallait nécessairement situer la preuve dans le cadre scientifique et évaluer l'aspect technique. Nous avons donc procédé à une revue de littérature et fait appel à des scientifiques qui nous ont fait prendre conscience des potentialités et des limites des techniques. La description du droit positif en ce qui concerne l'admissibilité de la preuve occupe une place prépondérante dans notre étude. La prise en compte des considérations éthiques nous a semblé très importante, car le progrès technique ne signifie pas que la preuve doit être acceptée sans aucune limite.

- une approche historique et comparatiste : nous avons retracé le moment où la première preuve est apparue dans le domaine juridique. Quelles sont les affaires qui ont fait oeuvre de pionnières en la matière et quels sont les critères adoptés? Quel est l'état de la situation de nos jours? Deux périodes ont été répertoriées : 1) avant l'élaboration de la législation, période où les tribunaux faisaient du cas par cas; 2) l'adoption du *Projet de loi C-104* et sa mise en

application. Par ailleurs, une troisième période relative à la possibilité de constitution d'une banque nationale de données sera rapidement abordée en conclusion de la thèse. Outre la perspective historique, l'analyse des problèmes juridiques nous a conduit sur la scène internationale. Le recours aux modèles de droit comparé nous a semblé une démarche judicieuse pour proposer des changements législatifs viables. Nous donnons un aperçu de quelques dispositions internationales et régionales qui autorisent l'utilisation de cette preuve;

- une approche descriptive et analytique : il était important, dans un premier volet, et particulièrement dans nos deux premiers titres, de présenter très simplement les techniques de l'identification génétique et dans un deuxième volet de brosser un tableau des critères en ce qui concerne l'admissibilité des preuves devant les tribunaux. Le troisième titre sera, quant à lui, consacré à l'analyse du *Projet de loi C-104*;

- une approche géographique, mais nationale : étant donné l'originalité du système pénal et le partage constitutionnel des compétences, l'utilisation de la preuve d'identification dans le domaine criminel est régie par la législation fédérale, la procédure en matière criminelle étant de juridiction fédérale.²⁸

Ainsi, les objectifs spécifiques de notre étude sont les suivants :

- (a) Il s'agit de faire connaître les techniques d'identification génétique, du moins les vulgariser. En effet, il existe un fossé énorme entre le spécialiste et les autres membres de la société qui sont impressionnés par les résultats du profil

²⁸ Article 91(27) de la *Loi constitutionnelle de 1867*, 30 & 31 Vict., R-U, c.3, désignée avant 1982 sous le vocable de «Acte d'Amérique du Nord Britannique».

génétique. En outre, le domaine scientifique évolue tellement rapidement qu'il faut se tenir au courant des nouveautés pour mieux évaluer les répercussions et mettre en place des mesures pour baliser l'utilisation de l'identification génétique. Nous ne donnons que les détails techniques nécessaires à la compréhension des enjeux.

(b) Il importe de faire une étude des réglementations et pratiques nationales et internationales existantes en la matière; il semblerait téméraire de notre part de rendre compte de manière exhaustive du contenu de toutes les législations et pratiques. C'est pourquoi nous n'insisterons que sur quelques questions fondamentales. Nous nous sommes retrouvés en face de pratiques disparates et même discriminatoires. Face à cette situation, nous sommes venus à la conclusion qu'il fallait proposer des recommandations en vue d'une mise en place d'une législation ou pour une meilleure application des législations existantes. Le droit de la preuve au Canada doit adopter une démarche claire, globale en ce qui concerne l'identification génétique, ce qui apaisera les inquiétudes. L'utilisation de cette preuve étant bénéfique pour la sécurité de la société et pour une bonne administration de la justice, il n'y a pas lieu de s'en priver.

(c) Le troisième objectif se rapporte à la présentation des enjeux soulevés par cette nouvelle technique d'identification. Même si ces questions ont déjà fait l'objet d'études et de recommandations dans d'autres pays, il fallait les aborder dans le contexte du droit criminel canadien.

Bref, il nous apparaît qu'aujourd'hui que la question n'est pas tant de savoir si la preuve va continuer à affluer devant les tribunaux canadiens et à quel rythme, mais de voir par quels mécanismes elle sera légitime.

Notre étude se subdivise donc en trois titres:

Titre I : Les tests génétiques à des fins d'identification

Titre II : Les enjeux de la recevabilité de la preuve d'identification par ADN dans le système pénal canadien

Titre III : *Le Projet de loi C-104* : une réforme à bilan mitigé.

Toutefois, nous ne pensons pas pouvoir aborder utilement ces trois titres sans présenter préalablement dans un chapitre préliminaire intitulé *Prolégomènes* quelques observations sommaires sur les tendances récentes en matière de technique d'identification génétique. En effet, l'aspect scientifique a été abordé dans nos deux premiers titres, soit le titre I et le titre II, mais il évolue tellement vite qu'il faut souvent aller en «quête de la nouveauté». La partie scientifique peut paraître trop technique, mais elle permet de comprendre la rigueur scientifique sur laquelle se fonde la preuve d'identification génétique.

PROLÉGOMÈNES : LES RÉCENTES TENDANCES EN MATIÈRE DE TECHNIQUE D'IDENTIFICATION GÉNÉTIQUE

INTRODUCTION

Au début des années 1980, l'identification génétique reposait sur la méthode de polymorphisme ou RFLP¹, technique de base en biologie moléculaire qui fut reprise par Sir Alec Jeffreys². Plus précisément, celui-ci l'appliqua aux sciences judiciaires en démontrant que les régions d'ADN dénommées «minisatellites» étaient hypervariables et permettraient de certifier l'individualité biologique de l'être humain. La technique de RFLP utilise des régions du génome faites de séquences courtes qui sont répétées en tandem (VNTR)³. Les principales étapes de cette technique sont résumées au tableau No 1.

Cette méthode reconnue fiable est de plus en plus délaissée à cause de ses limites techniques au profit de la méthode d'amplification ou PCR⁴. Voir résumé schématique des étapes de cette technique au tableau No 2.

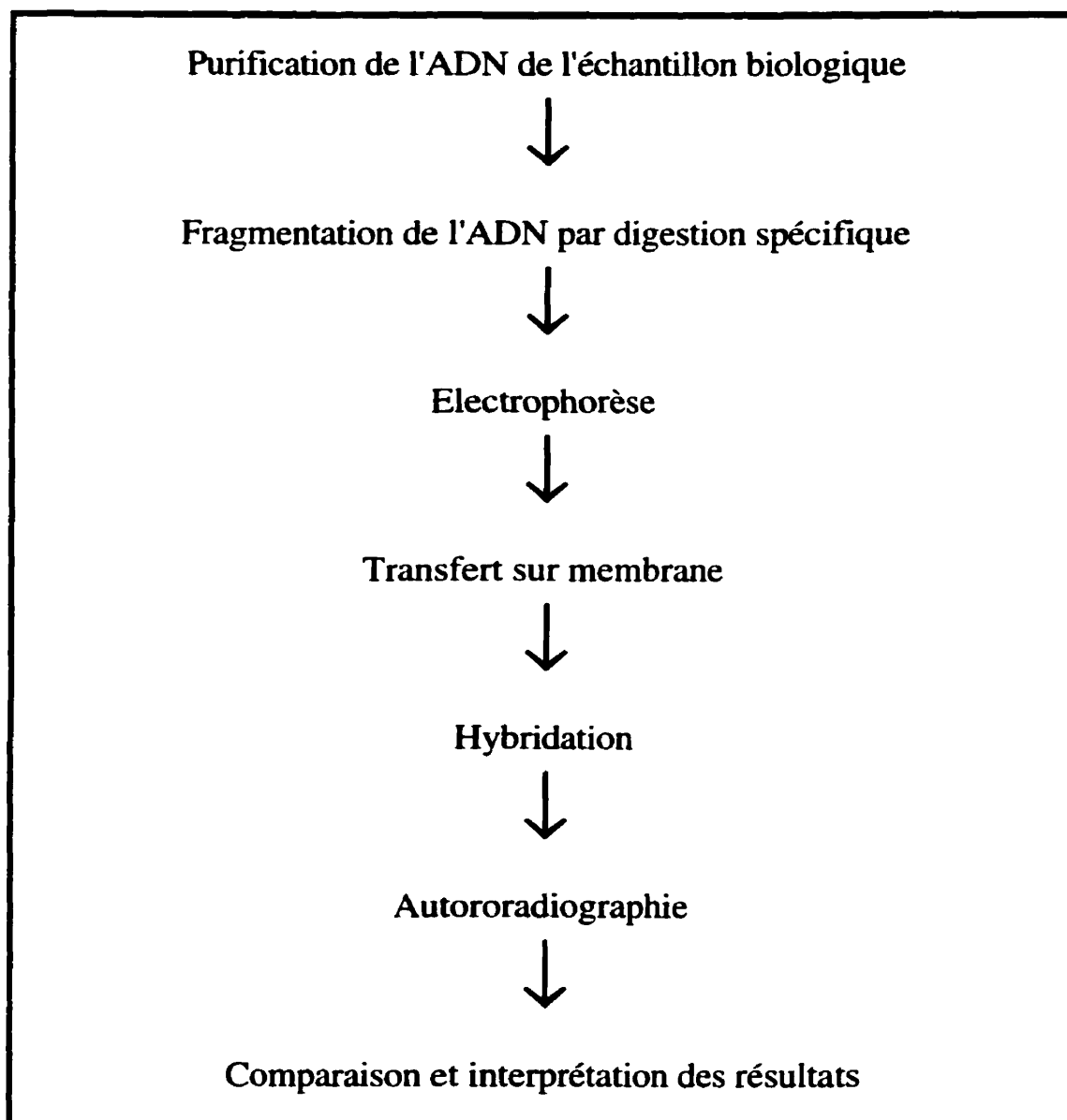
¹ Abréviation de Restriction Fragment Length Polymorphism.

² Alec JEFFREYS, Victoria WILSON et Swee Lay THEIN, «Hypervariable 'Minisatellite' Regions in Human DNA», (1985) 314 *Nature* 67-73.

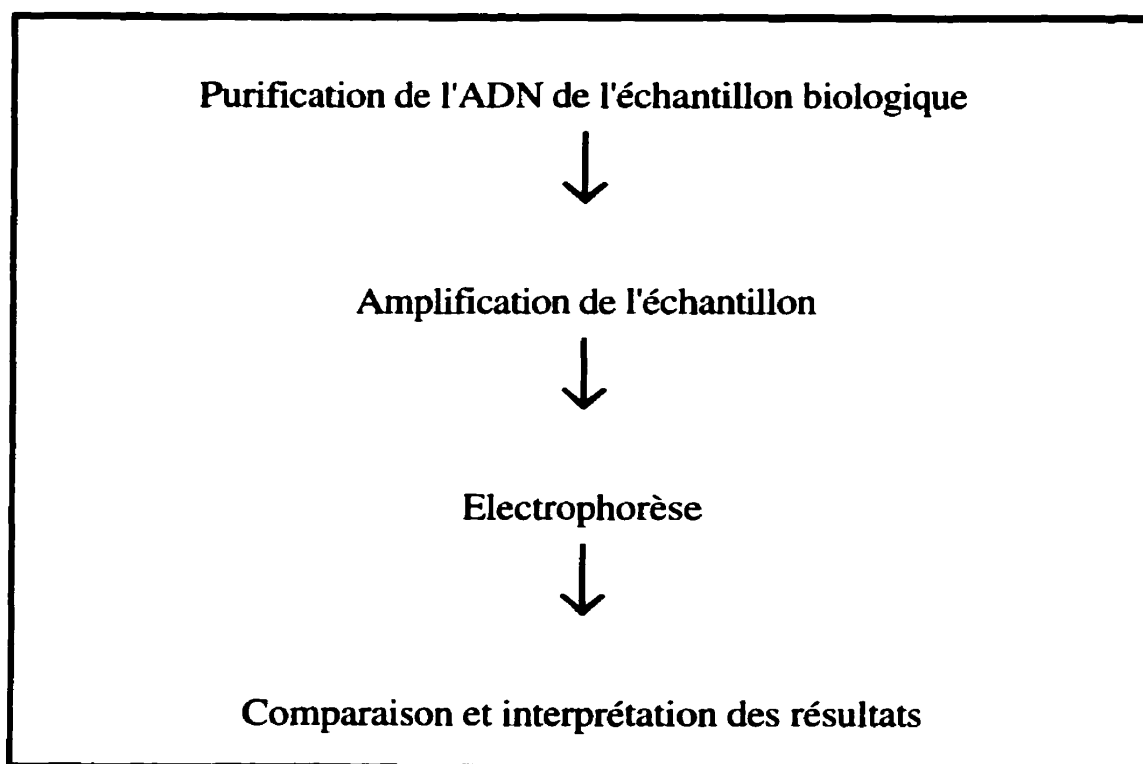
³ Abréviation de Variable Number of Tandem Repeats.

⁴ Abréviation de Polymerase Chain Reaction.

**TABLEAU NO 1 :
ANALYSE DE L'ADN PAR LA MÉTHODE DE RXFLP**



**TABLEAU NO 2 :
ANALYSE DE L'ADN PAR LA MÉTHODE DE PCR**



En effet, la science de la biologie moléculaire est en perpétuel développement et influe sur les technologies d'analyse. L'évolution a donc conduit les scientifiques à rechercher une technique qui permet l'analyse de très petite quantité d'ADN (exemple un cheveu, un mégot de cigarette : spécimens qui ne peuvent être analysés avec la méthode de RLFP, car celle-ci nécessite beaucoup d'ADN) d'où son avantage en matière criminelle, et, qui allie la rapidité d'analyse à la possibilité d'automatisation.

Les premiers articles décrivant les sites STR⁵ datent de 1989. Les sites STR sont de plus en plus utilisés par les laboratoires; ainsi le laboratoire de sciences judiciaires et de médecine légale à Montréal a validé jusqu'à maintenant 10 sites STR et plusieurs autres sites sont en cours de validation⁶. Quant aux chercheurs du laboratoire PRO-ADN Diagnostic Inc., ils viennent de caractériser le marqueur HUMARA comme hautement polymorphe⁷ portant à une quinzaine le nombre total de marqueurs à leur disposition pour effectuer les tests.

Bien que les sites analysés par STR soient moins informatifs, leurs séquences courtes⁸ permettent quand même d'augmenter la précision. Pour pallier au manque de variabilité, il est nécessaire d'analyser plus de sites qu'avec la

⁵ Abréviation de Short Tandem Repeats.

⁶ Voir Vahé SARAFIAN, «Nouvelles techniques : les STR» dans Pierre PATENAUE (dir.), *Police, techniques modernes d'enquête ou de surveillance et droit de la preuve*, Sherbrooke, Éditions Revue de droit de l'Université de Sherbrooke, 1998, pp. 219-230. Communication personnelle avec Léo Laverne et France Mailly du Laboratoire de Sciences Judiciaires et de Médecine Légale de la Sécurité publique à Montréal.

⁷ Voir Danielle DESMARAIS, Yixi ZHONG, Ranajit CHARKRABORTY, Claude PERREAU et Lambert BUSQUE, «Development of a Highly Polymorphic STR Marker for identity Testing Purposes at the Human Androgen Receptor Gene (HUMARA)», (1998) 43(5) *J. Forensic Sci.* 1042-1045.

⁸ Les sites STR ont une longueur qui varie entre 100 et 400 paires de bases, alors que les VNTR sont de l'ordre de 900 à 10000 avec plusieurs centaines d'unités de répétitions.

technique RFLP. Ainsi, il convient de souligner qu'avec un nombre suffisant de sites STR, des profils génétiques plus rares peuvent être définis⁹. (Voir tableaux No 3 et 4).

⁹ Keith MONSON, Jean-Paul MOISAN, Olivier PASCAL, Michèle MCSWEEN, Dominique AUBERT, Alan GIUSTI, Bruce BUDOWLE et Léo LAVERGNE, «Description and Analysis of Allele Distribution for Four VNTR Markers in French and French Canadian Populations», (1995) 45 *Hum. Hered.* 135-143.

**TABLEAU No 3 :
FRÉQUENCE DE PROFIL RFLP ***

Site	Poids	Fenêtre	Occurrence	Fréquence
D1S7	8433 5967	22-23 20	219/ 2676 183/ 2676	0.0112
D2S44	3509 2080	16 9-10	239/ 2718 235/ 2718	0.0152
D4S139	14482 7905	16 14	407/ 2444 331/ 2444	0.0451
D5S110	3087 1855	13-14 7	187/ 1444 57/ 1444	0.0102
D10S28	3978	17-18	109/ 2354	0.0926

Fréquence combinée : 1/140 millions

* Les données de ce tableau ont été analysées dans MONSON K. L., J-P. MOISAN, O. PASCAL, M. MCSWEEN, D. AUBERT, A. GIUSTI, B. BUDOWLE et L. LAVERGNE, «Description and Analysis of Allele Distribution for Four VNTR Markers in French and French Canadian Populations», (1995) 45 *Hum. Hered.* 135-143, à la p. 138.

**TABLEAU NO 4 :
FRÉQUENCE DE PROFIL STR***

Site	Allèle	Occurrence	Fréquence
D21S11	28 29	76/ 420 84/ 420	0.0764
D3S1358	17	77/ 420	0.0414
FGA	20 21	58/ 420 76/ 420	0.0539
FES	10 11	156/ 586 249/ 586	0.229
THO1	6 7	161/ 586 90/ 586	0.0887
F13A	3.2 7	69/ 586 197/ 586	0.0842
vWA	1 7	135/ 586	0.0621
D5S818	9 13	29/ 498 68/ 498	0.0191
D7S820	11	108/ 496	0.0562
D13S317	11 12	138/ 498 174/ 498	0.196

Fréquence combinée : 1/ 260 milliards

* Données gracieusement communiquées par Léo Lavergne, biochimiste au Laboratoire de Sciences judiciaires et de Médecine Légale du Ministère de la Sécurité publique à Montréal.

La technique de PCR permet de détecter non seulement les polymorphismes de longueur comme les STR (I), mais aussi les polymorphismes de séquence (II).

I ANALYSE PAR AMPLIFICATION DES STR

Plusieurs facteurs sont à l'origine de l'intérêt grandissant des scientifiques quant à l'utilisation des sites STR¹⁰.

Le principal facteur tient à la quantité d'ADN requis pour l'analyse. En effet on a recours à des micro-quantités; ainsi l'ADN dégradé, par exemple, peut s'y prêter.

Vient ensuite le facteur temps. En effet, l'analyse par amplification nécessite peu de temps et les résultats de l'analyse peuvent s'obtenir en une journée, ce qui est un avantage lorsqu'on sait que le temps constitue une dimension importante de l'action policière en général.

De plus, puisque la technologie permet d'observer un fragment précis dont on compte le nombre de répétitions, la manipulation des statistiques est simplifiée.

¹⁰ Voir Léo LAVERGNE, «Données génétiques, méthodes d'évaluation et vision d'ensemble de l'utilisation du profil génétique», dans Christiane HENNAU-HUBLET et Bartha Maria KNOPPERS (dir.), *L'analyse génétique à des fins de preuve et les droits de la personne - Aspects médico-scientifique, éthique et juridique*, Bruxelles, Éditions Bruylant, 1997, pp. 21-37; voir aussi : Lambert BUSQUE, Danielle DESMARAIS, Sylvie PROVOST, James W. SCHUMM, Yixi ZHONG et Ranajit CHAKRABORTY, «Analysis of Allele Distribution for Six Short Tandem Repeat Loci in the French Canadian Population of Québec», (1997) *Journal of Forensic Sciences* 1147-1153; ALFORD, Holly HAMMOND et al, «Rapid and Efficient Resolution of Parentage by Amplification of Short Tandem Repeats», (1994) 55 *Am. J. Hum. Genet* 190-195; Vahé SARAFIAN, *op. cit.* note 6; Bartha Maria KNOPPERS, Marie Angèle GRIMAUD, Lambert BUSQUE et Danielle DESMARAIS, «L'apport des technologies de l'ADN en droit familial : aspects techniques et juridiques» dans *Congrès annuel du Barreau du Québec*, Service de la formation permanente, Montréal, 1997, pp. 329-346.

Enfin l'inconvénient d'analyser plusieurs sites s'annihile par la possibilité de les coamplifier et d'automatiser les étapes du processus.

Une autre approche basée sur la méthode de PCR est l'analyse des variations de séquences¹¹.

II ANALYSE PAR AMPLIFICATION DES VARIATIONS DE SÉQUENCE

Cette technique est utilisée pour certaines expertises médico-légales et dans les causes criminelles; cependant elle est peu informative pour les études de filiation¹². Elle a été employée aux États-Unis et en Finlande et demeure en usage très répandu à travers le monde.

Les variations de séquence sont détectées par hybridation de l'ADN amplifié à des oligonucleotides qui possèdent la séquence spécifique de chaque allèle (ASO). Les travaux scientifiques ont démontré que le code génétique se compose d'un enchaînement de quatre bases, soit la Guanine (G), l'Adénine (A), la Cytosine (C) et la Thymine (T) et qui sont régis par une sorte de complémentarité¹³. Mais, ce qui diffère, c'est l'enchaînement de ces bases à un site précis, ce qui occasionne une variation au niveau de la séquence de chaque

¹¹ Voir Antti SAJANTILA et Bruce BUDOWLE, «Identification of Individual with DNA Testing», (1991) 23 *Annals of Medicine* 637-642.

¹² Selon Danielle Desmarais du laboratoire PRO-ADN Diagnostic Inc., cette technique employée seule ne permet pas de confirmer ou d'exclure une identité, car les marqueurs utilisés sont peu polymorphiques. Toutefois, si les profils génétiques analysés ne correspondent pas, on peut affirmer avec certitude qu'ils ne proviennent pas du même individu.

¹³ Voir KAPLAN et M. DELPECH, *Biologie moléculaire et médecine*, Paris, Médecine-Science Flammarion, 1989. L'adénine se met toujours en face de la thymine et la cytosine en face de la guanine.

individu. C'est cela le fondement de la technique de détection de la variation de séquence. Mais en quoi consiste cette technique?

On sait qu'actuellement sont vendues sur le marché des trousses avec des bandelettes HLA DQa1, ampliType pour la détection de certaines variations de séquences¹⁴. L'ADN provenant d'un spécimen biologique litigieux est amplifié puis mis en contact avec les bandelettes commerciales qui contiennent des variations de séquences à un ou plusieurs sites. La zone d'appariement est ensuite détectée par coloration. La comparaison se fait donc visuellement. Deux interprétations peuvent être faites à partir de cette comparaison :

- Premièrement une exclusion du profil : la base ne correspond pas à celle recherchée;

- Deuxièmement, il y a un appariement de base mais cela ne signifie pas qu'il y a une identification, donc qu'il s'agit du même individu, car ce type de variation n'est pas très polymorphe. Il faut donc analyser d'autres sites pour conclure à une identification possible, c'est à dire que les ADN comparés appartiennent aux mêmes individus.

CONCLUSION

La recherche de la fiabilité et de la rapidité est un objectif de nombreux laboratoires. Ainsi des marqueurs génétiques sont de plus en plus utilisés pour déterminer les profils génétiques. Or, ces marqueurs peuvent être différents selon les laboratoires puisqu'il n'y a pas de standards techniques au Canada. Pour le moment, chaque laboratoire a adopté des programmes d'assurance qualité et des

¹⁴ Voir A. SAJANTILA, *loc. cit.*, note 11.

contrôles qualité internes pour prévenir les erreurs. En outre, certains laboratoires canadiens ont enclenché des processus d'accréditation.

Mais quelle que soit la fiabilité de la méthode et les mesures de contrôle mises en place, les risques de contamination reliés à la technique ne sont pas à occulter. Comme l'affirme un expert biologiste : «L'avantage de la méthode pourrait par contre devenir un handicap si les précautions nécessaires ne sont pas prises».¹⁵ Il faut donc adopter des mesures de surveillance et de contrôle très strictes. Enfin, la vitesse fulgurante de l'évolution technologique ne doit pas faire perdre de vue le cadre d'utilisation de ces techniques qui est l'identification dans le domaine juridique et les nombreux enjeux qui en découlent.

¹⁵ Voir V. SARAFIAN. *op. cit.* note 6, p. 209.

TITRE I.

LES TESTS GÉNÉTIQUES À DES FINS D'IDENTIFICATION

AVANT-PROPOS

De tout temps il y a eu en procédure judiciaire plusieurs moyens utilisés pour identifier une personne. Certains sont plus sophistiqués que d'autres, nous songeons naturellement à l'ordalie du Moyen Âge par rapport au test polygraphique ou aux empreintes digitales, aux tests sanguins, à l'identification électronique de la voix. Certains moyens d'investigations sont jugés moins attentatoires que d'autres; ainsi, les empreintes digitales sont considérées comme moins attentatoires à l'intégrité physique que les prélèvements sanguins.

Au début du 20^{ème} siècle, on voit apparaître une nouvelle technique d'identification : la preuve d'identification génétique. Elle écarte et innocent les faux suspects, elle «reconnait» les individus. Si le célèbre roi Salomon avait eu en son temps ce moyen d'identification lorsque deux mères réclamaient le même bébé, sa décision aurait été certainement plus simple et plus «sage».

Comme toute nouvelle connaissance scientifique, la preuve d'identification génétique engendre des sentiments mêlés : fascination, engouement mais aussi crainte et inquiétude. Plus les connaissances progressent, plus s'accroît la possibilité d'utilisation de la preuve. Apparus en 1985 en Angleterre, les premiers tests d'identification par ADN ont servi dans des litiges d'immigration; on les retrouvera dans les procédures civiles d'établissement de paternité ou de maternité, dans les procédures administratives, pénales et médico-légales. Tout récemment, on a utilisé ce procédé au Canada pour identifier les victimes de l'écrasement du vol Swiss Air. En Belgique, on s'en est servi dans l'affaire du «dépeceur de Mons» et dans l'enquête sur les tueries de Brabant, en France dans

l'affaire Montand, pour ne citer que celles-là. Bref, la technologie envahit de nombreux pays et tend à se généraliser pour ne pas dire se «banaliser».

Le titre I se propose donc de présenter le niveau de reconnaissance de la preuve d'identification génétique dans différents systèmes juridiques. La comparaison porte sur le domaine de la procédure pénale et civile. Pourquoi avoir choisi cette «méthode d'étude»?¹ En effet, les données tirées d'un pays peuvent servir à enrichir et améliorer le droit national. R. Saleilles² dira que le droit comparé est un «moyen de politique législative et jurisprudentielle». L'expérience étrangère est donc indéniablement un atout pour l'encadrement de l'utilisation de la preuve d'identification génétique au Canada. En outre, lorsqu'on regarde tous les mouvements humains qui se produisent quotidiennement et qu'on sait que la criminalité n'a pas de frontière, la preuve d'identification génétique par sa spécificité devient alors un outil très précieux. Il faut donc avoir une idée de l'encadrement de la preuve, encadrement qui laisse transparaître les enjeux éthiques. Voilà réduite à sa simple expression la question que nous entendons aborder dans ce titre. Nous n'entrons pas dans le détail de la preuve, mais nous brosons à grands traits les différents systèmes.

L'étude est divisée en trois parties. La biologie moléculaire étant une science complexe et «barbare» pour nous juristes, nos préoccupations nous ont amenés dans le chapitre préliminaire de ce titre I à présenter brièvement un survol de l'aspect technique de la preuve d'identification par ADN. Ce détour peut paraître superfétatoire, mais il est incontournable; en effet, on ne peut entreprendre

¹ Cette expression est la définition retenue par le Professeur Pradel pour caractériser le droit pénal comparé : voir Jean PRADEL, *Droit pénal comparé*, Paris, Éditions Dalloz, 1995, p. 4.

² Auteur cité par Jean PRADEL, *id.*, p. 11.

une réflexion sans comprendre un tant soit peu l'objet de l'étude. La pertinence de ce tour d'horizon se situe principalement à deux niveaux : d'abord permettre au lecteur de saisir le fondement de la preuve et de se pencher sur son admissibilité en droit de la preuve; ensuite, être en mesure de se questionner sur les problèmes sous-jacents au questionnement de l'identification. De toute évidence, la preuve scientifique éblouit souvent par ses prouesses et on finit par oublier que le droit de la preuve et la science ont des logiques différentes; le procès civil ou pénal veut découvrir la vérité, qu'elle soit «biologique» ou «pénale», mais une vérité équilibrée alliant intérêts individuels et intérêts collectifs, alors que la science se tourne vers une vérité unique, la vérité objective.

Comme nous le soulignons, la particularité de cette technologie réside dans le fait qu'elle est basée sur la biologie moléculaire et que les analyses touchent l'individu dans ses aspects les plus intimes. Les tests génétiques d'identification démontrent le caractère unique de l'individu. Il existe deux principales techniques d'analyse, la technique de polymorphisme ou RFLP³ et la technique d'amplification ou PCR⁴. La première met en évidence par une sonde radioactive des fragments d'ADN obtenus directement des échantillons, la deuxième met à contribution l'amplification pour révéler de très petites variations de la taille des micro satellites. Cette dernière technique gagne en popularité en raison de la rapidité des analyses et de la très faible quantité d'ADN nécessaire pour une analyse et par conséquent d'échantillons biologiques, grands atouts pour une enquête judiciaire. Mais peu importe la technique utilisée, «la valeur du

³ Restriction Fragment Length Polymorphism.

⁴ Polymerase Chain reaction.

test d'ADN dépend de la qualité de la méthode de recherche et de la méticulosité de l'interprétation des résultats»⁵.

Il convient de souligner ici que la science étant en constant développement, les techniques décrites dans le titre I reflétaient l'état de la science au moment de la production de l'article. Il y eut une évolution dans les techniques depuis 1994. Ces techniques sont mises à jour dans le chapitre précédent intitulé «Prolégomènes»⁶, lequel traite des récentes tendances en matière de technique d'identification génétique.

Les tests d'identification génétique ont de plus en plus une place déterminante dans les procédures civiles et pénales. L'arrivée de cette preuve d'obédience génétique devant les tribunaux et parfois hors du prétoire (recherches officieuses de preuve biologique en matière de filiation) a-t-elle transformé le droit de la preuve au Canada et dans d'autres pays? Quels sont les critères d'admissibilité de cette preuve?

J'ai tenté de répondre à ces questions en structurant le titre I autour des critères d'admissibilité de la preuve en droit pénal et en droit de la filiation. Il faut mentionner que la preuve d'identification était encore très peu étudiée au moment de la rédaction de notre article et, par conséquent, c'était un champ privilégié d'investigation.

Il est nécessaire de faire dans cet avant-propos les distinctions fondamentales du droit de la preuve, distinctions que nous avons par la suite

⁵ Peter J.-P. TAK et Gertrud A. van EIKEMA HOMMES, «Le test d'ADN et la procédure pénale en Europe», (1993) 4 *Rev. Sc. Crim.* 679-693.

⁶ Voir *infra*.

abordées dans notre titre II afin de mettre en perspective les enjeux de l'admissibilité de la preuve d'ADN.

Au plan pratique, ma démarche est la suivante : en premier lieu, je m'attache à la preuve pénale et en second lieu à la preuve en droit de la filiation. J'aborde brièvement ces principes dans des systèmes différents.

En droit de la preuve pénale (1), je considère deux systèmes : le système de common law et le système romano-germanique. En filiation (2), les systèmes étudiés sont le système germanique ou système de descendance, lequel accorde une place prépondérante au lien de sang, et le système romaniste, «système de la reconnaissance fondée sur la volonté».⁷ Je dégage les règles en fonction desquelles la preuve est recevable devant les tribunaux.

1 – La preuve d'identification par ADN en preuve pénale

a) Le régime de la preuve d'identification par ADN

Que ce soit dans le système de common law ou dans le système romano-germanique, la preuve d'identification par ADN est considérée comme une preuve par expertise puisqu'il sera toujours fait appel à un expert pour interpréter les résultats qui proviennent de l'analyse comparée des échantillons biologiques. De ce fait, les principes généraux de la preuve par expertise s'imposent, mais là s'arrête la ressemblance puisque «le régime juridique de l'expert varie beaucoup

⁷ Voir Marie-Thérèse MEULDERS-KLEIN, «Les empreintes génétiques et la filiation : la fin d'une énigme ou la fin des dilemmes» dans Christiane HENNAU-HUBLET et Bartha Maria KNOPPERS (dir.), *L'analyse génétique à des fins de preuve et les droits de l'Homme – Aspects médico-scientifique, éthique et juridique*, Bruxelles, Éditions Bruylant, 1997, pp. 397-424.

d'un pays à l'autre».⁸ On constate que dans certains pays de droit romano-germanique (Belgique, France), l'expert est choisi par le juge d'instruction ou le juge de fond et que l'expertise n'est pas contradictoire, tandis qu'en common law, l'expert est choisi par les parties et l'expertise est contradictoire. Une solution présentant des ressemblances fonctionnelles avec le système contradictoire est appliquée aux Pays-Bas puisque le prévenu a, dans les délais prévus, le droit de désigner un expert pour assister à l'examen et même celui de demander que soit effectuée une contre-expertise.⁹ Une petite remarque s'impose ici, la Belgique dans une proposition de loi¹⁰ a aussi voulu instaurer une expertise contradictoire se fondant ainsi sur le droit commun relatif aux prélèvements sanguins, mais ce texte ne fut pas adopté.

Outre sa qualification de preuve par expertise, la preuve par identification génétique répond aussi aux caractéristiques suivantes de preuve:

- une preuve matérielle, c'est-à-dire une preuve qui existe par elle-même et est offerte aux constatations directes du tribunal : exemple l'échantillon biologique trouvé sur les lieux du crime;

- une preuve circonstancielle ou indiciale ou indirecte. La preuve fait partie d'autres éléments de preuve ayant rapport avec l'infraction, par exemple

⁸ Voir Jean PRADEL, *op. cit.* note 1, p. 470

⁹ Marie-Noëlle VERHAEGEN, «L'identification par l'analyse génétique dans le système de preuve pénale belge — D'une réalité scientifique à la vérité juridique» dans Christiane HENNAU-HUBLET et Bartha Maria KNOPPERS (dir.), *L'analyse génétique à des fins de preuve et droit de la personne*, Bruxelles, Éditions Bruylant, 1997, p. 216.

¹⁰ *Proposition de Loi relative à la procédure d'identification par analyses génétiques dans le cadre de la justice pénale*, Chambre des représentants de la Belgique, session ordinaire 1998-1999, 18 février 1999, no 1047/6-96/97.

l'échantillon de comparaison prélevé sur le suspect; ainsi donc si parfaite qu'elle soit, elle se combinera aux autres éléments de preuve.

Après ce bref survol sur la place de la preuve d'identification dans les systèmes de preuve, nous nous proposons de nous pencher sur la recevabilité de la preuve telle que décrite dans la première partie du titre 1.

b) Recevabilité de la preuve d'identification par ADN

Dans le système romano-germanique, le principe de recevabilité de la preuve est «la règle de la libre admissibilité des moyens de preuve et de la libre conviction»¹¹, en d'autres termes toutes les preuves quelque soit leur nature sont recevables et le juge a la libre appréciation de leur valeur probante. Mais cette règle souffre bien sûr des exceptions. Ainsi la preuve dépourvue de fiabilité, qui est obtenue en ne respectant pas la dignité humaine, qui méconnaît les règles de procédure pénale, par exemple ne respecte pas les droits de la défense ne sera pas admissible.

Dans le système de common law, le critère d'admissibilité de la preuve d'identification génétique est celui de la pertinence. Cette pertinence de la preuve est appréciée au regard de la provenance des échantillons, de la fiabilité des profils génétiques. En outre, s'ajoute le critère d'utilité, c'est-à-dire que la preuve doit être utile au juge et au jury comme témoignage d'expert. Au Canada, même si la preuve est pertinente, le juge a le pouvoir de l'exclure si la technique n'est pas valide et si la valeur probante de la preuve est surpassée par son effet préjudiciable.¹²

¹¹ Voir Marie Noëlle VERHAEGEN, *loc. cit.*, note 9, pp. 168-169; voir aussi Jean PRADEL, *op. cit.*, note 1, p. 470; voir aussi Peter J.-P. TAK et Gertrud A. van EIKEMA HOMMES, *loc. cit.*, note 5, 689-690.

¹² *R. c. Mohan* [1994] 2 R.C.S. 9.

Le postulat est donc clair : 1) validité et fiabilité de la technique utilisée fondée entre autres, sur un certain consensus de la communauté scientifique; 2) pertinence de la preuve; 3) nécessité ou utilité du témoignage d'expert; enfin, 4) non violation d'un droit garanti par la Charte, tels sont les facteurs à prendre en considération par le juge pour l'admissibilité de la preuve d'identification génétique au Canada. En outre, le statut d'expert est admis lorsqu'on établit les qualifications de celui-ci.

Aux États-Unis, la Cour suprême après avoir mis au rancart la règle de *Frye* a établi en 1993 d'autres principes dans l'affaire *Daubert*.¹³ Le juge se voit dans l'obligation de «passer au crible les preuves fondées sur des théories novatrices». ¹⁴ Quand on sait toute la controverse¹⁵ qui a entouré et entoure la question de rareté des profils génétiques, on ne peut que rester sceptique devant cette décision. Pour illustrer cette controverse, un petit détour jurisprudentiel s'impose: dans l'affaire *Love*¹⁶, les experts qui témoignaient ont soulevé et débattu de plusieurs points dont, entre autres, des questions relatives à la signification

¹³ *Daubert v. Merrel Dow Pharmaceuticals inc.* (1993) 113 S.Ct. 2786.

¹⁴ Pierre PATENAUE, «De la recevabilité des preuves obtenues au moyen de l'utilisation par la police de techniques modernes d'enquête ou de surveillance», dans Pierre PATENAUE (dir) *Police, techniques modernes d'enquête ou de surveillance et droit de la preuve*, Sherbrooke, Éditions R.D.U.S., 1998, p. 91.

¹⁵ Les question de sous-structure de la population, de nombre élevé des homozygotes, des probabilités mathématiques de rareté d'un profil génétique ont parfois jeté un discrédit sur la fiabilité de la technique : voir pour plus de détails Léo LAVERGNE, «Deux aspects de l'identification génétique en médecine légale: la position du généticien dans ce nouvel environnement et l'évaluation de rareté de profils génétiques» dans Christiane HENNAU-HUBLET et Bartha Maria-KNOPPERS (dir.), *L'analyse génétique à des fins de preuve et les droits de l'Homme – Aspects médico-scientifique, éthique et juridique*, Bruxelles, Éditions Bruylant, 1997, pp. 57-75. Voir aussi une étude de Léo LAVERGNE, «L'expertise du profil génétique : ses limites» dans Pierre PATENAUE (dir.), *Police, techniques modernes d'enquête ou de surveillance et droit de la preuve*, Actes du colloque, Sherbrooke, R.D.U.S., 1998, pp. 199-218; Ryan Mc DONALD, «Juries and Crime Labs : Correcting the Weak Links in the DNA Chain», (1998) 24 *American Journal of Law and Medicine*, 352-353.

¹⁶ [1994] A.J. no 487 (QL) conf. par (1995) 102 C.C.C. (3d) 393.

empirique et statistique des concordances, à l'effet de sous-structure de la population, à la fiabilité des banques de la GRC et au «principe de plafond». La distinction à faire entre la concordance aléatoire et la probabilité de la source a aussi fait l'objet du débat. Dans cette cause, le juge Cairns a admis les statistiques en se basant sur l'absence d'erreur du laboratoire. Dans l'affaire *Terceira*,¹⁷ le juge de première instance a décidé que le rapport controversé du National Research Council américain¹⁸, qui recommandait de la prudence comme le montre cet extrait: «Prosecutors and defense counsel should not oversell DNA evidence. Presentations that suggest to a judge and jury that DNA typing is infallible are rarely justified and should be avoided», ne peut influencer sur l'admissibilité de la preuve.

Compte tenu de ce qui vient d'être dit, nous pensons que les juges ne peuvent certifier de la fiabilité des méthodes scientifiques. Comme Pierre Patenaude, nous considérons que ce fardeau est trop lourd pour eux qui sont exclusivement formés en sciences humaines.¹⁹

¹⁷ 6 octobre 1992 (C. Ont. Div gén.); en appel : [1998] O.J. no 428.

¹⁸ NATIONAL RESEARCH COUNCIL, *DNA Technology in Forensic Science*, Washington, National Academy Press, 1992, 185 pages; ce rapport proposait d'utiliser une combinaison de plusieurs sous-groupes de la population, mais ne donnait aucune définition claire des sous-groupes, et de normaliser les données en utilisant les fréquences les plus élevées. Il fut vivement critiqué : voir Paul M. ROWE, «Support for use of DNA profiles as forensic evidence», (1996) 347 *The Lancet*, 1321; «Academy's About-Face on Forensic DNA», (1996) 272 *Science* 803.

¹⁹ Pierre PATENAUDE, «De l'expertise judiciaire dans le cadre du procès criminel et de la recherche de la vérité : quelques réflexions», (1996-1997) 27 *R.D.U.S.* 1.

2 – *La preuve d'identification par ADN en droit de la filiation*

a) **Le régime de la preuve**

En droit de la filiation, on a l'habitude d'opposer deux systèmes, le système de tradition romaniste fondé sur la reconnaissance volontaire et le système germanique qui lui est basé sur la descendance, le lien de sang.²⁰ Toutefois dans ces deux systèmes, la preuve d'identification génétique serait toujours une preuve de témoignage.

Le système romaniste : en général les pays relevant de ce système accordent une importance à la réalité psychosociale de l'enfant, à sa possession d'état constante plutôt qu'à la vérité biologique. Ainsi, on verra qu'au Québec, le législateur ne fait aucune mention de la preuve d'identification génétique dans le code civil, mais la preuve n'est pas pour autant interdite puisque l'article 533 autorise tous les moyens de preuve pour prouver la filiation. On retrouve cette même ouverture à la preuve d'identification génétique en droit belge et en droit espagnol.²¹ L'expertise scientifique est une prérogative des personnes concernées. En France, on a plutôt opté pour une négation de la vérité biologique. Ainsi, l'action en recherche de maternité ne sera pas admise si la mère a demandé d'accoucher anonymement. Une exception cependant : dans le cas d'une action en établissement ou contestation de lien de paternité, d'obtention ou de suppression de subsides, l'expertise est assujettie au contrôle judiciaire.²²

²⁰ Voir Marie-Thérèse MEULDERS KLEIN, *loc. cit.*, note 7, p. 399.

²¹ Article 318 du Code civil belge. pour l'Espagne, voir l'art. 127.1 du Code civil qui stipule que dans les procès concernant la filiation, la recherche de la paternité peut se faire par la biais de tout genre de test, y compris les tests biologiques.

²² Article 16-11 de la *Loi no 94-653 du 29 juillet 1994 relative au respect du corps humain*.

Le système germanique : en droit allemand, comme nous l'avons vu précédemment, c'est la vérité biologique qui prime, mais comme l'écrit le professeur Meulders Klein,

«[...] le droit allemand non seulement rend obligatoire la recherche de la vérité à tout prix et par tous les moyens, au point d'imposer à toute mère non mariée d'indiquer le nom du ou des pères possibles de son enfant [..].»²³

Quant au pouvoir du juge d'ordonner un test, on remarquera que la distinction par systèmes de droit ne tient pas. Le Code civil belge ne permet au tribunal d'ordonner d'office un test scientifique que s'il est «scientifiquement éprouvé».²⁴ Ce pouvoir d'ordonner une expertise est aussi conféré au juge français²⁵, au tribunal en Grande Bretagne²⁶, aux magistrats des provinces anglaises canadiennes et de la majorité des États américains et en Allemagne.

En Espagne, le juge ne peut ordonner de force la réalisation des tests de paternité. Le refus de l'une ou l'autre des parties de se soumettre au test n'a pas de valeur de confession.

b) Admissibilité de la preuve d'identification génétique

Comme toute preuve d'expertise, la preuve doit être fiable, elle doit respecter les règles de la filiation, être utile au juge, avoir une force probante et avoir été obtenue sans violation d'un droit. Ici les droits qui seront les plus mis en cause sont l'inviolabilité de la personne et le droit à la vie privée. Cette observation

²³ Voir Marie-Thérèse MEULDERS KLEIN, *loc. cit.*, note 7, p. 401.

²⁴ Article 331 octies du *Code civil belge*.

²⁵ Article 16-11 de la *Loi no 94-653 du 29 juillet 1994*, précité, note 23.

²⁶ Article 20 du *Family Law Reform Act*.

nous amène à la question de la place du consentement : consentement à l'identification, consentement au prélèvement. Si la question du consentement à l'identification semble être réglée par les différentes législations, il y a un silence dans les textes quant au consentement lors du prélèvement d'échantillons biologiques en vue de l'identification génétique. Quelle est la position adoptée par les différents pays? Que penser du refus de se prêter au prélèvement lorsque le test est ordonné par le tribunal? Quelles sont les sanctions qui seront appliquées? Ces questions sont examinées dans le titre I de notre thèse.

LES TESTS GÉNÉTIQUES À DES FINS D'IDENTIFICATION*

* Cet article a été écrit en collaboration avec KNOPPERS B.M., C. CHOQUETTE et S. LEBRIS, et a été publié dans le No 25 la *Revue de l'institut suisse de droit comparé*, 1994, pp 57-105.

INTRODUCTION

Les progrès réalisés dans le domaine de la biologie moléculaire, tout en permettant d'isoler avec une précision toujours plus grande les facteurs héréditaires qui déterminent à la fois la santé et la maladie ont, en outre, fourni les outils qui permettent d'utiliser l'ADN pour l'identification. Une telle application se retrouve aussi bien dans le domaine non humain (finalité d'identification en matière de conservation de la faune et de la flore)¹ qu'humain, où elle a pris une envolée remarquable. Depuis 1985, le «bertillonnage génétique» se répand à travers le monde comme une traînée de poudre. Les résultats de cette méthode étant plus significatifs, plus informatifs que ceux des techniques biologiques traditionnelles, les analyses génétiques tendent à devenir un instrument de «premier choix» pour résoudre l'énigme de l'identité, surtout dans les domaines du droit criminel et du droit de la filiation.

En matière criminelle, l'originalité des analyses génétiques réside dans la facilité de cumuler des éléments de preuve dans certains types d'infraction (agressions sexuelles par exemple) où il est souvent difficile de le faire sur la base des méthodes traditionnelles². On assigne à cette preuve un objectif de justice et de vérité: les analyses prouvent avec une quasi-certitude la culpabilité ou

¹ En Ontario, au Canada, les analyses d'ADN permettent la protection de la faune en démasquant les braconniers de chevreuils et d'orignaux: E.A. GUGLICH, P.J. WILSON et B.N. WHITE, «Application of DNA Fingerprinting to Enforcement of Hunting Regulations in Ontario», (1993) 38 *Journal of Forensic Sciences* 48. Elles permettent aussi d'identifier l'ivoire des éléphants menacés d'extinction afin de protéger ces troupeaux : CHERFAS, «Science Gives Ivory a Sense of Identity», (1989) 246 *Science* 1120. Elles servent aussi à retracer l'exportation illégale de produits agricoles, à se documenter sur les pedigree de chevaux (OTA, *Genetic Witness: Forensic Uses of DNA Tests*, Washington, 1990, p. 51) et à surveiller la déportation illégale des chimpanzés : «Chimpanzee DNA Profiles on Trial», (1994) 367 *Nature* 692.

² Notons par exemple que la fonction utilitaire des analyses génétiques est la même que celle des empreintes digitales.

l'innocence d'un individu³; elles mettent un «accusé en première place»⁴ puisqu'un profil particulier de l'ADN permet de le relier avec certitude à une personne précise. C'est donc une technique d'identification positive, voire de confirmation d'identité génétique.

L'aspect sécurité publique y est aussi présent. Ainsi dans le cas des crimes en série, les analyses génétiques permettent de déterminer si les échantillons biologiques provenant des scènes de crime appartiennent à une personne déjà suspectée, à un seul individu ou à plusieurs personnes. Cela permet aux autorités policières de réagir rapidement en arrêtant le suspect ou, à défaut, de prendre des mesures préventives pour empêcher la commission d'autres crimes.

Par surcroît, il importe de mentionner l'objectif administratif et économique. Les analyses génétiques peuvent faciliter le désengorgement des tribunaux en augmentant les plaidoyers de culpabilité (on a vu des accusés plaider coupables dès l'énoncé des résultats de leurs analyses génétiques⁵). Il en résulte la diminution du coût économique de la justice. Les résultats de la preuve d'identification peuvent aussi entraîner une réduction du temps des enquêtes dans l'hypothèse où, dès le début de l'enquête, les policiers ont identifié un suspect, car ils peuvent concentrer leurs efforts sur celui-ci et ne perdent plus leur temps avec d'autres pistes. Les enquêtes se déroulent plus efficacement et plus rapidement.

³ D.C. MOSS, «Free at Last», (1989) *A.B.A. Journal* 19: Gary Dotson, accusé en 1979 à tort d'un viol qu'il n'a pas commis, s'est vu refuser sa libération même si la victime 5 ans plus tard ait affirmé son erreur. Mais en 1988, il fut déclaré innocent après avoir accepté de se soumettre au test des empreintes génétiques.

⁴ I. LOMHOFF, «By Their DNA, So Shall Ye Know Them», (1987) *California Lawyer* 9.

⁵ *R.v. McNally*, April 4, 1989 (Ont. D. C), n° 3751, non rapportée.

En dernier lieu, il faut évoquer l'efficacité de la justice. L'innocent est mieux protégé, car en excluant dès le début des procédures criminelles les innocents, la preuve d'identification par ADN empêche une mise en accusation et la réprobation sociale qu'elle entraîne. Les analyses génétiques ont une très grande incidence sur les taux de condamnations; de même, elles pourraient avoir une influence sur l'augmentation des plaintes. Ainsi par exemple, les victimes d'agressions sexuelles peuvent plus facilement porter plainte et faire condamner leurs violeurs puisque leurs témoignages pourront désormais être corroborés par les résultats des analyses, permettant ainsi d'éradiquer la peur que manifestent beaucoup de victimes, de voir leur agresseur demeurer en liberté. Cette fonction d'efficacité n'est pas à négliger lorsque l'on sait que dans les cas d'agressions sexuelles, on a souvent affaire à des récidivistes. En pénal, donc à première vue, on rencontre l'utilité des analyses génétiques aussi bien au niveau de l'enquête policière que dans toutes les phases de la procédure judiciaire.

Dans le domaine de la filiation, les analyses génétiques ont amélioré la qualité et la précision des conclusions obtenues par tests sanguins conventionnels. Elles prouvent d'une manière quasi certaine la parenté biologique⁶. On y a aussi recours pour la reconnaissance de maternité ou de paternité tout autant que pour leurs exclusions. Ceci peut être fait à l'instigation des parties ou de l'État⁷. Les

⁶ M.-C. KING, «Invited Editorial: Genetic Testing of Identity et Relationship», (1989) 44 *Am. J. Hum. Genet.*, 179 ; L.A. TONELLI, K. MARKOWICZ et coll., «Use of Deoxyribonucleic Acid (DNA) Fingerprints for Identity Determination: Comparison With Traditional Paternity Testing Methods», (1990) 35(6) *Journal of Forensic Sciences*, 1265. R.C. DE LINVAL, «C'est toi mon papa?», (novembre 1993) *Le Journal du Barreau*, 3 : «[...] la technique est suffisante pour identifier non seulement les liens entre une personne et ses grands-parents, ses frères et soeurs, voire ses oncles et tantes.»

⁷ G. CHARLES, «Génétique: Tous en fiches», (1992) *L'Express*, 50. En Suède, le gouvernement a décidé de retrouver les hommes étrangers qui sont responsables de 14000 grossesses de Suédoises et qui ne se déclarent pas dans la perspective de leur faire payer une pension alimentaire afin que les enfants ne restent pas à la charge de la société.

analyses génétiques établissent la vérité biologique⁸. Elles seront utiles pour prouver les parentés de fait et empêcher des mariages consanguins. Elles ont déjà servi à la confirmation d'une paternité commune et établit la gémellité véritable avant une transplantation d'organes, afin d'éliminer les risques de rejet⁹. Elles sont également invoquées dans des requêtes d'aliments, dans des contestations testamentaires, et dans des litiges ayant un rapport avec la filiation. Par surcroît, on pourrait aussi envisager le cas où un homme accusé d'inceste accepte de se soumettre au test d'analyses génétiques pour prouver qu'il n'est pas le père biologique de la mineure.

On se servira aussi de ce procédé pour identifier les enfants abandonnés, échangés ou enlevés. Par exemple, les analyses génétiques auraient permis de clarifier les relations familiales dans des cas d'échanges de nouveau-nés dans les hôpitaux¹⁰. En Argentine, elles ont permis de rendre à leurs familles des enfants, nés en prison, d'opposantes ayant été assassinées par la suite; ces enfants étaient élevés par des couples qui clamaient être leurs parents biologiques¹¹. Les analyses génétiques sont aussi demandées dans le cadre d'une action en recherche

Devant cette initiative, bon nombre de ces pères «présumés» ont signé une reconnaissance de paternité ou ont donné du sang pour contester cette paternité.

- 8 «DNA Testing Provides Sperm Evidence», *Globe et Mail* (juillet 1993). Dans une affaire où la paternité d'un homme était invraisemblable parce que celui avait subi quelques années plus tôt une vasectomie, les analyses génétiques ont pu prouver que l'enfant conçu par son épouse était le sien alors que des tests successifs ont démontré que les quelques spermatozoïdes produits ne pouvaient causer une grossesse.
- 9 C. MULLEN, «DNA Tests Proved Twin Sisters are Identical», (August, 1992) *Edmonton Journal* 11.
- 10 E.R.B. McCABE, «Applications of DNA Fingerprinting in Pediatric Practice», (1992) 120 *Journal of Pediatrics* 499.
- 11 L.T. KIRBY, *DNA Fingerprinting: An Introduction*, New York, W.H. Freeman et Co., 1992, 228; l'analyse génétique fut possible grâce à l'ADN mitochondrial qui est seulement transmis par la mère. Voir *infra*, note 20.

de paternité *post mortem* ou dans le cadre d'une succession¹². De même, pour s'assurer que ses biens iront à ses «vrais» héritiers, un homme a laissé un échantillon de sang en stipulant une obligation de faire subir un test sanguin à quiconque prétendrait être son héritier¹³. Enfin, il convient de mentionner brièvement d'autres possibilités d'utilisations des analyses génétiques: l'identification de la filiation dans des demandes d'immigration¹⁴, l'identification *post mortem*¹⁵ et la mise en banque d'analyses génétiques des soldats avant leur départ pour une guerre¹⁶.

Tout en nous limitant à l'utilisation des tests génétiques pour fins d'identification dans deux domaines, à savoir le droit pénal (1ère partie) et le droit

¹² «Comment se réserver la preuve d'une filiation paternelle après le décès du géniteur présumé», (1989) 158 *Journal des procès* 32, 35. Ainsi une expertise *post mortem* fut ordonnée en Belgique dans le but d'établir la filiation. Selon le juge, «le droit de l'enfant à voir établir sa filiation paternelle, et à tenter d'obtenir tous les éléments probatoires à cet effet, est plus important que le respect dû au mort et que l'intégrité d'une dépouille mortelle.»

¹³ Communication de Sophie Couture du laboratoire Helix Biotech au Canada, 1994.

¹⁴ De nombreux pays se sont servis de cette technique pour contrôler la véracité de la parenté lorsqu'il s'agit de regroupement familial. Cela a permis de détecter les fraudes surtout en l'absence de papiers d'identité officiels. Le test est actuellement disponible dans 50 pays à travers le monde. Voir J. CLAY, «Genetic Evidence in Canadian Courtrooms: A Summary of DNA Technology et its Legal Applications», (1993) *The Barrister* 5.

¹⁵ La rapide dégradation des tissus *post mortem* rendait auparavant non identifiable les cadavres inconnus. Les analyses génétiques remédient à cette situation en permettant l'identification des victimes des catastrophes naturelles, aériennes, ferroviaires et autres. On peut donc rendre les restes aux familles éplorées pour qu'elles offrent des sépultures décentes. Dans ce cas, les analyses génétiques jouent un rôle d'apaisement social. Voir E.R.B. McCABE, *loc. cit.*, note 10, 307: une fillette disparue depuis 4 ans dans le désert fut identifiée grâce au reste de son crâne en utilisant l'ADN mitochondrial qui est plus facile à détecter que l'ADN nucléaire et qui a la particularité de ne se transmettre que par les femmes. Voir aussi J.-Y. NAU, «Les victimes de la catastrophe du mont Sainte-Odile ont été identifiées grâce aux empreintes génétiques», *Le Monde*, 31 mars 1992 (on parle ici des cadavres morcelés des victimes du crash de l'airbus A-320); AFP, «Est-ce la fin du mystère de la famille Romanov?», *La presse*, 10 juillet 1993, p. A-20.

¹⁶ Les Forces armées américaines ont décidé cette opération pour pouvoir confirmer l'identité de ceux qui auraient disparu pendant les opérations militaires. Cela pourrait éviter les incertitudes sur leur décès, comme il en fût pendant la guerre du Vietnam. «DNA Dog Tag or Genetic ID?», *Times*, juin 22 1992, pp. 16-17; W. MELILLO, «Genetic Record Will Help Identify Unknown Soldiers», *Washington Post (Health Section)*, janvier 14, 1992.

de la filiation (2ème partie), et tout en reconnaissant les finalités différentes de cette preuve dans ces deux domaines¹⁷, nous nous pencherons en conclusion sur des réformes juridiques et sur les principaux enjeux éthiques soulevés par l'utilisation de cette preuve. Pour une meilleure compréhension de cette matière, il nous semble néanmoins primordial de tracer au préalable, de façon brève et simplifiée, les grandes lignes des aspects techniques de cette preuve (chapitre préliminaire).

La méthode d'identification s'affine de plus en plus afin d'obtenir des résultats toujours plus fiables. Cependant, il appert que seule une approche unitaire et compréhensive des nombreuses implications de cette preuve permettra de saisir la profondeur des conflits qui peuvent en surgir. En effet, les analyses génétiques, plus que toutes les autres méthodes de recherche de la vérité, nous transposent dans un monde de valeurs jonché de conflits : conflit vérité-sécurité-justice-liberté individuelle en droit criminel, conflit vérité biologique-vérité affective-stabilité familiale-intérêt de l'enfant en droit de la filiation. Comme l'exprime A. Giudicelli dans son analyse des enjeux de l'utilisation des analyses génétiques en droit de la filiation, il est difficile de choisir entre : «fragilité et beauté de la vérité affective, certitude et froideur de la vérité biologique prise en elle-même»¹⁸.

¹⁷ On observera ici que la matière est complexe puisque deux grands groupes de pays se dégagent: ceux avec un système de Common law et ceux avec un système romano-germanique. Au Canada, le droit pénal est fédéral (common law) et le droit de la filiation est de tradition civiliste pour le Québec et de la Common law pour les autres provinces. Voir E. SHAPIRO, D. REIFLER, STEWART et C.L. PSOME, «The DNA Paternity Test: Legislating the Future Paternity Action», (1992-1993) 7 *Journal of Law et Health* 1, 41.

¹⁸ A. GIUDICELLI, *Génétique humaine et droit*, thèse de doctorat, Université de Poitiers, 11 janvier 1993, 159.

CHAPITRE PRÉLIMINAIRE: LES ASPECTS TECHNIQUES DE L'IDENTIFICATION GÉNÉTIQUE

L'identification génétique s'applique tant en matière pénale qu'en matière civile. Son fondement scientifique (I) ainsi que les techniques la révélant (II) sont sensiblement les mêmes dans les deux cas. L'identification génétique recèle de nombreux avantages mais comporte aussi quelques inconvénients (III). Elle est pratiquée tant dans les laboratoires privés que publics (IV).

I LE FONDEMENT SCIENTIFIQUE DE L'IDENTIFICATION GÉNÉTIQUE

Depuis 1944, l'acide désoxyribonucléique (ou ADN) est reconnu comme étant le support moléculaire de l'information génétique¹⁹. À l'exception d'une infime fraction que l'on retrouve dans les mitochondries²⁰, l'ADN est principalement présent dans les chromosomes du noyau de toutes les cellules de l'organisme²¹. La structure de la molécule d'ADN est représentée par l'union de deux brins complémentaires, enroulés en hélice droite, et composés chacun d'une longue série de nucléotides²². Les deux chaînes d'ADN s'unissent au niveau de

¹⁹ J.-C. KAPLAN et M. DELPECH, *Biologie moléculaire et médecine*, Paris, Médecine-Science Flammarion, 1989, p. 415.

²⁰ Ils existent plusieurs milliers de mitochondries par cellule. Ce génome, qui est circulaire, a une longueur de 16 569 paires de bases et sa séquence a été entièrement déterminée. Contrairement à l'ADN nucléaire, l'ADN mitochondrial n'a pas d'introns (zones non-codantes) et n'est pas transmis de façon mendélienne. En effet, cet ADN n'est transmis que par la mère puisque les mitochondries proviennent de l'ovule de la mère et non du sperme du père. Les enfants d'une mère ont donc tous le même ADN mitochondrial. En utilisant la même méthode de visualisation et d'interprétation que dans le cas de l'ADN nucléaire, on peut établir la maternité biologique. L'identification peut même être réalisée en l'absence de la mère si ses descendants ou la grand-mère maternelle demeurent toutefois disponibles. Voir: E.R.B. McCABE, *loc. cit.*, note 10, 506.

²¹ Chaque individu a normalement 46 chromosomes dont 23 proviennent de la mère et 23 autres du père.

²² Chaque nucléotide est composé d'un sucre (le désoxyribose), d'un groupe phosphate et d'une base (soit l'Adénine A, la Guanine G, la Cytosine C et la Thymine T).

leurs bases, ces associations ne pouvant se faire qu'entre l'adénine et la thymine ou entre la guanine et la cytosine. Le génome humain, c'est-à-dire l'ensemble des 46 chromosomes, est long de 3.3×10^9 paires de bases²³. Seulement environ 1% du génome code pour les 50 000 à 100 000 gènes, le reste du génome étant hautement polymorphique et non-codant, du moins selon les connaissances actuelles²⁴.

Les RFLP (Restriction Fragment Length Polymorphism) sont des séquences de bases d'ADN caractérisées par leur grande variabilité d'un individu à l'autre²⁵. À ce jour, plus de 2 000 RFLP ont été identifiés sur l'ensemble des chromosomes humains²⁶. Ils sont situés sur des emplacements précis du génome humain (*locus* génétique) et leurs différentes versions ou formes alternatives, qui sont mutuellement exclusives à un même *locus*, correspondent à des allèles. Les RFLP se transmettent dans le patrimoine génétique de chaque individu de façon mendélienne. En effet, puisque tous les chromosomes viennent en paires (à l'exception des chromosomes sexuels), chaque individu possède, à chacun des *loci* particuliers, un allèle provenant du père et l'autre de la mère. Même s'il existe une multitude d'allèles possibles pour un site particulier, chaque individu ne peut, par conséquent, avoir que deux de ces allèles. Chez les individus hétérozygotes (Aa) deux allèles différents sont présents tandis que les homozygotes (AA et aa) ont hérité de deux allèles semblables²⁷. Un RFLP est arbitrairement défini comme une variation génétique détectable dans au moins 1% des individus d'une

²³ J.-C. KAPLAN et M. DELPECH, *op. cit.*, note 19, 13.

²⁴ E.R.B. McCABE, *loc. cit.*, note 10, 502.

²⁵ Le premier RFLP fut découvert par Wyman et White (1980).

²⁶ Communication avec Dr Claude Laberge, 1994.

²⁷ E.R.B. McCABE, *loc. cit.*, note 10, 502.

population. Ces séquences variables d'ADN ne dénaturent pas le message héréditaire, soit parce qu'elles sont situées dans des régions non codantes du génome, soit parce qu'elles n'altèrent pas le contenu informationnel des exons, qui sont les parties du gène qui codent pour les protéines²⁸. Les RFLP peuvent être bi-alléliques ou multi-alléliques. Dans ce dernier cas, les RFLP sont des polymorphismes de répétition où une même séquence d'ADN est répétée en tandem à un site précis du génome. Le nombre de répétitions varie d'un individu à l'autre constituant ainsi différents allèles. Ces RFLP sont appelés minisatellites ou VNTR (Variable Number of Tandem Repeats)²⁹. Par exemple, un des VNTR chez l'humain est composé de 17 paires de bases répétées entre 70 et 450 fois à un même *locus* selon l'individu.

En 1985, A. Jeffreys³⁰ découvre les «minisatellites hypervariables», qui sont des polymorphismes particulièrement informatifs possédant un motif de base de 11 à 16 nucléotides. Ces séquences d'ADN sont particulières puisqu'elles sont à la fois répétitives, dispersées à travers le génome et très variables. En effet, contrairement aux autres minisatellites qui ont un *situs* chromosomique unique, ces minisatellites hypervariables se retrouvent sur tous les chromosomes, à l'exception des chromosomes X et Y³¹. De plus, à chaque localisation chromosomique, les minisatellites sont d'une extraordinaire variabilité, qui est en partie expliquée par un taux de mutation très élevé dans ces séquences d'ADN (20

28 J.-C. KAPLAN et M. DELPECH, *op. cit.*, note 19, 169.

29 *Id.*, p. 171-173.

30 A.J. JEFFREYS, V. WILSON et S.L. THEIN, «Hypervariable Minisatellite Regions in Human DNA», (1985) 314 *Nature* 67; A. J. JEFFREYS, V. WILSON et S.L. THEIN, «Individual-Specific Fingerprints of Human DNA», (1985) 316 *Nature*, 76.

31 J.-C. KAPLAN et M. DELPECH, *op. cit.*, note 19, 173-175.

fois plus que dans le reste du génome)³². Chez un seul individu, on peut étudier simultanément une soixantaine de *loci* chromosomiques. De plus, chaque *locus* est multi-allélique ce qui signifie que chacun des allèles a alors une fréquence d'apparition faible dans la population. Il apparaît, par conséquent, que la probabilité de rencontrer deux individus non apparentés possédant le même profil génétique est inférieur à 10^{-20} . Pour chaque individu, les minisatellites hypervariables permettent son identification à partir d'une véritable «empreinte génétique» correspondant, en fait, à l'agencement spécifique de ses allèles, à l'exception des jumeaux identiques qui possèdent des profils génétiques en tous points semblables³³. De plus, puisque chaque individu hérite d'un allèle de chacun de ses parents et ce, pour tout *locus* sur le génome, les tests génétiques permettent aussi de retracer la filiation biologique. L'on vérifie alors que les deux allèles du profil génétique de l'enfant se retrouvent dans l'un et l'autre des profils génétiques des deux parents biologiques.

II LES TECHNIQUES GÉNÉRALEMENT UTILISÉES POUR L'IDENTIFICATION GÉNÉTIQUE

Les profils génétiques sont réalisés principalement par le biais de deux techniques: la méthode de Southern et la méthode de l'amplification génique ou PCR (Polymerase Chain Reaction) couplée à des techniques de révélation de l'ADN amplifié. La technique de Southern, qui est la plus couramment utilisée, permet de visualiser n'importe quelle fraction du génome en utilisant une sonde reconnaissant spécifiquement la séquence à analyser. L'ADN est coupé en morceaux ou séquences de longueurs variables (10^6 environ) par des enzymes de

³² *Id.*, p. 175.

³³ *Id.*, p. 176.

restriction qui reconnaissent chacune une séquence spécifique de bases sur la chaîne d'ADN. Ces fragments d'ADN sont alors séparés par électrophorèse en gel d'agarose en fonction de leur taille, les petits fragments d'ADN migrant plus rapidement à travers le gel que les plus longs. Une coloration au bromure d'éthidium permet de contrôler la qualité de l'ADN, la migration et la digestion enzymatique. Une fois le patron de migration obtenu, une solution de soude est ajoutée au gel pour casser l'ADN en fragments plus courts et pour séparer l'ADN en simple brin pour permettre une éventuelle hybridation. Les fragments monofilitiques d'ADN sont ensuite transférés par capillarité (Southern blotting) sur un support solide en nylon³⁴. Une sonde radioactive est ensuite utilisée pour visualiser les fragments d'ADN. Pour éviter que la sonde radioactive ne se fixe partout sur la membrane de nylon et non pas seulement sur les séquences d'ADN complémentaires que l'on veut repérer, on doit effectuer une étape de préhybridation. Celle-ci permet, à l'aide d'un ADN hétérologue provenant de sperme de saumon ou de hareng, de saturer sur la membrane de nylon tous les sites de fixation potentiels de la sonde radioactive entourant l'ADN humain transféré. L'hybridation peut ensuite être réalisée entre la sonde radioactive et les séquences d'ADN complémentaires.

Pour l'hybridation, on utilise soit les sondes multi-*locus* développées par Jeffreys, qui reconnaissent de nombreux minisatellites à travers tout le génome humain, ou des sondes mono-*locus* qui discriminent les minisatellites situés en un seul *locus* précis³⁵. L'image obtenue avec les sondes multi-*locus* est d'une très

³⁴ J.-C. KAPLAN et M. DELPECH, *op. cit.*, note 19, 503.

³⁵ Au Canada, la Gendarmerie royale du Canada (GRC), le Centre of Forensic Sciences à Toronto, la Direction des Expertises Judiciaires et le laboratoire privé Hélix Biotech utilisent les sondes mono-*locus*. (Dr. Léo Lavergne et Sophie Couture, communications personnelles, 1994).

grande spécificité individuelle et constitue une véritable «empreinte génétique». On obtient le même résultat en utilisant simultanément plusieurs sondes *mono-locus*, cumulant ainsi leur pouvoir discriminatoire³⁶. Par contre, alors que l'utilisation d'une seule sonde *mono-locus* ne permet pas d'exclure ou d'identifier positivement quiconque, l'utilisation des sondes *multi-locus* ne permet pas quant à elle de reconnaître les différents allèles parentaux d'un même *locus*, ce qui peut être nécessaire dans certains cas comme, par exemple, pour discriminer entre cousins. Les conditions optimales d'hybridation sont fonction de la sonde utilisée. Toutefois, plusieurs lavages successifs permettent d'augmenter lentement la stringence et d'éviter les hybridations non spécifiques. Finalement, les séquences d'ADN qui se sont hybridées avec la sonde radioactive sont visualisées par autoradiographie (rayon-X) et apparaissent sous forme d'une ou de plusieurs bandes horizontales. Pour augmenter la précision du test et faciliter son interprétation, la même membrane de nylon peut être réutilisée, jusqu'à 10 fois, avec différentes sondes radioactives. Il est alors nécessaire de déshybrider la membrane en l'incubant dans de la soude puis de la réhybrider avec une sonde radioactive reconnaissant une autre séquence du génome humain³⁷. Les scientifiques considèrent généralement que l'examen de 4 *loci* VNTR est suffisant pour permettre l'identification d'un individu³⁸. Quoique très efficace, cette technique est néanmoins souvent tenue en échec lorsque la quantité d'ADN disponible pour les analyses est très faible ou lorsque l'ADN est trop dégradé.

Aux États-Unis, les sondes *mono-locus* sont également les plus couramment utilisées. Cependant une compagnie américaine se sert de sondes *multi-locus* mais exclusivement dans des cas de filiation. OTA, *op. cit.*, note 1, 47.

³⁶ J.-C. KAPLAN et M. DELPECH, *op. cit.*, note 19, 416.

³⁷ *Id.*, p. 505.

³⁸ E. LANDER, «DNA Fingerprinting: Science, Law et the Ultimate Identifier», dans D.J. KEVLES et L. HOOD (éd.), *The Code of Codes - Scientific et Social Issues in the Human Genome Project*, Cambridge, Harvard University Press, 1992, p. 193.

Une technique récente³⁹, l'amplification génique ou PCR (Polymerase Chain Reaction), peut alors contrer ces limites matérielles tout en procédant plus rapidement à l'identification des individus.

L'amplification génique permet de multiplier *in vitro*, i.e. en l'absence de clonage, une séquence spécifique d'ADN (inférieure ou égale à 2kb) en un nombre infini de copies⁴⁰. L'amplification de l'ADN est réalisée en utilisant deux amorces (ou primers), l'une étant complémentaire à l'extrémité d'un des brins de la séquence d'ADN, et l'autre, complémentaire à l'autre extrémité de l'autre brin de la séquence d'ADN. La séquence d'ADN que l'on désire répliquer se retrouve donc entre les deux amorces. En augmentant la température de la solution (qui contient l'échantillon d'ADN, les amorces et une grande quantité de nucléotides), on obtient la séparation des deux brins de la double hélice d'ADN. La solution est ensuite refroidie, permettant ainsi aux amorces de se fixer aux deux brins d'ADN. Les nouvelles copies de l'ADN sont produites par l'extension des amorces réalisée grâce à une enzyme thermo-résistante, la DNA polymérase. Cette enzyme, partant de l'extrémité des amorces, utilise les bases présentes dans la solution pour synthétiser les deux nouveaux brins, complémentaires à chacun des brins originaux. À la fin de ce premier cycle, deux copies de la séquence originale d'ADN ont été obtenues. L'amplification génique se faisant de façon exponentielle, un million de copies auront été créées après 20 cycles (2^{20})⁴¹.

L'ADN ainsi amplifié peut ensuite être visualisé par différentes méthodes. Le procédé de «dot-blot inverse» différencie les individus selon la présence ou

³⁹ Développée par Kary Mullis en 1985.

⁴⁰ OTA, *op. cit.*, note 1, 49; NATIONAL RESEARCH COUNCIL, *DNA Technology in Forensic Science*, Washington D.C., National Academy Press, 1992, p. 40.

⁴¹ OTA, *ibid.*, p. 47-50.

non de certains nucléotides à des sites précis sur les allèles et non selon la longueur des fragments d'ADN tel qu'il appert d'une analyse par la méthode de Southern. La technique consiste à déposer l'échantillon d'ADN amplifié sur un filtre et à l'hybrider directement avec une sonde qui contient une séquence spécifique de l'allèle exploré⁴². L'électrophorèse permet également de révéler l'ADN amplifié. La quantité d'ADN amplifiée et soumise à l'électrophorèse est telle que les fragments sont vus directement soit par fluorescence en présence de bromure d'éthidium, soit par coloration avec des sels d'argent, évitant ainsi les étapes d'hybridation avec sondes radioactives et des transferts. L'étude des variations alléliques peut ainsi se faire rapidement si la séquence d'ADN explorée constitue un RFLP. L'hybridation avec sondes radioactives peut toutefois continuer à s'appliquer, certaines étapes seront alors modifiées rendant moins complexes les manipulations. La simplicité de cette technique en permet, de plus, l'automatisation amenant ainsi l'élimination de certaines erreurs humaines dues aux manipulations complexes. En dépit de cette simplicité et de cette spécificité, l'identification génétique par ADN présente néanmoins certains avantages et inconvénients.

III LES AVANTAGES ET INCONVÉNIENTS DE L'IDENTIFICATION GÉNÉTIQUE

Les analyses génétiques effectués dans un contexte civil ne souffrent pas des contraintes inhérentes à la réalité criminelle telles que la contamination et la quantité restreinte d'échantillons, particulièrement lorsque les tests de filiation sont effectués à partir d'échantillons sanguins convenablement prélevés. De plus, la grosseur de l'échantillon en matière civile permet généralement de refaire les tests

⁴² *Id.*, p. 48.

si les résultats sont insatisfaisants et élimine les besoins de recourir à la technique du PCR. La controverse entourant la validité des tests d'ADN en matière criminelle est, par ce fait même, presque inexistante en matière civile. Quoiqu'il en soit, étant donné les caractéristiques intrinsèques de l'ADN, les avantages sont particulièrement nombreux (A), même si certains inconvénients demeurent (B).

(A) Les avantages de l'identification génétique

L'identification génétique présente un certain nombre d'avantages dans la mesure où elle permet d'accroître les éléments de preuve mais aussi de gagner en rapidité et en précision à cause de la certitude d'appariement des échantillons et de la facilité de visualisation des résultats.

L'ADN demeurant stable indéfiniment, il peut être soit prélevé dans des régions éloignées des centres d'analyses, soit être conservé indéfiniment pour d'éventuelles analyses. Il est également très résistant aux effets de l'environnement, ce qui permet d'analyser aussi bien un prélèvement frais qu'un prélèvement séché, congelé, décomposé, etc. De plus, puisque l'ADN se retrouve dans toutes les cellules nucléées de l'organisme, il en résulte une grande variété de sources d'échantillons allant du sang, de la salive, du sperme et des sécrétions vaginales aux cheveux, rognures d'ongles, urine, peau, pulpe de dent, liquide amniotique, etc. Cette variété de source est d'autant plus intéressante que la quantité d'échantillon nécessaire pour l'analyse génétique est minime: elle varie de 0.5 ul de sang pour la technique de PCR à 2 ml pour la méthode de Southern⁴³, alors que pour les tests sanguins conventionnels 10 ml de sang sont requis. C'est ce qui explique le fait

⁴³ Communication de Léo Lavergne de la Direction des Expertises Judiciaires de Montréal, 1994; voir aussi laboratoire Helix Biotech (Document d'information, 1994).

qu'un enfant de moins d'un an peut être soumis à des tests génétiques, alors qu'il ne peut être soumis à des tests conventionnels.

Un consensus scientifique s'est établi quant à la détermination de l'appariement de deux échantillons⁴⁴. Ainsi, les fragments d'ADN étant de grosseur différente, on évalue d'abord la longueur des fragments des échantillons inconnus en les comparant, à l'aide d'un ordinateur, aux fragments d'échantillons connus, étant entendu qu'une marge d'erreur de plus ou moins 2,5% est appliquée par les laboratoires pour leur calcul⁴⁵.

Sur le terrain de la visualisation, lorsqu'on observe les résultats obtenus sous forme de bandes ou de taches sur un film après exposition au rayon X, on doit arriver à une parfaite superposition. Les analyses génétiques se présentent sur des autoradiogrammes et sont faciles à observer. De plus, l'information obtenue est facilement informatisable.

Rapide, l'identification génétique prend quelques semaines avec la méthode de Southern et seulement quelques jours avec la technique du PCR, d'autant que l'on peut également analyser plusieurs échantillons simultanément. De plus, le coût des analyses n'est plus exorbitant et se compare désormais au coût des analyses sanguines HLA.

Enfin, alors que les techniques d'identification conventionnelles, telles que les groupes sanguins, les groupes sériques, les enzymes érythrocytaires et le système HLA, fournissent une information restreinte puisque ces produits ont une

⁴⁴ Communication de Léo Lavergne de la Direction des Expertises Judiciaires de Montréal, 1994.

⁴⁵ Valeur expérimentale provenant du FBI. La GRC considère cependant la marge d'erreur à plus ou moins 2,6%.

diversité limitée au sein de la population, le profil génétique d'un individu lui est propre et provient à parts égales de chacun de ses parents. Cette unicité garantit l'identification individuelle avec une précision supérieure à 99%, exception faite des jumeaux homozygotes. L'extrême précision du test favorise donc le dénouement rapide des litiges puisqu'il arrivera fréquemment qu'une poursuite soit abandonnée lorsque confrontée à une preuve d'ADN non favorable. Il en résulte alors une économie de temps et d'argent pour les parties et le gouvernement.

(B) Les inconvénients de l'identification génétique

Indépendamment de ces différents avantages, l'utilisation des analyses génétiques n'en présente pas moins certains inconvénients. Trois types d'inconvénients peuvent être invoqués, qu'il s'agisse de certaines limites techniques et scientifiques, de la nécessité d'un contrôle de qualité ou encore de la possibilité d'erreur dans l'interprétation des résultats.

Il peut naître une certaine incertitude dans le cas des transplantions et des transfusions. En effet, les lymphocytes modifient le génotype des transfusés et des transplantés. Ainsi, pour un individu ayant subi une transplantation d'organe, les génotypes provenant de cet organe et de son sang peuvent être différents. Dans les cas de transfusion de sang, ce problème existe lorsque la préparation transfusée contient des globules blancs. Quoique le phénomène soit peu fréquent, il arrive également que des mutations surviennent dans le message génétique d'un individu créant alors des allèles différents que ceux hérités normalement des parents⁴⁶.

⁴⁶ J.D. WATSON, M. GILMAN et al, *Recombinant DNA*, New York, W.H. Freeman et Company, 1993, p. 43.

Comme dans toutes techniques sophistiquées, qu'elles quelles soient, exigeant de longues et complexes manipulations, l'erreur humaine ou technique est inévitable. L'on doit donc s'assurer que des normes préventives, des protocoles rigoureux et des contrôles de qualité sont respectés par tous les intervenants, que ce soit au niveau de la cueillette des échantillons, de l'identification des donneurs, de l'analyse proprement dite ou de l'interprétation des résultats. L'automatisation graduelle des procédés permettra de réduire considérablement ces diverses sources d'erreurs.⁴⁷

En matière criminelle l'identification génétique d'un individu, résultant de l'utilisation de marqueurs *mono-locus*, se traduit judiciairement par un taux de probabilité basé sur la fréquence de chaque allèle dans la population. Le calcul des probabilités assume que les allèles identifiés par les diverses sondes sont indépendants les uns des autres. Pour plusieurs sondes, cette présomption soulève encore la controverse⁴⁸. Les communautés scientifique et juridique ont, par le passé, exprimé beaucoup de réticences à utiliser pour un individu en particulier, des tableaux de probabilités établis à partir de gens d'une autre origine ethnique. En effet, la fréquence des différentes allèles peut varier sensiblement non seulement d'un groupe ethnique à l'autre, mais aussi entre sous-groupes d'une même ethnique⁴⁹. Toutefois, une récente étude du FBI, faite à partir des banques de données de plusieurs laboratoires à travers le monde, a démontré que les

⁴⁷ L. BEELER et W.R. WIEBE, «DNA Identification Tests et the Courts», (1988) 63 *Wash. L. Rev.* 903, 921.

⁴⁸ W.C. THOMPSON et S. FORD, «DNA Typing: Acceptance et Weight of the New Genetic Identification Tests», (1989) 75 *Va. L. Rev.* 85; D.J. BALDING et P. DONNELLY, «How Convincing Is DNA Evidence», (1994) 368 *Nature* 285.

⁴⁹ K.R. KREILING, «Review Comment: DNA Technology in Forensic Science», (1993) 33 *Jurimetrics*, 476; K.C. McELFRESH, D. VININGFORDE et I. BALAZAS, «DNA-Based Identity Testing in Forensic Science», (1993) 43 *BioScience* 149; P. ALDHOUS, «Congress Reviews DNA Testing», (1991) 351 *Nature* 684.

fréquences des divers allèles VNTR étaient sensiblement les mêmes peu importe les ethnies comparées⁵⁰. Une grande précaution demeure tout de même de rigueur, lorsque des échantillons concordants sont déclarés provenir d'un individu en particulier, pour ne pas évaluer de façon erronée les probabilités d'un tel jumelage.

IV. LES LABORATOIRES EFFECTUANT LES TESTS D'ADN

Les profils génétiques sont effectués soit par des laboratoires publics ou étatiques⁵¹, soit par des laboratoires privés⁵². L'utilisation de l'identification

⁵⁰ US DEPARTMENT OF JUSTICE, *VNTR Population Data: A Worldwide Study*, Quantico, Virginia. Forensic Science Research et Training Center, FBI Academy, 1993.

⁵¹ Aux États-Unis, le FBI et au Canada, la GRC et la Direction des Expertises Judiciaires effectuent des tests d'ADN en matière criminelle tandis que certains laboratoires de centres hospitaliers, comme le Centre Hospitalier de l'Université Laval et le Vancouver General Hospital, effectuent plutôt des tests génétiques relatifs aux cas civils.

⁵² Aux États-Unis, trois laboratoires commerciaux effectuent le test d'ADN soit: Lifecodes Corp. de Valhalla, NY, Cellmark Diagnostics de Germantown MD et le Forensic Science Associates de Richmond CA (OTA, *op. cit.*, note 1, p. 98).

Au Canada, il existe deux laboratoires privés soit: Serological Services Ltd. de Toronto et Helix Biotech Laboratories de Richmond B.C. Ce dernier possède une succursale à Toronto et une autre à Montréal depuis 1993. Helix Biotech détient la licence pour l'utilisation exclusive au Canada jusqu'en 2003 des sondes mono-locus développés par Lifecodes Corp.

En 1990, le laboratoire anglais Cellmark Diagnostics, détenteur d'un brevet d'exclusivité, avait déjà effectué des tests d'ADN pour 14 pays selon P. DEBENHAM «The Use of Genetic Markers for Personal Identification et the Analysis of Family Relationships», dans R. CHADWICK, BOCK et al (éds.) *Human Genetic Information: Science, Law et Ethics*, (Ciba Fdn Symposium, # 149), Londres, 1990, p. 37-43.

En Belgique, le service IDNA effectue des tests d'ADN depuis 1988. Il utilise un procédé belge et prélève lui-même les échantillons de sang à analyser pour en garantir l'authenticité (MINISTÈRE DE LA JUSTICE, «Recherche de paternité ou identification: L'empreinte génétique constitue un moyen d'identification nouveau à la disposition du monde juridique», (1989) 68 (3) *Revue de droit pénal et de criminologie* 307).

En France, trois laboratoires effectuent des tests génétiques soit les sociétés Appligène, Codgène et ICL. Malgré le caractère d'ordre public des règles de filiation françaises, ces laboratoires continuent souvent de satisfaire les demandes de particuliers, à l'exception de la société Appligène qui ne répond plus aux demandes privées pour des considérations éthiques. Les autres laboratoires se conforment simplement à leurs propres règles d'éthique qui se traduisent souvent par l'obtention du consentement de toutes les parties à l'expertise (M. FOLLANA-MASSOT et B. LASSALLE, «Le recours aux examens

génétiq ue a aujourd'hui grandement dépassé le cadre institutionnel judiciaire, et ce, souvent en l'absence de toute réglementation. Un peu partout dans le monde, des laboratoires privés offrent leurs services tant aux tribunaux et aux avocats, qu'aux médecins et aux particuliers pour vérifier des liens de filiation douteux. Le recours à ces laboratoires peut servir simplement à assouvir sa curiosité personnelle surtout si son droit d'action en justice a été dénié, mais il peut surtout être très utile pour vérifier ses droits et évaluer ses chances, avant d'intenter une action en justice ou de reconnaître un enfant comme le sien. Ces laboratoires peuvent également servir à établir la paternité avant la naissance de l'enfant. Certains offrent aussi à leurs clients de conserver un échantillon de leur sang pendant un certain temps pour contrer d'éventuelles contestations testamentaires⁵³.

Très peu de législateurs ont établi des règles spécifiques devant être suivies par les laboratoires, tant publics que privés⁵⁴. Devant ce vide juridique, plusieurs laboratoires ont adopté leur propre code d'éthique, inspiré souvent des recommandations d'associations scientifiques, pour assurer un service de qualité et établir leur réputation⁵⁵.

génétiq ues selon le projet de réforme du Code civil», (1993) 2 *Revue de la Recherche Juridique* 369).

53 Au Canada, Helix Biotech offre ce service pour une durée de vingt ans (documents publicitaires, 1994).

Cellmark Diagnostics en Grande-Bretagne conserve les échantillons pendant trois mois après avoir effectué le test sauf si les clients demandent de les garder plus ou moins longtemps. Les profils génétiques, eux, sont conservés un an après le test puis sont détruits (P. DEBENHAM, *ibid.*).

54 Aux États-Unis, en 1990, aucun État n'avait encore adopté d'exigences législatives devant être respectées par les laboratoires privés ou publics ou par leur personnel (OTA, *op. cit.*, note 1, p. 73).

Au Canada, il n'existe toujours aucune réglementation.

55 Aux États-Unis, l'American Association of Blood Banks (AABB) a établi des directives pour les laboratoires effectuant des tests de filiation pour assurer la qualité des résultats. Les laboratoires se conformant à ces directives peuvent être accrédités par AABB.

Ce tour d'horizon explicatif sur l'aspect scientifique énoncé, il convient d'examiner comment, concrètement, les analyses génétiques sont utilisées dans le cadre du droit pénal d'une part, du droit de la filiation d'autre part.

PREMIÈRE PARTIE : L'IDENTIFICATION GÉNÉTIQUE EN DROIT PÉNAL

Le recours aux analyses génétiques en matière pénale eut lieu pour la première fois en 1987 au Royaume Uni⁵⁶. L'efficacité de la technique en a fait une preuve «révolutionnaire» qui a envahi mondialement le champ du droit de la preuve pénale⁵⁷. Cependant, ce n'est qu'en 1988 que les questions d'admissibilité

Au Canada, Helix Biotech semble suivre ces lignes directrices. De plus, le laboratoire a adopté un protocole d'identification de tous les intervenants qui consiste essentiellement en la prise d'une photo, d'empreintes digitales et en la présence d'un garant acceptable pouvant confirmer l'identification de l'intervenant (documents publicitaires, 1994). Par ailleurs, la GRC, elle, a instauré son propre système de contrôle assurant l'exactitude de ces résultats. Ce système vérifie à la fois l'efficacité de l'équipement et des techniciens. À chaque analyse effectuée, un échantillon témoin est introduit. Le profil génétique de l'échantillon témoin n'est connu que du personnel du contrôle de la qualité. Si le technicien n'obtient pas avec exactitude ce profil, l'analyse au complet est déclarée non-concluante. Une sonde témoin de longueur connue est également introduite dans toutes les analyses. De plus, chaque technicien doit passer des tests de compétence évaluant ses performances et est responsable de ses analyses d'ADN tout au long du processus, incluant les manipulations, l'interprétation des résultats, et le témoignage en Cour (M. LUSSIER, «Tailoring the Rules of Admissibility: Genes et Canadian Criminal Law», (1992) 71 *R. du B. Can.*, 319). D'autres laboratoires, comme c'est le cas de la Direction des expertises judiciaires, qui désirent vérifier leur efficacité et surtout établir leur crédibilité, peuvent quatre fois par année faire un test d'ADN sur un échantillon témoin fourni par la compagnie Cellmark Diagnostics. Les résultats obtenus sont ensuite retournés à Cellmark qui les vérifie et classe les différents laboratoires selon leurs performances. Ce service est offert à tous les laboratoires du monde et coûte 1400\$ US par année pour les quatre tests. Les laboratoires ne sont toutefois pas tenus de passer quelque test que ce soit. Certains auteurs ont mentionné le manque d'objectivité des laboratoires privés dans l'interprétation de leurs résultats selon les résultats espérés par les requérants (W.C. THOMPSON et S. FORD, *loc. cit.*, note 48). Ce problème peut être tout aussi présent dans les laboratoires étatiques que privés. Toutefois, les laboratoires commerciaux ont un intérêt particulièrement fort, s'ils veulent rester en affaires (ce qui n'est évidemment pas le cas des laboratoires étatiques), à maintenir un haut niveau de qualité pour ne pas perdre leur crédibilité et leur réputation.

⁵⁶ P. NEWMARK, «Dispute Over Who Should Do DNA Fingerprint in Murder Hunt», (1987) 325 *Nature*, 97: Pitchfork, suspecté pour un meurtre, fut confondu par la technique des analyses génétiques et passa aux aveux.

⁵⁷ Aux États-Unis, en 1993, 126 décisions furent dénombrées (la méthode PCR fut utilisée dans 7 causes et celle de RFLP dans 118. Une seule cause utilisa les 2 méthodes.

furent abordées devant les tribunaux criminels, aux États-Unis⁵⁸. L'une des questions que l'on est rapidement amené à se poser est de savoir si le principe de *Frye*⁵⁹ (standard d'admissibilité d'une preuve scientifique) peut ou non s'appliquer universellement, en dépit de la dualité de systèmes que l'on dénote en droit de la preuve pénale? Il convient de rappeler ici que le droit de la preuve pénale est loin d'être uniforme et que deux systèmes juridiques s'opposent: le système de common law avec une procédure accusatoire ou adversatoire⁶⁰ et celui de tradition civiliste encore appelé romano-germanique avec une procédure inquisitoire⁶¹.

L'examen de la doctrine et de la jurisprudence en la matière nous amène à constater que les critères de recevabilité des analyses génétiques sont non seulement différents selon les systèmes, mais aussi à l'intérieur même de ces systèmes. Nous constatons aussi des variations dans la désignation de l'expert⁶² à ceci près que dans les deux systèmes, le juge n'est pas lié par les résultats de l'expertise⁶³, et la valeur probante des analyses génétiques emporte souvent la conviction du juge et des jurés sous réserve que la preuve soit solide et

L'admission totale de la preuve eut lieu dans 103 causes; on remarque une admission réduite ou sans acceptation des statistiques dans 10 causes tandis qu'un refus d'admission ou renvoi est constaté dans 13 affaires. Il est intéressant de noter que les admissions réduites ou exclusions ne se retrouvent que dans les causes qui ont utilisé la méthode de RFLP (Statistiques du FBI).

⁵⁸ *People v. Wesley*, 140 Misc. 2d 306, 533 N.Y.S. 2d 643 (Co. Ct. 1988).

⁵⁹ *Frye v. United States*, 293 F. 1013 (1923): c'est une cause américaine dans laquelle le détecteur de mensonge fut utilisé comme méthode d'investigation et où on adopta la théorie de l'acceptation générale comme critère d'admissibilité.

⁶⁰ Les parties sont les maîtres du procès; le juge a un rôle d'arbitre.

⁶¹ Le juge a un rôle d'investigateur.

⁶² Dans les systèmes de Common law, ce sont les parties qui citent leurs experts (les experts sont tout d'abord des témoins mais des témoins privilégiés) alors que dans les pays de tradition romano-germanique c'est le juge qui nomme l'expert qui est en quelque sorte un collaborateur du juge.

⁶³ L'expert par ses connaissances aide le juge et le jury à prendre une décision éclairée. Il ne peut en aucun cas tirer lui-même les conclusions juridiques de ses observations.

régulièrement obtenue. Notre discussion se situera au-delà des problèmes particuliers d'expertise et de force probante qui peuvent se poser et s'attardera plutôt sur les grands principes de recevabilité. Par conséquent et pour des besoins de clarté, nous examinerons successivement les critères de recevabilité dans les pays de common law (I) et ceux dans les pays de tradition romano-germanique (II). Notre étude sera thématique à l'intérieur de ces sections, sauf lorsque le droit comparé exige une distinction.

I L'ADMISSIBILITÉ DE LA PREUVE D'IDENTIFICATION GÉNÉTIQUE DANS LES PAYS DE COMMON LAW

Avant toute chose, il importe de souligner que dans tous les pays de common law, l'admissibilité des analyses génétiques sera décidée au cours d'un voir-dire où le juge évaluera avec prudence la légalité de la preuve obtenue, sa fiabilité et sa pertinence.

La théorie de l'acceptation scientifique générale (*Frye*) (A) a été la première à faire son apparition en matière d'admissibilité de cette preuve. Néanmoins, cette théorie ayant été jugée trop laxiste, vague et difficile à appliquer⁶⁴, certains tribunaux se sont tournés donc vers la théorie traditionnelle de pertinence (B) qu'ils jugèrent adéquate comme critère d'admissibilité.

(A) La théorie de l'acceptation générale scientifique

Cette théorie élaborée en 1923 dans la cause de *Frye*⁶⁵, énonce que la preuve basée sur une nouvelle technique scientifique ne doit être recevable que s'il

⁶⁴ P. KNOLL, «Parent: An Auspicious Beginning for DNA Genotyping in Canada», (1989) 65 *Alta. L. R.* (2d), 29.

⁶⁵ *Frye v. United States*, précité, note 59.

y a acceptation générale des résultats de l'expert par la communauté scientifique à laquelle il appartient, c'est-à-dire une reconnaissance de la communauté scientifique quant à la validité de la technique.

Le principal objectif de cette théorie est de s'assurer que seule une preuve fiable sera recevable et donc «que la théorie sous-jacente et la technique ont été suffisamment testées et utilisées à l'intérieur de la communauté scientifique»⁶⁶. Cela pose la question de savoir ce que recouvrent les termes «acceptation générale». Est-ce l'unanimité de tous les scientifiques qui est requise? Est-ce l'unanimité des scientifiques de la spécialité, mais alors laquelle retenir : celle de la biologie moléculaire, de la biochimie, de la génétique de la population ou d'une catégorie d'experts connus comme généticiens de la population?⁶⁷

Selon une certaine jurisprudence⁶⁸, l'acceptation générale ne signifie pas que la technique soit connue de toute la communauté scientifique, mais seulement qu'elle soit généralement reconnue comme fiable. Cette reconnaissance peut être établie à travers les publications légales ou scientifiques et même par le témoignage d'un expert⁶⁹. Cette approche de l'admissibilité fut adoptée par plusieurs tribunaux dans des causes d'identification génétique aux États-Unis⁷⁰.

⁶⁶ L. T. KIRBY, *loc. cit.*, note 11, 193; J.J. BAR, «The Use of DNA Typing in Criminal Prosecutions: A Flawless Partnership of Law et Science?», (1989) 34 *New York Law School Law Review*, 519.

⁶⁷ *People v. Wesley*, précité, note 58.

⁶⁸ *State of New York v. Castro*, 545 N.Y.S. (2d) 986 (1989).

⁶⁹ J. J. BAR, *loc. cit.*, note 66.

⁷⁰ *State of Maryland v. Cobey*, 80 M.D. App. 31, 559 (1989); *People v. Wesley*, précité, note 58; *People v. Bailey*, 140 Misc. (2d) 317 (1988); *State v. Schwartz*, 447 N.W. (2d) 422 (1989).

D'autres tribunaux y ajoutèrent l'exigence d'objectivité⁷¹ faisant de ce test la règle *Kelly-Frye*.

Cette théorie de l'acceptation générale suscita cependant de nombreuses critiques, du fait que l'acceptation générale d'une technique par la communauté scientifique ne donne pas pour autant l'assurance de sa fiabilité⁷². C'est ce constat qui a conduit certains tribunaux à s'intéresser à la théorie de la pertinence, mais une pertinence «balancée» avec les droits de l'individu.

(B) La théorie de la pertinence

C'est le principe d'admissibilité de toute preuve en général. Le fait pertinent est un fait qui a un rapport avec un litige et qui permet de croire à l'existence ou non d'un élément de l'infraction. L'appréciation de la pertinence se fait en tenant compte de la connexité entre les faits que l'on veut prouver et le crime qui est reproché. Pour cette raison, il importe d'établir avec certitude le lieu de provenance des échantillons utilisés pour les analyses (celles qui appartiennent au suspect et celles de la localisation du crime).

Ce critère de pertinence fut repris dans tous les pays de common law avec cependant quelques variantes⁷³ ou ajouts, certains tribunaux optant pour les

⁷¹ *People v. Kelly*, 17 Cal (3d) 24 (1976).

⁷² *State of New York v. Castro*, précité, note 68.

⁷³ Aux États-Unis, le législateur dans certains États a codifié ce critère d'admissibilité jurisprudentiel. La Louisiane et le Minnesota retiennent la pertinence de la preuve; le Maryland est plus exigeant sur la communication de la preuve afin de favoriser un vrai débat; dans l'Indiana, les résultats sont admis généralement, le témoignage de l'expert sur la fiabilité de la méthode n'étant pas jugé nécessaire. Dans cet État, les parties doivent être informées par écrit au moins 45 jours avant la production d'une preuve de cette nature et si l'autre partie le demande, celui qui présente la preuve doit lui fournir : les doubles des autoradiogrammes, les protocoles de laboratoire, identifier chaque sonde utilisée, une description complète des critères de «match» et un rapport sur la banque de population utilisée pour déterminer la fréquence.

critères de pertinence et d'utilité⁷⁴, d'autres pour les critères de pertinence et fiabilité et d'autres encore pour une «fiabilité raisonnable»⁷⁵.

Il a cependant fallu tracer des limites, car toute preuve pertinente ne saurait être admissible. Ainsi, tous les pays de la common law ont accordé au juge un pouvoir d'exclusion de la preuve à certaines conditions : si la preuve a été recueillie irrégulièrement⁷⁶, si l'effet préjudiciable que l'utilisation de la preuve peut avoir sur le procès l'emporte clairement sur sa valeur probante⁷⁷, enfin si son utilisation est «susceptible de déconsidérer l'administration de la justice»⁷⁸.

⁷⁴ Ce fut la position du Canada dans les causes: *R. v. McNally*, précité, note 5; *R. v. Bourguignon*, 14 janvier, 1991, (Ont. C.), non rapportée; *R. v. Keenan et Hunt*, 11 décembre 1990, (Ont. C.), non rapportée; *R. v. Voyne Mathias Baptiste*, 14 mars 1991, (B.C.S.C.), non rapportée. L'honorable juge Hamilton écrit: «...lorsque l'analyse d'ADN est pertinente et serait utile au jury, la preuve devrait être admise...». Le Québec adopta les mêmes critères dans les causes *R. c. Santerre*, 23 octobre 1991, Cour Supérieure, n°500-01-017961-902, non rapportée; *R. c. Dorion*, 17 décembre 1992, Cour Supérieure, n°500-01-019135-919, non rapportée; *R. c. Trottier*, octobre 1992, Cour Supérieure, n° 500-01-25883-908, non rapportée.

⁷⁵ *R. v. Terceira* [1991] O.J. n° 2664: les questions de la technique sont prouvées et donc admissibles alors qu'il existe encore des incertitudes sur la question de population de référence qui de ce fait ne peut être encore admise.

⁷⁶ En Grande-Bretagne, le *Police et Criminal Evidence Act* de 1984 autorise les prélèvements non intimes (par exemple, les cheveux) sur un suspect sans son consentement, alors que pour les prélèvements intimes (par exemple, sang), le consentement est obligatoire, sinon ce serait une fouille abusive. Aux États-Unis, les conditions préalables d'obtention de la preuve doivent répondre aux attentes constitutionnelles exprimées dans les 4ème, 5ème, 6ème et 14ème amendements. Au Canada, la *Charte canadienne* donne un pouvoir discrétionnaire au juge d'exclure une preuve pertinente au litige si elle est obtenue en violation d'un droit garanti dans cette *Charte*.

⁷⁷ *R. c. Seaboyer* [1991] 2 R.C.S. 519, 530. C'est le cas de la Grande-Bretagne, du Canada et des États-Unis.

⁷⁸ Article 24(2) de la *Charte canadienne* qui stipule que les circonstances de l'utilisation ne doivent pas déconsidérer l'administration de la justice. Les facteurs pertinents à considérer sont les facteurs reliés à l'équité du procès, ceux qui se rapportent à la gravité de la violation. La déconsidération de la justice est examinée selon les critères de l'homme raisonnable, objectif et bien informé de toutes les circonstances de l'affaire. Voir *R. c. Collins*, [1987] 1 R.C.S. 265.

Au lieu de recourir aux mêmes critères que les pays de common law, les pays de tradition romano-germaniques ont, quant à eux, développé d'autres critères d'admissibilité de la preuve.

II L'ADMISSIBILITÉ DE LA PREUVE D'IDENTIFICATION GÉNÉTIQUE DANS LES PAYS DU SYSTÈME ROMANO-GERMANIQUE

En général dans les pays de tradition romano-germanique, la liberté de la preuve (A) avec certaines limites⁷⁹ est le critère pour l'admissibilité. D'autres pays⁸⁰ en sont encore à l'ère de la légalité de la preuve (B) pour l'admissibilité et à l'intime conviction pour l'appréciation. En Suisse, on retrouve par contre un système mixte, où les deux principes coexistent⁸¹.

(A) Le principe de la liberté de la preuve

Le principe de la liberté de la preuve en matière pénale signifie que les preuves ne sont pas énumérées par la loi. Il n'y a pas de *numerus clausus*. Tous les moyens de preuve sont recevables pour autant que ces derniers aient été légalement recherchés, aient un rapport avec le fait à démontrer et soient contradictoirement discutés. Ce système ouvre donc la porte à des technologies nouvelles dès lors que certaines conditions sont remplies. Ainsi dans certains

⁷⁹ Ces limites sont fondées sur la pertinence de la preuve, le souci d'une bonne défense et le respect de la dignité humaine.

⁸⁰ Les Pays-Bas font partie de ces pays qui sont soumis à ce système de preuve légale en matière pénale.

⁸¹ La Suisse, un état fédéral, a deux régimes en matière de preuve pénale; dans les cantons qui appliquent le droit fédéral, le principe est la liberté de preuve mais assortie de conditions, telles la valeur probante de la preuve, la régularité de celle-ci et la non-violation d'un droit fondamental de la dignité humaine alors que d'autres cantons (Fribourg, Berne) ont conservé le principe de légalité pour les causes soumises à des juges seuls. Les analyses génétiques ne pourraient donc être admissibles que si les prélèvements ont été obtenus conformément à la loi. Voir P.-H. BOLLE, «Le droit suisse», (1992) 63 *Revue internationale de droit pénal*, 345.

pays⁸², les analyses génétiques seront admissibles si les échantillons biologiques n'ont pas été obtenus par la brutalité, la violence ou par des procédés délictueux ou déloyaux, si la preuve est régulièrement produite au dossier et si elle est soumise à la libre-discussion des parties. Par conséquent, les conditions de respect des dispositions de formes prescrites à peine de nullité, de régularité de la preuve, de respect des droits de la défense et de l'intégrité de la personne humaine apparaissent importantes afin de garantir les libertés individuelles.

La liberté de la preuve se justifie par le fait que le juge doit avoir un maximum de moyens pour apporter la preuve des faits matériels. À ce propos, il importe de noter qu'il serait opportun que la mise en oeuvre des analyses génétiques ne soit réservée qu'à la phase d'instruction et sous le contrôle de l'autorité judiciaire. Enfin, comme pour toute preuve, ce sera au juge d'examiner, souverainement et dans son intime conviction, la valeur probante de la preuve qui lui est soumise.

Contrairement au principe de la liberté de la preuve, dans le système de la preuve légale, les moyens de preuve admis sont énumérés par la loi et lient le juge⁸³.

⁸² Ce principe de liberté de la preuve assortie des conditions citées est l'état du droit en France; en Belgique, en Italie et en Allemagne où la recherche de la preuve peut être ordonnée par le juge «afin de constater les faits importants au procès»: voir P. HUNERFELD, «Le droit allemand», (1993) 63 *Revue internationale de droit pénal* 75. De même, toute personne inculpée d'un crime donnant lieu à l'ouverture d'un dossier criminel pourrait être forcée à fournir un échantillon d'ADN: «Seduced by the Gene Genie», *The Independent II*, mars 1994, p. 21. Il est à noter aussi que selon une Cour fédérale allemande, la preuve d'ADN est recevable comme corroboration.

⁸³ C'est le cas des Pays-Bas où les moyens sont énumérés dans le *Code de procédure pénale*. Voir le *Code de procédure pénale* néerlandais, article 339 para. 1.

(B) Le système de la preuve légale

Bien que dans ce système de la preuve légale, les moyens soient énumérés par la loi et lient le juge, la règle d'exclusion ou «*exclusionary rule*», développée par la jurisprudence, impose toutefois que seules les preuves obtenues de façon régulière soient admissibles. Ainsi, en matière de prélèvements biologiques, seule la prise de sang sur une personne suspectée de conduire sous l'influence de l'alcool est actuellement autorisée⁸⁴. Contrairement aux principes de la liberté de la preuve, le régime de la preuve légale ne s'attache qu'aux faits contenus dans l'acte de l'accusation.

III. CONCLUSION DE LA PREMIÈRE PARTIE

De ce bref survol, il appert que les critères de recevabilité des tests génétiques pour fin d'identification en matière pénale dans les pays de common law ou dans les pays romano-germaniques, dans le système de liberté de preuve comme dans celui de preuve légale, font l'objet d'un vaste consensus quant à la pertinence logique de la preuve et quant au pouvoir d'appréciation laissé au juge. L'unanimité est faite pour une répression efficace de la criminalité, dans le respect cependant de la dignité humaine.

La dichotomie de système constatée en droit pénal n'est en fait qu'une apparence. L'examen du droit dans la quasi-totalité des pays met en exergue des critères similaires pour la recevabilité de la preuve d'identification parmi lesquels le respect des droits fondamentaux (le droit à la vie privée, le droit à l'intégrité et le droit à un procès juste et équitable). Le consentement du suspect lors du prélèvement d'échantillons biologiques est un postulat de base, qui a une incidence

⁸⁴ Article 33 de la *Loi sur la route* des Pays-Bas.

sur la recevabilité ou l'exclusion de la preuve génétique. En général, le consentement doit toujours être requis en l'absence de texte réglementaire et ce consentement doit être libre, éclairé et valide. Cette approche de liberté absolue du consentement pourrait faire place à une approche coercitive pour les prélèvements qui ne nécessitent pas une «grave intrusion» de même que dans les cas de crimes graves. Ces conditions énoncées pour le consentement impliquent cependant que le suspect ait la capacité juridique de consentir, ce qui génère certains problèmes éthiques pour diverses catégories de personnes (prisonniers, mineurs et inaptes) quant à la validité de leur consentement.

Quant à la présomption d'innocence, c'est un principe fondamental du droit de la preuve pénale dans tous les pays : seule une preuve «convaincante» de l'État et sans «aucun doute raisonnable» entraînera la culpabilité de l'accusé.

L'analyse fait apparaître la nécessité de nouvelles règles spécifiques (il y a un vide législatif dans la majorité des pays étudiés) qui exprimeraient des limites relatives à l'utilisation de cette preuve au pénal (ce dans le respect d'un équilibre d'intérêts), et préserveraient les «possibles» situations d'abus. Même si la législation semble être un moyen efficace pour «consacrer» cette «pratique» d'identification génétique, elle laissera cependant un certain nombre de questions non résolues. Ainsi par exemple, la collecte et le stockage des échantillons ne risquent-ils pas d'aboutir à une stigmatisation de l'individu ou de sa parenté? L'évolution progressive de la science est une évidence et aucun texte de loi ne saurait être en mesure de résoudre toutes les questions relatives à l'utilisation des analyses génétiques. Une unité de pensée et d'action est néanmoins indispensable entre les divers pays pour que cette preuve puisse prendre la place qui lui revient dans les systèmes judiciaires. Seules une coresponsabilité, une information

adéquate de tous les intervenants et une politique d'éducation permettront d'éviter les écueils de la pratique, y compris dans le cadre de l'utilisation des analyses génétiques en droit de la filiation.

DEUXIÈME PARTIE : L'IDENTIFICATION GÉNÉTIQUE EN DROIT DE FILIATION

La science lève aujourd'hui le voile sur l'immuable vérité biologique des liens de filiation, jadis ultime monopole de la femme. De la pure spéculation à la rigueur scientifique, la filiation s'établit désormais sur des bases décisionnelles plus objectives. Les tests d'ADN n'ont cependant pas révolutionné le domaine de la filiation puisque déjà, depuis quelques années, des tests sanguins étaient utilisés pour déterminer les liens familiaux⁸⁵. Ils ont toutefois nettement élargi les possibilités d'utilisation et ont amélioré la qualité et la précision des conclusions, puisqu'ils permettent non seulement d'exclure avec certitude la paternité ou la maternité mais aussi de l'inclure avec une quasi-certitude⁸⁶.

La fin des années 80 a vu le milieu juridique s'approprier peu à peu le nouveau test d'ADN. La première utilisation en matière civile du profil génétique, basé sur de l'ADN nucléaire, semble remonter à 1985, en Grande-Bretagne⁸⁷,

⁸⁵ Les groupes sanguins ABO (1900), P (1927), Rh (1939), Kell (1946), Kidd (1951), Duffy (1950), MNSs (1927); le système HLA (1958); les groupes sériques (Hp, Gc, Tf, Gm) et les enzymes érythrocytaires.

⁸⁶ Les méthodes traditionnelles ne peuvent inclure un individu comme étant le parent d'un enfant puisque ces tests ne permettent pas de discriminer avec précision entre les individus. Trop de personnes partagent les mêmes caractéristiques. Le système HLA peut identifier 21 marqueurs génétiques, ABO (4 antigènes), P (1 antigène), Rh (7 antigènes), Kell (2 antigènes), Kidd (2 antigènes), Duffy (2 antigènes), MNS (3 antigènes). Voir E. SHAPIRO, D. REIFLER, STEWART et C. L. PSOME, *loc. cit.*, note 17, p. 24.

⁸⁷ Les autorités anglaises soupçonnaient alors un jeune garçon venant du Ghana de ne pas être le présumé fils de la mère mais plutôt son neveu et d'entrer ainsi illégalement en Grande-Bretagne. Le test d'ADN révéla que les deux individus étaient bien mère et fils.

Aux États-Unis, en 1988, un test d'ADN révéla qu'une fillette morte de troubles cardiaques n'était pas l'enfant biologique de ses parents. Des tests subséquents montrèrent

tandis que l'utilisation de l'ADN mitochondrial⁸⁸, quant à lui, aurait eu lieu pour la première fois, en Californie en 1988⁸⁹. Le nombre de tests de filiation effectués à travers le monde n'a cessé depuis de s'accroître⁹⁰. Dans les pays où des programmes sociaux viennent en aide aux enfants démunis, les incitatifs gouvernementaux pour établir la filiation de ces enfants sont particulièrement élevés, puisqu'ils permettent de désigner un répondant financier, autre que l'État, pour ces enfants. Cela explique sans doute pourquoi la majorité des actions en filiation sont intentées par des agences gouvernementales, directement ou indirectement, au nom de la mère⁹¹.

qu'il y avait eu échange de bébés à la pouponnière lors de leur naissance. (Voir J.-C. KAPLAN, *op. cit.*, note 19, pp. 505-506.)

88 *Supra*, note 20.

89 Le test servit à établir la filiation entre une mère et son enfant porté disparu. Une analyse d'un fragment de crâne trouvé dans le désert permit, en effet, l'identification de la fillette disparue depuis 4 ans.

En Argentine, de 1975 à 1983, plus de 9000 individus, incluant environ 200 enfants furent enlevés par les militaires et la police. On estima qu'environ 120 femmes enceintes furent tuées après avoir donné naissance à leur enfant. La plupart des adultes ne sont jamais revenus et les enfants furent en grande partie vendus sur le marché noir. Toutefois, en 1990, environ 50 de ces enfants avaient été retrouvés et rendus à leur famille biologique grâce à des tests d'ADN mitochondrial E.R.B. McCABE, *loc. cit.*, note 10, 507.

90 En Allemagne, près de 22 000 affaires impliquant des tests conventionnels ou d'ADN sont traitées tous les ans.

En 1992, 160 000 tests avaient été effectués aux États-Unis, dont 3000 tests d'ADN (G.J. ANNAS, «DNA Fingerprinting in the Twilight Zone», (1990) 20 *Hastings Center Report*, 35).

Au Québec, aucun cas de filiation rapporté, du moins en matière civile, n'a eu recours à la preuve d'ADN. Toutefois, un jugement récent a fait mention, dans un *obiter*, de l'existence et de l'efficacité de cette preuve, ouvrant peut être ainsi la voie à de futurs utilisateurs (*Droit de la famille-1859*, [1993] R.J.Q. 2303 (C.A.). Dans le reste du Canada, six cas de filiation, en matière civile, ont été résolus à l'aide de la preuve d'ADN soit: *Britch v. Britch*, [1990] B.C.J. No.2647; *J.R. v. D.W.*, [1992] B.C.J. No.1610; *Koryk v. Jackson*, (1991) 96 Sask. R. (2d) 175; *Leary v. Schlamp*, [1990] M.J. No.262; *S.M. v. J.S.*, [1993] O.J., no 2959; *Goudie v. Goudie*, [1993] B.C.J., no 1049; *Ingham v. Wilhelmsen*, [1994] B.C.J. No.306. (Ce nombre peut être sous-évalué puisque la terminologie employée dans les jugements n'est souvent pas spécifique, parlant de «test sanguin» ou de «test génétique» sans préciser s'il est du type HLA ou ADN).

91 Aux États-Unis, certains législateurs permettent à l'état d'intenter, lui-même, des actions pour établir une filiation (West's Colorado, R. S. A.; New Mexico, Stat. Ann.; West's

Le lien de filiation entre deux individus peut s'établir dans un contexte extra-judiciaire, mais il ne peut alors produire des effets de droit, d'où l'intérêt que l'établissement du lien de filiation entre deux individus s'effectue dans un contexte judiciaire, puisqu'il déterminera alors les obligations, les devoirs, les privilèges et les droits des deux parties. On aura ainsi recours aux tribunaux pour régler des conflits en matière de pensions alimentaires, de droits de visite, de contestations testamentaires, etc. Quoique les actions en filiation se résument pour plusieurs législateurs simplement à la recherche du lien entre un enfant et son père, d'autres incluent également, implicitement ou expressément, la recherche du lien entre un enfant et sa mère⁹². La preuve d'ADN constituera, sans contredit dans le futur, la

Ann. California Civil Code, § 7006; Louisiana, Revised Statute § 9:396 et 46:236.1.); Voir aussi E. SHAPIRO, D. REIFLER, STEWART et C. L. PSOME, *loc. cit.*, note 17, p. 7.

En Grande-Bretagne, l'instauration du Child Support Agency en 1992 oblige une mère célibataire à révéler le nom du père de son enfant, faute de quoi on lui supprime ses allocations ce qui rend souvent nécessaire l'utilisation des tests de filiation. De plus, pour encourager les actions en filiation et faciliter l'accès aux tests d'ADN, le gouvernement anglais fixe le prix maximal pouvant être demandé par les laboratoires (*Blood Tests (Evidence of Paternity) Amendment Regulations*, 1989 (S.I. 1989 No. 776). Le prix maximal pour l'analyse de trois échantillons et la production d'un rapport était de £400 en 1991 (R. COLLINS et A. MACLEOD, «Denials of Paternity: The Impact of DNA Tests on Court Proceedings», (1991) *J Soc Wel et Fam L* 209). Selon une étude anglaise, 75% des femmes en 1988 désirant subir un test d'ADN étaient bénéficiaires de l'aide gouvernementale (R. COLLINS et A. MACLEOD, 218).

En Suède, le gouvernement a entrepris de retrouver et de faire payer des pensions alimentaires aux pères étrangers responsables des 14 000 grossesses de Suédoises ayant séjourné à l'extérieur du pays, particulièrement sur les plages de la Méditerranée, au cours des dix dernières années. 942 Espagnols, 550 Italiens et une soixantaine de Français ont ainsi été identifiés. La plupart des présumés pères ont signé une reconnaissance de paternité ou ont donné un échantillon de leur sang pour des tests de paternité (G. CHARLES, *loc. cit.*, note 7, 50).

⁹² Au Québec, le *Code civil* parle de filiation incluant par ce fait la paternité ainsi que la maternité.

En France, l'art. 341 du *Code civil* parle de la recherche de la maternité.

Il peut être particulièrement important de prouver la maternité comme dans le cas d'échange de bébés dans les pouponnières. Par exemple, le personnel d'un hôpital indien aurait vendu un bébé garçon à un couple sans enfant et l'aurait remplacé par un bébé fille. La mère refusa de quitter l'hôpital avant qu'on lui rende son enfant. Cité dans:

base de ces actions en filiation. Il importe donc d'étudier l'admissibilité de cette preuve devant les tribunaux (I) et sa force probante en regard du droit positif (II).

I L'ADMISSIBILITÉ DE LA PREUVE D'ADN EN MATIÈRE DE FILIATION

Quatre critères rendent généralement la preuve d'ADN admissible devant les tribunaux. En tant que preuve scientifique, elle doit fournir des garanties de fiabilité suffisantes (A), elle doit respecter les règles de filiation (B), elle doit souvent être ordonnée par la Cour (C) et, finalement, la preuve d'ADN doit avoir été obtenue avec le consentement de la personne concernée (D).

(A) La fiabilité de la preuve d'ADN

La preuve scientifique, par sa nature, peut souvent impressionner et convaincre le néophyte sans pour autant être fondée sur des bases scientifiques solides et reconnues. La plupart des législateurs exigent donc, tant en matière pénale que civile, qu'un minimum de fiabilité soit démontré avant de rendre la preuve scientifique admissible en procès. Trois critères sont fréquemment utilisés pour déterminer la recevabilité d'une preuve scientifique, soit, la validité du principe fondamental sous-tendant la preuve, l'efficacité de la technique exposant la preuve et, finalement, l'application convenable de cette technique au cas en litige⁹³. D'autres législateurs, souvent de droit civil, rejettent simplement toute

R.J. RICHARDS, «DNA Fingerprinting et Paternity Testing», (1989) 22 *U. C. Davis Law Review* 609, 610.

⁹³ Aux États-Unis, certaines lois ont adopté le test de *Frye*, précité, note 59 et P.C. GIANNELLI, «The Admissibility of Novel Scientific Evidence: *Frye v. United States*, a Half-Century Later», (1980) 80-2 *Colum. L. Rev.* 1197), d'autres lois ont plutôt adopté la règle de la pertinence tel que stipulée dans la Rule 401 of the *Federal Rules of Evidence*.

Au Canada, voir *R. c. Wray*, [1971] R.C.S. 272.

preuve susceptible de déconsidérer l'administration de la justice englobant généralement, de ce fait, les critères précédents. En ce qui a trait à la preuve d'ADN proprement dite, la validité de son fondement scientifique ainsi que la technique usuelle qui la produit sont peu contestées tant par le milieu scientifique que juridique⁹⁴. En effet, malgré l'apparition récente du profil génétique dans le domaine de l'investigation médico-légale, celui-ci était déjà utilisé abondamment et depuis un certain temps dans d'autres domaines telles la recherche fondamentale et la génétique des populations⁹⁵. Le profil génétique a donc, contrairement à plusieurs autres preuves techniques utilisées en Cour, acquis ses lettres de noblesse dans le monde de la science avant d'être transposé au monde de la justice. En matière de filiation, les premières preuves d'ADN présentées en Cour furent souvent admises d'office par les tribunaux⁹⁶, alors même que la fiabilité du

En Belgique, toute preuve découlant d'une expertise médicale peut être utilisée pour autant qu'elle fournisse des garanties scientifiques reconnues (art. 331 octièms du *Code civil*).

⁹⁴ Voir R. J. RICHARDS, note 92, 633 et E. SHAPIRO, *loc. cit.*, note 17, 38 pour une revue de littérature.

⁹⁵ A.R. HOELZEL, J.K. FORD et G.A. DOVER, «A Paternity Test Case for the Killer Whale (*Orcinus orca*) by DNA Fingerprinting», (1991) 7 *Marine Mammal Science* 35; SUMMERS, «DNA Polymorphisms in Human Population Studies», (1987) 14 *Ann. Hum. Bio* 203; HUEY et HALL, «Hypervariable DNA Fingerprinting in *Escherichia coli*: Minisatellite Probe from Bacteriophage M13», (1989) 171 *J. Bacteriology* 2528.

⁹⁶ Le test d'ADN fut utilisé en Cour pour la première fois aux États-Unis en 1988 dans *In re Baby Girl S.* 140 Misc. 2d 299, 532 N.Y.S.2d 643 (Sup. Ct. 1988). La Cour admit alors la preuve d'ADN sans examiner l'exactitude du test et malgré le désaccord d'un expert scientifique. Selon la Cour, une disposition législative de l'état de New York stipulait clairement que les résultats d'un «blood genetic marker test» étaient admissibles en Cour. De plus, le test répondait aux critères du test de *Frye* sur l'admissibilité des preuves scientifiques. Dans un jugement ultérieur, *King v. Tanner*, 142 Misc. 2d 1004, 539 N.Y. S. 2d 617 (1989), la Cour américaine accepta de nouveau la preuve d'ADN en se basant simplement sur la décision dans *In re Baby Girl S.* Toutefois, dans *In re Paternity of J.K.L.*, 151 Wis. 2d 566, 445 N.W. 2d 673 (Ct. App. 1989), le père putatif s'oppose à l'admissibilité de la preuve sans qu'on évalue au préalable son exactitude. La Cour réplique de nouveau que la loi de l'État permet l'admission des tests génétiques.

Au Canada, la recevabilité de l'identification génétique n'a été contestée qu'une seule fois par la défense dans *Kotyck v. Jackson*, (1991) 96 Sask. R. (2d) 175. Le test d'ADN concluait à l'inclusion du défendeur comme père biologique de l'enfant sans toutefois donner aucune précision sur le degré de probabilité ni sur le nombre de sondes utilisées pour effectuer le profil génétique. La Cour déclara que la valeur probante du rapport

test scientifique devrait être appréciée par référence à l'expertise du laboratoire qui l'a réalisé, mais aussi eu égard à la compétence de l'expert face à l'interprétation des résultats⁹⁷. De plus, l'erreur humaine, l'erreur technique et la latitude procédurale laissée aux laboratoires ne devraient pas être négligées par les tribunaux qui semblent en la matière faire preuve d'un certain laxisme. Il apparaît en effet illusoire de penser que tous les laboratoires ou les experts scientifiques se conduiront, en absence de normes obligatoires, avec professionnalisme et bienveillance. En dépit de ces différents problèmes relatifs à la fiabilité du test d'ADN et au laxisme procédural qui semble prévaloir, les tests d'identification génétiques devront rencontrer les conditions requises pour toute action en filiation.

(B) Le respect des règles de filiation

Dans la majorité des pays, les actions en filiation sont soumises à des règles bien précises qui font qu'à défaut de rencontrer les conditions énoncées, les recours en justice se verront généralement déboutés⁹⁸. Déjà, certains prohibent, de façon irréfutable, la contestation d'état ou la réclamation d'une filiation de celui

médical, tel que présenté, était insuffisante, compte tenu de ses ambiguïtés et de ses lacunes, pour lui permettre de conclure que le défendeur était bel et bien le père de l'enfant par une balance des probabilités.

Dans tous les procès répertoriés au Québec, les résultats des tests sanguins, de quelque type qu'ils soient, ont été acceptés implicitement par la partie désavantagée et même quelquefois explicitement comme dans le cas de *S. c. S.*, (1973) C.S. 530 où l'avocat de la défense avait accepté par écrit «valid et complete all of the procedures leading to et including (the expert) appearance on December 15, 1971». Or, l'expert avait déclaré, en se basant sur un test sérologique non motivé par des calculs de probabilités, que «S. is indeed the father of X» alors que ce type de test ne permet que d'exclure la paternité et non pas de l'inclure!

⁹⁷ E. SHAPIRO, *loc. cit.*, note 17, 39.

⁹⁸ En Allemagne, toutefois, en cas de contestation, les enfants naturels ont comme père légal leur père biologique (G.J. ANNAS, «Using Genes to Define Motherhood, The California Solution, (1992) 326 *The New Engl. J. Med.* 417.

ou celle qui a une possession d'état conforme à son acte de naissance⁹⁹, indépendamment du type ou de la qualité de la preuve présentée à l'encontre du lien de filiation existant¹⁰⁰. D'autres stipulent qu'une action en filiation ne peut être intentée dès lors qu'il existe une présomption de paternité, à l'exception cependant des situations pour lesquelles la Cour estime que la preuve contraire est claire et convaincante¹⁰¹ (telle que les résultats d'un test scientifique¹⁰²), et qu'il en va du meilleur intérêt de l'enfant¹⁰³. Dans une minorité de cas, les résultats d'un test d'ADN pourront éventuellement constituer, par eux-mêmes, une

⁹⁹ Au Québec: *Code civil du Québec*, art. 530; voir aussi *Droit de la famille-737*, [1993] R.J.Q. 1.

En France, cette règle ne peut être violée que s'il y a allégations de supposition ou de substitution d'enfant avant ou après la rédaction de l'acte de naissance: voir arts. 322, 322-1 et 334-9 du *Code civil* de France.

¹⁰⁰ Au Québec, dans *S. (K.) c. M. (D.)*, ([1989] A.Q. No. 2028, 26) puis en appel dans *Droit de la famille-737*, [1990] R.J.Q. 85, 86 (C.A.), la Cour ne considère ni l'admission de paternité de la mère en faveur de l'appelant, ni le résultat du test HLA prouvant à 99% la paternité de l'appelant puisqu'aucune de ces preuves ne peut contredire la filiation établie par un acte de naissance et une possession d'état conforme. De plus, malgré un test sanguin confirmant à 99% la paternité du demandeur et un témoignage d'un directeur de la protection de la jeunesse alléguant que les origines biologiques de l'enfant constituent un élément essentiel de son intégrité physique et psychologique, un juge rejette l'action en contestation d'état, parce que le titre et une possession d'état suffisamment longue désignent le mari de la mère comme père de l'enfant (*Droit de la famille-989*, [1991] R.J.Q. 1343 (C.S.)).

Cette contrainte semble également présente en Common law canadienne. Dans *Zbirun v. Zbirun*, [1991] S.J. No. 587, 2, la Cour refuse d'ordonner un test sanguin parce que le nom du défendeur, c'est-à-dire le mari de la mère, apparaît sur le certificat de naissance de l'enfant et que ce dernier a toujours considéré le défendeur comme son père. Le mari de la mère a lui-même jusqu'à récemment, considéré l'enfant comme le sien, soit pendant 9 ans.

¹⁰¹ Aux États-Unis: 19 Maine, R. S. A. § 280-A; West's Ann. California, Civil Code, § 7004; Hawaii, Rev. Stat.; New Mexico, Stat. Ann.; Wyoming, S.; Alabama, Code; 13 Delaware, Code; S.H.A. 750 ILCS; Kansas, Stat. Ann., § 38-1114; V.A. Missouri, S.; Montana, Code Ann.; Nevada, R.S.; New Jersey, S.A.; Ohio, R.C.; Rhode Island, Gen. Laws; West's RC Washington A; West's Colorado, R. S. A.; North Dakota, C.C.; Minnesota, S.A.

¹⁰² Aux États-Unis: *Blake v. Division of Child Support Enforcement* ex rel. Foster, Del. Super., 525 A.2d 154 (1987).

¹⁰³ Aux États-Unis: *M.F. v. N.H.*, 599 A.2d 1297, 252 N.J. Super. 420 (1991).

présomption de paternité¹⁰⁴, renversant ainsi le fardeau de la preuve¹⁰⁵, étant entendu cependant qu'en cas de conflit de présomptions, la plus probante prévaudra¹⁰⁶. En matière de filiation par ailleurs, comme pour bon nombre d'actions civiles, certaines règles de prescription s'imposent¹⁰⁷, et certains régimes spécifiques de filiation sont établis, comme par exemple celui de l'adoption en vertu duquel, par dispositions législatives spéciales, le législateur a explicitement reconnu que la filiation légale aura préséance sur la filiation biologique¹⁰⁸.

Récemment, avec l'avènement des procréations médicalement assistées, d'autres restrictions à la primauté de la filiation biologique ont été énoncées dans de nombreux pays¹⁰⁹. Ainsi dans certaines lois, le père ou la mère biologique ne

¹⁰⁴ Aux États-Unis: au Colorado, un test génétique révélant une probabilité d'inclusion de 97% et plus constitue une présomption de paternité (West's Colorado R. S. A.); au Nouveau Mexique cette probabilité doit être de 99% et plus (New Mexico Stat. Ann.); au North Dakota cette probabilité doit être de 95% et plus (North Dakota C.C.); au Minnesota et au Michigan, un test sanguin révélant une probabilité d'inclusion de 99% et plus constitue une présomption de paternité: (Minnesota S.A. et Michigan Comp. Stat. Ann. § 722.716).

¹⁰⁵ Aux États-Unis: *In Interest of B.G.*, N.D., 477 N.W.2d 819 (1991).

¹⁰⁶ Aux États-Unis: West's Ann. California Civil Code, § 7004; Hawaii Rev. Stat.; New Mexico Stat. Ann.; Wyoming S.; Alabama Code; 13 Delaware Code; S.H.A. 750 ILCS; Kansas Stat. Ann., § 38-1114; V.A.Missouri S.; Montana Code Ann.; Nevada R.S.; New Jersey S.A.; Ohio R.C.; Rhode Island Gen. Laws; West's RC Washington A; West's Colorado R. S. A.; North Dakota C.C.; Minnesota S.A.

¹⁰⁷ Aux États-Unis: New Hampshire RSA, § 168-A:12; Louisiana Civil Code, § 209; New Mexico Stat. Ann.; Hawaii Rev. Stat; Wyoming S.; Alabama Code; 13 Delaware Code; S.H.A. 750 ILCS; Kansas S.A.; V.A.Missouri S.; Montana Code Ann.; Nevada R.S.; New Jersey S.A.; Ohio R.C.; Rhode Island Gen. Laws; West's RC Washington A; West's Colorado R. S. A.; North Dakota C.C.; Minnesota S.A.

En France: *Code civil*, arts. 311-7, 311-8, 340-4, etc.

En Belgique: *Code civil*, art. 332, etc.

¹⁰⁸ Au Canada, lorsqu'un enfant est adopté légalement, il cesse d'être l'enfant de ses parents naturels (*Campbell v. Campbell*, [1993] B.C.J. No. 155 et *S.(J.W.) v. M.(N.C.)*, (1993) 12 *Alta. L. R.* (3d) 379.

¹⁰⁹ Pour une étude exhaustive sur la question voir B.M. KNOPPERS et S. LE BRIS, «Recent Advances in Medically Assisted Conception : Legal, Ethical et Social Issues», (1991) 17(4) *American Journal of Law et Medicine*, 329-361; B.M. KNOPPERS et S. LE BRIS, «Ethical et Legal Concerns : Reproductive Technologies 1990-1993», (1993) 5 *Current Opinion in Obstetrics et Gynecology*, 630-635.

peut revendiquer de lien de filiation s'il y a eu, de sa part, don de sperme ou d'ovules¹¹⁰. Sauf exception¹¹¹, le donneur de sperme n'est même pas légalement considéré comme étant le père naturel de l'enfant¹¹². De plus, alors que toute convention de procréation ou de gestation peut être nulle de nullité absolue¹¹³, certains tribunaux n'ont pas hésité, parfois, à déclarer que la maternité devait être déterminée par les gènes¹¹⁴. Enfin, l'homme qui a consenti à la procréation médicalement assistée ne peut en principe, sauf exceptions, contester la reconnaissance ou désavouer l'enfant qui en est issu¹¹⁵, au même titre d'ailleurs que l'enfant, né de cette procréation, ne peut pas, non plus, réclamer un autre état¹¹⁶. À cet égard, il apparaît donc très peu probable que l'avènement des tests d'ADN en matière de filiation change quoi que ce soit aux restrictions actuelles, puisque la qualité de la preuve n'est nullement considérée en tant que telle, et qu'elle est par ailleurs souvent assujettie à une ordonnance du tribunal.

¹¹⁰ Au Québec: *Code civil du Québec*, art. 538. B.M. KNOPPERS et S. LE BRIS, *id.*

¹¹¹ Aux États-Unis: New Mexico Stat. Ann.

¹¹² Au Québec: *Code civil du Québec*, art. 538; Aux États-Unis: West's Ann. California Civil Code, § 7005; Hawaii Rev. Stat; Wyoming S.; Alabama Code; 13 Delaware Code; S.H.A. 750 ILCS; Kansas S.A.; V.A. Missouri S.; Montana Code Ann.; Nevada R.S.; New Jersey S.A.; Ohio R.C.; Rhode Island Gen. Laws; West's RC Washington A; West's Colorado R. S. A.; North Dakota C.C.; Minnesota S.A.

¹¹³ Au Québec: *Code civil du Québec*, art. 541; B.M. KNOPPERS et S. LE BRIS, *loc. cit.*, note 109.

¹¹⁴ En Californie: *Johnson v. Calvert* (Cal Super. Ct., Orange Co., Dept. 11, No. X633190 (Oct 22, 1990)); voir aussi G.J. ANNAS, *loc. cit.*, note 98.

¹¹⁵ Au Québec: *Code civil du Québec*, art. 539(2) et 540. B.M. KNOPPERS et S. LE BRIS, *loc. cit.*, note 109.

En France: Paris, 29 mars 1991, *D.* 1991. 562, note Sériaux; *J.C.P.* 1992. II. 21857, note Dobkine; *Gaz. Pal* 10 déc. 1991, note de La Marnierre; *Rev. trim. dr. civ.* 1991, 519, obs. Huet-Weiller.

¹¹⁶ Au Québec: *Code civil du Québec*, art. 539(1).

(C) L'ordonnance du test d'ADN par le tribunal

Afin d'avoir un certain contrôle sur les tests d'ADN ainsi que sur ceux qui les exécutent, et pour assurer que le test soit fait dans le meilleur intérêt de l'enfant ou, du moins, qu'il ne lui soit pas néfaste, certains pays exercent un contrôle exclusif sur les tests de filiation en les déclarant inadmissibles en Cour s'ils n'ont pas été ordonnés préalablement par le tribunal¹¹⁷. D'autres ont, soit explicitement nié aux tribunaux tout contrôle exclusif¹¹⁸, soit n'en font aucune mention spécifique et considèrent que la filiation peut se prouver par tous moyens de preuve¹¹⁹. Dans les deux derniers cas, le recours aux tests d'ADN lors des actions en filiation peut se faire soit par le consentement de toutes les parties, soit par l'ordonnance du tribunal qui ordonne aux parties du litige¹²⁰ ou à tout individu non partie à l'action mais nécessaire à sa résolution¹²¹. Concrètement, que ce soit en common law ou en droit civil, le tribunal peut ordonner un test d'ADN en s'appuyant le plus souvent sur une disposition législative. Cette dernière peut être édictée soit en des termes généraux permettant d'inclure implicitement le test d'ADN¹²², soit en des termes précis ordonnant

¹¹⁷ En Common law canadienne: *Silverberg v. Silverberg* [1990] O.J. No. 294, 8.

En France, l'exigence d'une «mesure d'instruction», en vertu de l'article 144 *N.C.P.C.*, signifie qu'on ne peut demander à un laboratoire d'effectuer un test de filiation sans être muni d'un titre judiciaire et qu'un profil génétique obtenu sans ce titre ne serait pas admissible en Cour (M. FOLLANA-MASSOT et B. LASSALLE, *loc. cit.*, note 52).

¹¹⁸ Au Colorado, si les parties se sont entendues, préalablement à toute action, pour subir un test génétique, la Cour doit alors admettre le test comme preuve. (West's Colorado R.S.A.).

¹¹⁹ Au Québec: *Code civil du Québec*, art. 533.

¹²⁰ En Grande-Bretagne: *Family Law Reform Act* 1969, s 20.

¹²¹ Aux États-Unis: au New Jersey, voir *Matter of Estate of Rogers*, 583 A.2d 782, 245 N.J.Super. 420 (1990).

¹²² Au Québec: l'article 414(1) du *Code de procédure civile* permet au tribunal d'ordonner une expertise par une personne qualifiée qu'il désigne pour l'examen, la constatation et l'appréciation de faits relatifs au litige. Les termes de la disposition n'étant pas limitatifs, l'expertise pourra se traduire autant par un test sanguin conventionnel que par un test

spécifiquement la preuve d'ADN¹²³. Parfois, si une partie demande le test d'ADN, le juge devra le lui accorder¹²⁴. Cependant, il n'en reste pas moins que

d'ADN effectué à partir soit d'un échantillon de sang, d'une racine de cheveu, de la salive, etc.

En Common law canadienne: au Nouveau-Brunswick le *Child et Family Services et Family Relations Act*, R.S.N.B. 1980, c.C-2.1, art.110 permet les expertises de sang et autres expertises; en Colombie-Britannique la règle 30(1) du *B.C. Supreme Court Rules of Court* permet d'ordonner un examen médical (voir note suivante); à Terre-Neuve le *Children's Law Act*, R.S.N. 1990, c.C-13, art. 8 mentionne que le tribunal peut ordonner un test sanguin ou tout autre test génétique.

En Belgique: l'art. 331 octiès du *Code civil* permet au tribunal d'ordonner un examen du sang ou tout autre examen selon des méthodes scientifiques éprouvées.

En France: toute mesure d'instruction, incluant ainsi un test sanguin ou tout autre «méthode médicale certaine», peut être ordonné par le tribunal, en vertu des articles 143 et 144 *N.C.P.C.*, à la demande du mari (art. 313-2)(Civ. 1re, 18 mars 1981, *Bull. civ. I*, no 94; *D.* 1982 IR. 254, obs. Huet-Weiller et TGI Paris, 24 janv. 1983, *D.* 1983. IR. 327 (1re esp.), obs. Huet-Weiller), à la demande de la mère ou de l'enfant (art. 340)(Civ. 1re, 29 juin 1965, *D.* 1966. 20, note Rouast; *Rev. trim. dr. civ.* 1966. 20, obs. Nerson), à la demande du prétendu père (art. 340-1)(Civ. 1re, 18 oct. 1989, *D.* 1990. 145, note Bénabent), à la demande du défendeur à une action à fins de subsides (art. 342-4) ou d'office (Civ. 1re, 14 févr. 1990, *Bull. civ. I*, no 46; Defrénois 1990. 690, obs. Massip).

Aux États-Unis: le Kentucky R. S. permet d'ordonner un test génétique et le Mississippi Code 1972 permet d'ordonner un test sanguin ou tout autre test.

Au Queensland: le *Status of Children Act* 1978, No.30, s. 11 [cf. *Cwth. s. 99*; *Tas. s. 10*] permet d'ordonner un test médical qui comprend le prélèvement de tissus ou de fluides humains.

D'autres lois qui permettent d'ordonner un test sanguin:

En Common law canadienne: voir en Alberta, le *Family et Domestic Relations Statutes Amendment Act*, S.A. 1991, c.11, art.69(1), et le *Parentage et Maintenance Act*, S.A. 1990, c.P-0.7, art.13; en Saskatchewan, le *Children's Law Act*, S.S. 1990, c.C-8.1, art.48; au Manitoba, le *Family Maintenance Act*, R.S.M. 1987, c.F20, art.21; en Ontario, le *Children's Law Reform Act*, R.S.O. 1990, c.c.12, art.10; en Nouvelle-Écosse, le *Family Maintenance Act*, R.S.N.S. 1989, c.160, art.27 (la preuve sanguine obtenue n'est cependant admissible en Cour que si elle exclut avec certitude le présumé père); à l'Île-du-Prince-Édouard, le *Child Status Act*, R.S.P.E.I. 1988, c.C-6, art.10; au Yukon, le *Children's Act*, R.S.Y. 1986, c.22, art.15.

Aux États-Unis: voir: Alabama Code; 13 Delaware Code; S.H.A. 750 ILCS; Kansas Stat. Ann., § 38-1119; V.A.Missouri S.; Nevada R.S.; New Jersey S.A.; Ohio R.C.; Rhode Island Gen. Laws; West's RC Washington A.; Louisiana Revised Statute § 9:396; 19 Maine R.S.A. (spécifie les types de tests sanguins admissibles excluant, par ce fait, le test d'ADN); Utah C.A. 1953.

En Grande-Bretagne: *Family Law Reform Act* 1969, s 20.

¹²³ En Common law canadienne: en Colombie-Britannique la règle 10 du *Provincial Court (Family) Rules* (1993) permet le test d'ADN à partir d'un échantillon de sang ou de tissu.

Aux États-Unis: Arkansas Code Ann., § 9-10-108; Connecticut Gen. Stat. Ann., § 46b-168; Georgia Code Ann., § 53-4-4; Indiana Code Ann., § 16-1-16-7; Michigan Comp.

généralement, l'ordonnance du test relève entièrement du pouvoir discrétionnaire du juge¹²⁵. Il peut alors ordonner ou non le test d'ADN selon son évaluation personnelle des circonstances et des faits, même si certains facteurs jurisprudentiels guident parfois sa décision. Ainsi, l'ordonnance du test de filiation sera souvent refusée lorsque le requérant n'est pas de bonne foi ou si le test peut être préjudiciable à la santé de l'enfant¹²⁶. Il pourra ne pas être ordonné s'il n'a pour seul but que de satisfaire la curiosité du requérant¹²⁷, de lui procurer des

Laws Ann., § 722.716; Montana Code Ann., § 40-5-201; New Hampshire Rev. Stat. Ann., § 522:1; West's Colorado R. S. A.; Hawaii Rev. Stat.; New Mexico Stat. Ann. §§ 40-11-5, 40-11-13; North Dakota C.C.; Wyoming S.

- 124 En France: quoique l'exercice de son pouvoir est généralement discrétionnaire, le juge ne peut toutefois refuser d'accéder à une demande d'expertise faite en vertu des articles 340-1 et 342-4 puisque l'expertise constitue alors une fin de non-recevoir. Voir aussi: Civ. 1re, 21 juill. 1987, *Bull. civ. I*, no 245 et (Civ. 1re, 18 oct. 1989, *D.* 1990. 145, note Bénabent).

Aux États-Unis: West's Colorado R. S. A., § 13-25-126; Hawaii Rev. Stat; New Mexico Stat. Ann.; North Dakota C.C.; Wyoming S.; Kentucky R. S.; Mississippi Code 1972; Maine R.S.A.; Rhode Island Gen. Laws; Utah C.A. 1953; En Alabama: State ex rel. *Goodno v. Cobb*, Ala.Civ. App., 567 So.2d 376 (1990).

- 125 Au Québec: l'article 414(1) C.p.c. fut utilisé à quelques reprises pour ordonner un test sanguin (*Droit de la famille-206*, [1985] C.S. 998; *Droit de la famille-1059*, [1990] R.D.F. 385.). Toutefois, dans un récent jugement, la Cour a refusé d'obtempérer à une requête pour l'obtention d'un échantillon de sang en vertu du principe de l'inviolabilité et de l'intégrité de la personne (*R. c. Beaulieu*, [1992] A.Q. No. 2046. où la requérante désirait savoir s'il y avait ou non des possibilités qu'elle ait été infectée du virus du SIDA à la suite d'une agression sexuelle). Les tribunaux seront peut-être à l'avenir plus réticents à ordonner un test sanguin ou d'ADN.

En Grande-Bretagne: *Family Law Reform Act* 1969, s 20.

- 126 En Common law canadienne: *D'Isendoorn a Blois v. Vanhell*, [1993] B.C.J. No.82, 5; *D.H. c. D.W.*, [1992] O.J. No.1737, 11; *M.C. v. L.A.C.*, [1990] B.C.J. No.134, 20; *R.J. v. S.M.*, [1990] B.C.J. No. 348, 10; *Z. (T.) v. W. (A.L.)*, [1992] N.W.T.R. 100, 106.; *D.R. v. P.M.*, [1992] B.C.J. No. 2340; *12 R.B. v. L.G.*, [1992] O.J. No. 1654, 10; *F.(M.) v. S.(R.)*, [1991] O.J. No. 2454; *McCartney v. Amell*, 35 O.R. (2d); *Re H. et H.*, (1979) 25 O.R. (2d); *Re Bagaric v. Juric et al*, 29 O.R. (2d) 481 et *Mohammed v. Ali*, [1987] O.J. No.1817.

Aux États-Unis: au New Jersey, *S.S. v. E.S.*, 590 A.2d 1180, 124 N.J. 391 (1991).

- 127 En Grande-Bretagne: *Hodgkiss v. Hodgkiss et Walker*, [1984] FLR 563.

avantages monétaires¹²⁸ ou si l'enfant n'est pas partie à l'action¹²⁹. Parallèlement, d'autres facteurs seront parfois considérés avant d'ordonner le test tels, par exemple, le sérieux et la solidité de la cause du requérant (i.e. pas de «fishing expedition»)¹³⁰, les délais impartis avant d'intenter l'action en filiation¹³¹, la valeur sociale de l'établissement de la filiation par un test sanguin¹³², ainsi que l'intérêt de l'enfant¹³³, l'intérêt de la société¹³⁴, l'accès à la meilleure preuve possible, l'intérêt général de la justice¹³⁵, la condition financière des parties¹³⁶, l'urgence de

¹²⁸ En Common law canadienne: *D'Isendoorn a Blois v. Vanhell*, précité, note 126.

¹²⁹ En Common law canadienne: *Carnaby v. Millar*, [1993] B.C.J. No.311, 8 et *Hardie v. Hardie*, [1993] B.C.J. No.1249, 14.

¹³⁰ En Grande-Bretagne: *In re FS (A Minor)*, [1981] Fam. 22.

En Common law canadienne: *M.C. v. L.A.C.*, [1990] B.C.J. No. 134, 20; *R.J. v. S.M.*, précité, note 126; *D.R. v. P.M.*, [1992] B.C.J. No.2340, 12; *E.(M.A.) v. L.(C.)*, (1993) 82 B.C.L.R. (2d), 21.

¹³¹ En Common law canadienne: *Hardie v. Hardie*, précité, note 129, 15; *D'Isendoorn a Blois v. Vanhell*, précité, note 126; *B.E.P. v. S.D.P.*, [1993] O.J. No.203, 13 et *D.D.S. v. R.H.*, [1993] A.J. No.364, 30.

¹³² *B.E.P. v. S.D.P.*, [1993] O.J. No.203, 13.

¹³³ En Common law canadienne voir: *D.H. c. D.W.*, précité, note 126, 11; *Re Wilson et Stewart*, (1982) 45 O.R. (2d) 95, 1; *M.C. v. L.A.C.*, précité, note 126; *Korolyk v. London*, [1988] M.J. No. 24, 4 où le test a été ordonné et *E.(M.A.) v. L.(C.)*, précité, note 130, 21; *C.B. v. M.I.*, [1994] O.J. No.294, 5; *Palmateer v. Daley*, [1990] O.J. No. 2196, 8; *D.A.D. v. M.D.*, [1992] O.J. No. 1984; *R.J. v. S.M.*, précité, note 126; *Zbirun v. Zbirun*, précité, note 100, 2 où le test n'a pas été ordonné.

Aux États-Unis, dans *In re Marriage of Ross*, 783 P.2d 331, 245 Kansas. 591 (1989), la Cour conclut que l'intérêt de l'enfant inclut ses besoins physiques, mentaux et émotionnels.

En Grande-Bretagne: *S. v. S.*, [1972] A.C. 24. énonce que la Cour devrait permettre le test sanguin sauf s'il va à l'encontre des intérêts de l'enfant.

¹³⁴ En Common law canadienne: *N.G.H. v. A.S.*, [1993] B.C.J. No.2052, 5.

¹³⁵ Au Québec: *Droit de la famille-1859*, [1993] R.J.Q. 2313 (C.A.).

En Common law canadienne: *N.G.H. v. A.S.*, précité, note 134, 5; *Goudie v. Goudie*, précité, note 90, 8; *Clarke v. Roumanis*, [1993] B.C.J. No.65, 17; *Hipkiss v. Kane*, [1992] B.C.D. Civ. 1566.1-02, 4; *M.C. v. L.A.C.*, précité, note 126, 20; *D.H. v. J.K.*, [1992] B.C.J. No. 899, 20; *Tollefsen v. MacKay*, [1990] B.C.J. No. 437, 3; *Longson v. Dunn*, [1987] B.C.J. No. 2837, 9; *Richards v. Watson*, [1991] S.J. No. 632, 5; *Bauman v. Kovacs*, (1986) 10 B.C.L.R. (2d) 218; *Bauman v. Bauman*, (1985) 58 B.C.L.R. 358; *Panaccione v. McNab*, (1976) 28 R.F.L. 182; *Z. (T.) v. W. (A.L.)*, précité, note 126, 105; *Vincelli v. Lorenzetto*, [1993] B.C.J. No.2011, 9. Ce dernier jugement précise que

la situation, lorsque la conservation d'une preuve utile est en jeu¹³⁷ (ou encore les risques de contracter le virus du SIDA¹³⁸). Dans les faits, le test d'ADN sera souvent ordonné si un premier test traditionnel est déclaré non-concluant¹³⁹ ou si le différend ne peut se régler que sur la seule base de la crédibilité des témoignages¹⁴⁰. De plus, l'admissibilité d'une contre-expertise¹⁴¹ ou la possibilité de passer un nouveau test si une erreur de procédure est démontrée¹⁴² sont parfois explicitement prévues. En l'absence d'une dérogation législative expresse rendant obligatoire le test d'ADN, le tribunal ne peut en forcer l'exécution, sous peine de se voir accuser de violation de certains droits fondamentaux¹⁴³. Cependant, si les parties consentent, de plein gré, à l'ordre de la Cour de subir le

l'intérêt de la justice doit primer sur l'intérêt de l'enfant. Ce commentaire se retrouve également dans un cas anglais soit: *S. v. Mc.*, (1970) 1 All E.R. 1162 confirmée par la *House of Lords S. v. S.*, (1973) 11 R.F.L. 142.

¹³⁶ En Common law canadienne: *E.B. v. D.R.*, [1993] P.E.I.J. No.44, 5.

¹³⁷ En Belgique: Bruxelles (9e ch.), 31 octobre 1991 et Tribunal civil de Liège, 17 avril 1989, *Journal des procès*, n°158, 20 octobre 1989, p. 32.

¹³⁸ En Common law canadienne: *Vincelli v. Lorenzetto*, précité, note 135, 8 où il fut considéré que le danger était inexistant puisque les procédures médicales appropriées seraient suivies.

¹³⁹ En Common law canadienne: *C.S. v. V.L.*, [1992] O.J. No. 1632, 6-8; *Parkin v. MacMillan*, [1990] B.C.J. No.2312, 5. Toutefois, dans *D.P.D. v. J.A.K.*, [1992] B.C.J. No. 2369, 20, le juge refusa d'ordonner un test d'ADN, à la suite d'un test conventionnel non significatif, parce que les preuves circonstancielles étaient suffisantes pour clore le procès.

En Belgique: Liège (1re ch.), 19 décembre 1989.

¹⁴⁰ En common law canadienne: *Richards v. Watson*, [1991] S.J., no. 632, 5.

¹⁴¹ Aux États-Unis: Hawaii Rev. Stat.; New Mexico Stat. Ann.; Wyoming S.; Alabama Code; 13 Delaware Code; S.H.A. 750 ILCS; Kansas S.A.; V.A.Missouri S.; Montana Code Ann.; Nevada R.S.; New Jersey S.A.; Ohio R.C.; Rhode Island Gen. Laws; West's RC Washington A; Mississippi Code 1972; 19 Maine R.S.A.; Rhode Island Gen. Laws 1956; Utah C.A. 1953.

¹⁴² Aux États-Unis: Louisiana Revised Statute § 9:397.3; Kentucky R.S.

¹⁴³ Au Québec: *Droit de la famille-206*, précité, note 125, 2042.

test d'ADN, la preuve du test sera recevable et sera considérée comme un fait additionnel permettant d'évaluer la vraisemblance des allégations des parties¹⁴⁴.

Une fois le test effectué, les laboratoires doivent généralement remettre au tribunal un rapport écrit comprenant, en partie ou globalement: 1) un tableau des sites d'ADN, des sondes et des enzymes de restriction utilisés pour chaque personne et pour chacun des tests; 2) le pouvoir d'exclusion de chaque test; 3) le pouvoir d'exclusion cumulatif; 4) l'indice de filiation pour chaque système génétique; 5) l'indice de filiation combiné et enfin 6) la probabilité de filiation¹⁴⁵.

Cependant, quelque puisse être la valeur probante du test d'ADN, celui-ci ne pourra être fait sans l'obtention du consentement de la personne concernée.

(D) Le consentement au test d'ADN

Toute forme d'intrusion dans le corps humain est généralement qualifiée d'atteinte à l'intégrité physique. La majorité des pays protègent le droit à l'inviolabilité des personnes que ce soit par le biais d'accords internationaux, de lois constitutionnelles¹⁴⁶, de simples lois¹⁴⁷ ou par la jurisprudence¹⁴⁸. Même si

¹⁴⁴ Au Québec: *Droit de la famille-102*, [1984] C.S. 83, 91.

¹⁴⁵ L.W. MORGAN, «Attacking Blood Tests in Paternity Testing», (1992) 4 *Divorce Litigation* 89.

Voir aussi: en Grande-Bretagne, le *Family Law Reform Act* 1969 s. 20; au Queensland, *Status of Children Act* 1978, No.30, s.11 [cf. Cwth. s. 99 et Tas. s. 10].

Pour un exemple de rapport très exhaustif, voir: *Mississippi Code* 1972.

Au Québec: l'art. 414(1) du *Code de procédure civile* stipule que le rapport de l'expert doit être assez détaillé et motivé pour permettre au tribunal d'évaluer lui-même les résultats.

¹⁴⁶ Au Canada: l'art. 7 de la *Charte canadienne des droits de la personne* édicte qu'il ne peut être porté atteinte à ce droit qu'en conformité avec les principes de justice fondamentale.

Au Québec: l'art. 1 de la *Charte des droits et libertés de la personne* stipule que tout être humain a droit à l'intégrité de sa personne.

¹⁴⁷ Au Québec: les articles 10 et 11 du *Code civil du Québec* prévoient que toute personne est inviolable et a droit à son intégrité et qu'on ne peut porter atteinte à un individu sans

à quelques occasions, le principe de l'ordonnance par la Cour du test sanguin a été contesté, la jurisprudence a déclaré que les dispositions législatives relatives aux tests sanguins ne violent pas le droit à la liberté ou à la sécurité, ni ne portent atteinte à l'intégrité physique ou mentale d'un individu puisqu'elles ne sont pas contraignantes¹⁴⁹. Rien dans les lois, en effet, n'oblige une partie à se soumettre au test contre sa volonté, puisqu'il ne peut généralement y avoir de violation du principe de l'intégrité physique de la personne sans une stipulation expresse du législateur, et ce, même si on y perd une preuve utile¹⁵⁰. Ainsi donc, aucune mesure de coercition ne peut être utilisée, même d'ordre pécuniaire, pour contraindre un individu à subir une atteinte quelconque à son corps¹⁵¹. Toutefois, il est parfois possible, en vertu du pouvoir inhérent de la Cour ou par des dispositions législatives spécifiques, de condamner pour outrage au tribunal, l'individu qui refuse de se soumettre au test sanguin. Dans certains États américains, la Cour peut même aller jusqu'à lui imposer des sanctions tel que l'emprisonnement afin de l'inciter à se plier à l'ordre de la Cour, sous réserve cependant que le tribunal se soit préalablement assuré que l'individu en question

son consentement libre et éclairé ou sans y être autorisé par la loi. On ne peut obliger une personne de 14 ans ou plus à subir le test sans son consentement (arts. 14 et 16), *Code civil. du Québec*.

En Grande-Bretagne: on ne peut obliger une personne de 16 ans ou plus à subir le test sans son consentement. (*Family Law Reform Act 1969*, s. 21.)

¹⁴⁸ En Grande-Bretagne, dans certaines circonstances, le consentement d'une personne âgée de moins de 16 ans suffit pour une intervention médicale. Voir l'affaire *Gillick v. West Norfolk et Wisbech Health Authority*, [1986] A.C. 112, [1985] 1 All ER 533.

¹⁴⁹ Au Canada: *Re N et D*, [1986] O.J. No. 275, 23; *Pakka v. Nygard*, [1988] O.J. No. 1049, 3 et *Higgins v. Reid*, [1990] N.B.J., no 149; *Roumieu v. Martin*, [1993] B.C.J., no 2805, 2.

¹⁵⁰ Au Canada: *Droit de la famille-206*, précité, note 125, 2042; *Cloutier c. Chrétien*, [1974] C.S., 433; *Morris c. Gantous*, (1941) 47 R. de J. 150; *Cayen-Lacombe c. Laverdière*, [1970] R.P. 298.

¹⁵¹ En France: Paris, 24 nov. 1981, D. 1982. 355, note Massip.

ait été entendu et que le test sanguin est nécessaire à la résolution de l'action¹⁵² ou encore que l'intérêt d'autrui et l'intérêt de la justice le requièrent¹⁵³. Un tribunal anglais a même conclu qu'une injonction pouvait être émise pour forcer une partie à subir un test de filiation, s'il en va de l'intérêt de l'enfant¹⁵⁴.

En matière d'inviolabilité de la personne, le test d'ADN présente cependant une particularité dans la mesure où il ne doit pas nécessairement être réalisé à partir d'un échantillon de sang mais peut tout aussi bien être effectué à partir d'une racine de cheveu, de la salive, etc. Ces prélèvements semblent beaucoup moins intrusifs, et souvent même totalement bénins, pour le corps humain. Ceci a généré un débat sur la question de savoir si des tests effectués sur de tels prélèvements, sans le consentement de la personne constituaient ou non une atteinte à l'inviolabilité de la personne. Certains ont adopté une conception de l'inviolabilité beaucoup plus morale et philosophique que physique et considèrent qu'une atteinte corporelle, même imperceptible à une personne, telle par exemple la saisie d'un cheveu tombé sur l'épaule d'un individu, constitue une violation à l'inviolabilité de la personne au même titre qu'un prélèvement d'organe¹⁵⁵. Pour d'autres par contre, l'illégalité d'une atteinte à l'intégrité physique demeure ambiguë

¹⁵² Aux États-Unis: au New Jersey, *Matter of Estate of Rogers*, 583 A.2d 782, 245 N.J.Super. 39 (1990); *S.S. v. E.S.*, 590 A.2d 1180, 124 N.J. 391 (1991).

¹⁵³ Aux États-Unis, Louisiana Revised Statute § 9:396; 19 Maine R.S.A.; Mississippi Code 1972; Utah C.A. 1953.

¹⁵⁴ En Grande-Bretagne, dans *Re F (A Minor) (Wardship)*, [1988] 1 FLR 65, la Cour a émis une injonction, en vertu du *Supreme Court Act 1981* s.37, confisquant à une mère son passeport jusqu'à ce qu'elle fournisse un échantillon de sang. Cette disposition ne s'applique cependant que lorsque l'enfant est sous tutelle judiciaire.

¹⁵⁵ Au Canada et au Québec, voir: *Droit de la famille-1059*, [1990] R.D.F. 385, 392; *R. c. Légère*, (1989) 226 A.P.R. 361 (N.B.C.A.); *Dion c. P.G. du Canada*, [1986] R.J.Q. 2196 (C.S.); *R. c. Dymont*, (1988) 2 R.C.S. 417; *R. C. Pohoretsky*, (1987) 1 R.C.S. 945; *R. c. Colarusso*, J.E. 94-241 (C.S.C.).

si l'agression est bénigne et sans douleur. Le recours aux tests d'ADN faits à partir de cheveux, de salive, etc., serait alors permis sans consentement préalable.

Le droit à l'inviolabilité ou à l'intégrité d'une personne tout en étant de l'ordre public peut être violé si la personne en cause donne son approbation dans le cadre des autorisations de la loi. La notion et le niveau de consentement peut par contre varier. Traditionnellement, le consentement doit être libre et éclairé, c'est-à-dire exempt de toute pression indue et être donné en toute connaissance de cause¹⁵⁶. Si ce consentement est vicié, la preuve obtenue suite à un tel consentement devra être rejetée par les tribunaux. Alors que l'approche majoritaire considère que le représentant du mineur exerce les droits civils de ce dernier jusqu'à l'âge adulte, sauf dispositions contraires¹⁵⁷, d'autres ont limité l'étendue de ce consentement substitué dans le temps jusqu'au moment où l'enfant pourra le donner lui-même¹⁵⁸. Parfois, l'enfant est obligé d'être partie à l'action et se voit

¹⁵⁶ Au Québec, le consentement libre et éclairé, tel que postulé à l'art. 10 du *Code civil*, est une condition essentielle et préalable au test d'ADN. La notion de consentement libre et éclairé n'a encore jamais été analysée en matière de filiation. Cependant, elle fut l'objet de nombreuses réflexions particulièrement dans le domaine médical. De cette doctrine, nous présumons, qu'en matière de filiation, un consentement valable devrait être premièrement exempt de pressions indues de tierces personnes. Il ne pourra être exercé sous la crainte ou le menace (comme dans le cas où le test d'ADN est une condition *sine qua non* à un legs testamentaire). Le consentement doit également être éclairé mais non pas seulement au niveau du prélèvement ou de l'acte médical proprement dit mais surtout au niveau des enjeux découlant de ce prélèvement. Le requérant doit donc être informé préalablement par le responsable du test et par son avocat de la nature du test, de son but, des risques physiques du prélèvement et des effets psychologiques possibles des résultats éventuels du test. Les enjeux tant juridiques que psychologiques doivent être évalués dans chaque cas d'espèce et être expliqués clairement au requérant. De plus, les conséquences d'un refus pour le requérant, l'enfant et la famille en général doivent également être soumis à l'appréciation du requérant. Une fois informé sur la portée de sa décision, le requérant choisira ou non de se soumettre au test sanguin ou d'ADN et son choix devra être respecté en vertu du principe de l'autonomie de la personne.

¹⁵⁷ Au Québec, art. 153 et ss. du *Code civil du Québec*.

¹⁵⁸ En Grande-Bretagne: *Family Law Reform Act 1969*, s. 21. Dans certaines circonstances, le consentement du mineur sera recevable si le juge considère qu'il comprend suffisamment et est assez intelligent pour donner un consentement valide (*Gillick v West Norfolk et Wisbech Health Authority*, [1986] A.C. 112, [1985] 1 All. E.R. 533).

alors assigner un «gardien *ad litem*», nommé par la Cour et chargé de défendre ses intérêts, et donc, éventuellement de donner ou non son consentement au test à la place du mineur¹⁵⁹. Dans cette dernière hypothèse, ni le père, ni la mère ne peuvent alors agir à titre de gardien¹⁶⁰.

En ce qui a trait au «consentement» des défunts, lors d'actions en contestation testamentaire, la question demeure ambiguë si aucune disposition n'a été prise de leur vivant¹⁶¹ ou n'apparaît dans leur testament. Le principe de l'inviolabilité de la personne ne s'applique pas avec autant de rigueur dans le cas d'une dépouille mortelle que dans celui d'un être vivant. On a, par exemple, donné préséance au droit de l'enfant d'établir sa filiation sur l'intégrité d'un défunt et le respect dû au mort¹⁶². Cet adoucissement du principe vaut également pour les

Au Queensland: *Status of Children Act* 1978, No.30, s.11 [cf. Cwth. s. 99 et Tas. s. 10]. Le consentement de la personne qui a la garde et le contrôle de l'enfant est requis jusqu'à l'âge de 16 ans.

- ¹⁵⁹ En Common law canadienne: *Carnaby v. Millar*, précité, note 129, 8; *D.H. c. D.W.*, précité, note 126, 12; *E.(M.A.) v. L.(C.)*, précité, note 130, 17.

Aux États-Unis: West's Ann. California Civil Code, § 7008; West's Colorado R. S. A.; Minnesota S.A.; Hawaii Rev. Stat.; New Mexico Stat. Ann.; Wyoming S.; Alabama Code; 13 Delaware Code; S.H.A. 750 ILCS; Kansas Stat. Ann., §§ 38-1117, 38-1125 et 60-217; V.A.Missouri S.; Montana Code Ann.; Nevada R.S.; New Jersey S.A.; Ohio R.C.; Rhode Island Gen. Laws; West's RC Washington.

Selon la jurisprudence américaine, le rôle du gardien est d'émettre des recommandations concernant l'intérêt de l'enfant. Toutefois, la Cour n'est pas tenue de les suivre cité dans K. BLOMQUIST-SHINN, «Family Law : A New Requirement for Paternity Determination in Kansas - Determining if Blood Tests are in the Best Interest of the Child» [*In re Marriage of Ross*, 245 Kan.591, 783, P.2d 331 (1989), 30 *Washburn Law Journal* (1990)117).

En Belgique, le mineur non émancipé est représenté par son représentant légal. Toutefois, s'il y a entre eux un conflit d'intérêts, le tribunal lui désignera un tuteur *ad hoc*. Voir *Code civil*, art. 331 sexies et Trib. Bruxelles, 15 décembre 1987, Pas., 1988, III, 36.

- ¹⁶⁰ *Id.*

- ¹⁶¹ Conservation d'un échantillon sanguin à cette fin, par exemple.

- ¹⁶² En Belgique, le tribunal a permis d'exhumer le corps d'un défunt et de faire les prélèvements nécessaires pour un éventuel test d'ADN dans une action en filiation (Tribunal civil de Liège, précité, note 137) .

Au Canada, dans *Lee v. Horne*, [1993] B.C.J. No.1894, le tribunal décida d'utiliser un échantillon sanguin prélevé à des fins médicales lors du dernier séjour à l'hôpital du défunt

personnes se trouvant dans le coma et qui n'ont guère d'espoir d'en sortir¹⁶³. Ces différents exemples et l'exigence de multiples conditions démontrent le cadre et les limites d'admissibilité de la preuve génétique, problèmes auxquels il faut rajouter celui de la force probante dans la preuve en matière de filiation.

II. LA FORCE PROBANTE DE LA PREUVE GÉNÉTIQUE EN MATIÈRE DE FILIATION

L'évaluation de la force probante de la preuve génétique doit tenir compte premièrement de la valeur probante intrinsèque de la preuve d'ADN (A) et deuxièmement de la hiérarchie des preuves et des concepts juridiques (B). Elle doit de plus considérer la force probante indirecte que suscite la preuve génétique telle que l'inférence négative tirée d'un refus de subir le test (C), l'ouverture de la preuve testimoniale (D) et l'élimination de moyens de défense (E).

(A) La valeur probante de la preuve d'ADN

Le profil génétique ne peut être considéré comme une preuve concluante que s'il est appuyé par des analyses statistiques comparatives. En effet, un profil génétique pouvant être présent chez 70% de la population n'aura pas la même valeur probante qu'un profil présent chez seulement 2% de cette même population. Or, l'image obtenue pour chaque individu par la preuve d'ADN est d'une extrême spécificité¹⁶⁴ et justifie, en partie du moins, le fait que le test d'ADN est

pour déterminer si ce dernier était effectivement le père des demandeurs qui avaient été exclus du testament. Le test génétique révéla qu'aucun des quatre demandeurs n'était le fils du défunt.

¹⁶³ En Belgique, le tribunal a ordonné de procéder à un prélèvement sanguin pour conserver une preuve utile lors d'une éventuelle action en filiation alors que l'individu se trouvait dans un profond coma et ne pouvait, par conséquent, donner son consentement (Bruxelles (9e ch.), 31 octobre 1991), précité, note 137.

¹⁶⁴ Voir *supra*, section sur l'aspect technique de la preuve d'ADN.

définitivement reconnu comme ayant une valeur probante exceptionnelle. Certaines politiques internes stipulent d'ailleurs, qu'un test d'ADN doit être effectué si les tests conventionnels obtiennent une probabilité inférieure à 97%¹⁶⁵ ou s'il ne sont pas significatifs¹⁶⁶. De la même manière, certains tribunaux ont ordonné qu'il soit procédé à un test d'ADN lorsqu'un test conventionnel a été jugé non convaincant¹⁶⁷. Cette force incriminante de la preuve d'ADN a souvent pour conséquence directe d'inciter la partie défavorisée à abandonner sa cause devant les tribunaux¹⁶⁸, les tests d'ADN permettant désormais d'établir la non-filiation avec certitude et la filiation avec une quasi-certitude. Est-ce à dire que le test d'ADN conditionne nécessairement et pour autant l'établissement de la filiation indépendamment d'autres facteurs?

(B) La subordination de la preuve d'ADN

Malgré le fait que la preuve d'ADN soit particulièrement convaincante, il n'en demeure pas moins qu'elle sera délibérément écartée devant des enjeux supérieurs. Deux considérations importantes permettent de faire fi de la vérité biologique, à savoir l'intérêt de l'enfant et le jugement en équité.

¹⁶⁵ Voir par exemple au Canada: Vancouver General Hospital, politique interne.

¹⁶⁶ En Grande-Bretagne: *The Human Organ Transplants (Establishment of Relationship) Regulations* (SI 1989/2107).

¹⁶⁷ En Common law canadienne: *C.S. v. V.L.*, [1992] précité, note 139, 6-8; *Parkin v. MacMillan*, [1990], précité, note 139, 5.

En Belgique: Liège (1re ch.), 19 décembre 1989, précité, note 137.

¹⁶⁸ Au Canada, dans *Leary v. Schlamp*, précité, note 90, 3, le test génétique inclut à 99.42% le défendeur comme père biologique. Devant ce résultat, le défendeur abetonna la contestation en paternité.

Le nombre de jugements, citant les résultats d'un test d'ADN, est tellement faible comparé au nombre de jugement ordonnant le test, que l'on peut certes conclure que beaucoup de ces cas se sont réglés hors Cour. Par ailleurs, le nombre de tests d'ADN effectués dans les différents laboratoires laisse croire que la plupart des conflits ne franchissent même pas le seuil de la voie judiciaire.

Aujourd'hui, toutes les décisions concernant un enfant doivent être prises dans son intérêt et dans le respect de ses droits¹⁶⁹. On doit alors prendre en considération, outre les besoins moraux, intellectuels, affectifs et physiques de l'enfant, son âge, sa santé, son caractère, son milieu familial et les autres aspects de sa situation. Ces différents critères d'ailleurs sont également utilisés en common law¹⁷⁰. Ces facteurs devront donc être analysés tant par les tribunaux (faisant face à une requête pour faire ordonner un test d'ADN) que par le représentant de l'enfant qui devra donner son consentement au prélèvement sanguin. D'autres facteurs peuvent également être pris en considération tels que les enjeux financiers, l'information médicale (incluant le risque de maladie génétique), le sain développement psychologique et sociologique de l'enfant, l'effet de l'établissement du lien de filiation sur l'enfant, ou encore le besoin de continuité dans les relations¹⁷¹. De plus, dans certains cas, si l'enfant est en âge de comprendre la situation, le tribunal est tenu de lui donner la chance de se faire entendre¹⁷², sauf s'il est contraire à l'intérêt de l'enfant d'avoir connaissance de ses origines¹⁷³. Dans ce cas, le tribunal serait mal venu d'interroger l'enfant au sujet de sa filiation surtout si le *statu quo* apparaît finalement comme la meilleure solution pour l'enfant. Certains législateurs n'ayant pas, quant à eux, explicitement subordonné les actions visant des enfants à l'analyse de leur meilleur intérêt, les tribunaux ne sont donc pas obligés d'intégrer cet aspect dans leur décision¹⁷⁴. Par leur

¹⁶⁹ *Convention internationale relative aux droits de l'enfant* (Assemblée générale des Nations Unies, Résolution A/44/25, adoptée le 20 décembre 1989), articles 2 et 3.

¹⁷⁰ Aux États-Unis: *In re Marriage of Ross*, précité, note 159.

¹⁷¹ K. BLOMQUIST-SHINN, *loc. cit.*, note 159, 118.

¹⁷² Au Québec, art. 34 *Code civil du Québec*.

¹⁷³ En common law canadienne: *Kellar c. Burke*, [1989] O.J., no 656, 8; *Higgins v. Reid*, [1990] N.B.J. No. 149; *D.H. c. D.W.*, précité, note 126, 11.

Aux États-Unis: *In re Marriage of Ross*, précité, note 159.

intervention ou au contraire par leur abstention, les législateurs cherchent souvent à protéger les enfants et la paix des familles¹⁷⁵ en reconnaissant la réalité sociale de la filiation, au prix d'une «aberration biologique», en s'appuyant sur des fictions juridiques¹⁷⁶. Ainsi, par exemple on n'hésite pas à considérer que : «L'état civil de l'enfant ne sera peut-être pas conforme à la vérité biologique mais les dispositions (législatives) relatives à la filiation n'ont pas pour seul but de faire triompher la vérité biologique»¹⁷⁷. Dans la majorité des cas cependant, la décision est en fait laissée à la discrétion du juge.

Les actions en filiation se jugent traditionnellement par prépondérance de preuve¹⁷⁸. Le résultat d'un test sanguin constitue donc souvent un des éléments de preuve (même si sa valeur probante est très élevée) que le juge doit étudier au même titre que la preuve documentaire et testimoniale pour déterminer la probabilité et la vraisemblance de la filiation¹⁷⁹. Au-delà du principe, il s'avère que la grande majorité des jugements conclut souvent dans le même sens que les résultats des tests, que ceux-ci soient conventionnels ou d'ADN. Alors que la

¹⁷⁴ Aux États-Unis: au Minnesota, *Spaeth v. Warren*, (1991) 478 N.W.2d 319.

¹⁷⁵ J. PINEAU, *La famille. Droit applicable au lendemain de la «Loi 89»*, Montréal, Presses de l'Université de Montréal, 1982, p. 268.

¹⁷⁶ Exception faite de l'Allemagne qui privilégie la vérité biologique, voir G.J. ANNAS, *loc. cit.*, note 98, 71.

¹⁷⁷ Au Québec: *Droit de la famille-989*, précité, note 100.

¹⁷⁸ Généralement devant un juge seul en première instance mais quelquefois devant un jury à la demande d'une partie à l'action. Voir aux États-Unis: Utah C. A. 1953, § 78-45a-6.5 et Kentucky R. S., § 406.061.

¹⁷⁹ Au Québec: *Droit de la famille-102*, [1984] C.S. 83, 91.

En Common law canadienne: *B.D.H. v. J.L.R.*, [1993] O.J. No.2345, 9; *Hardie v. Hardie*, précité, note 131, 15 et *E.(M.A.) v. L.(C.)*, précité, note 130, 17.

Aux États-Unis: *Debra L. v. William J.*, 1993 N.Y. App. Div. LEXIS 2271 (App. Div. 1993).

force probante des tests pour une exclusion de filiation semble unanime¹⁸⁰, une certaine confusion semble régner quant à leur force probante eu égard à l'inclusion de filiation. Certains juges se rallieront aux résultats des tests, alors que d'autres préféreront juger en équité plutôt que de suivre la logique scientifique suggérée par les résultats des tests¹⁸¹. Dans ce dernier cas, ces décisions rendues écartent sciemment la vérité biologique, et attestent du pouvoir discrétionnaire des

¹⁸⁰ Au Canada, aucun cas d'exclusion n'a été renversé par les tribunaux.

Aux États-Unis, certaines dispositions législatives forcent les tribunaux à respecter les cas d'exclusion. Voir: Kentucky R.S. ; Mississippi Code 1972; 19 Maine R.S.A.; Rhode Island Gen. Laws 1956; Utah C.A. 1953.

¹⁸¹ Il semble, selon la jurisprudence canadienne, que les probabilités inférieures à 95% (obtenues par des tests HLA conventionnels) doivent être appuyées par l'ensemble de la preuve pour être considérées comme concluantes (*D.P.D. v. J.A.K.* précité, note 139, 6; *Bauman v. Kovacs*, [1989] B.C.J., no 18, 30-33.). L'on pourrait donc s'attendre à ce que toutes les décisions, rendues dans des cas de filiation présentant des probabilités d'inclusion supérieures à 95%, soient en accord avec les résultats des tests. Ce n'est cependant pas le cas. Certains jugements ont conclu à l'encontre du test pour faire primer le témoignage des parties. En common law canadienne, dans *Re Ledyit et Alford*, (1985) 53 O.R. (2d) 311, 6), la Cour ontarienne déclare que le présumé père n'est pas le père naturel de l'enfant malgré un test sérologique traditionnel démontrant à 99.8% (selon *E.(M.A.) v. L.(C.)*, précité, note 133, 17) qu'il était effectivement le père biologique. Selon le juge, le témoignage de la mère était plus crédible que celui du présumé père. Les résultats du test sanguin étant inconsistants avec les preuves devant lui, il les rejeta au motif qu'ils ne constituaient pas une preuve absolue mais seulement un élément de la preuve du défendeur. La même situation s'était produite dans *Jonk v. Valleau* (cité dans *Re Ledyit et Alford*, (1986) 58 O.J., no 1226, 2) où le tribunal avait jugé à l'encontre d'un test sanguin à très forte probabilité. Dans *McIntosh v. Eccles* ([1987] O.J., no 1804, 5) et dans *M.(I.K.) v. D.(P.L.)* ((1987) D.R., no 1572-86 (cité dans *E.(M.A.) v. L.(C.)*, précité, note 130, 17), les juges, s'appuyant sur *Re Ledyit et Alford* rendent leur verdict à l'encontre de la preuve sanguine qui démontrait avec une probabilité de 99.1% et 98.7% respectivement que le défendeur était le père biologique. Les juges soutiennent que le test est inconsistant avec le témoignage oral des parties.

Aux États-Unis, le même phénomène peut se produire lorsque le juge décide d'appliquer la doctrine des contraintes d'équité (equitable estoppel). Par exemple, la Cour a conclu à l'encontre d'un test de filiation (HLA) qui établissait la probabilité de paternité à 99.85% en vertu de cette doctrine. Cette doctrine peut être utilisée si l'une des conditions suivantes est présente: 1) une partie à l'action a erronément établie sa filiation; 2) la partie savait ou devait savoir la vérité quant à sa filiation; 3) l'erreur a été commise délibérément; 4) une autre partie a succombé, d'une façon raisonnable, à la méprise; 5) il en a résulté un préjudice pour l'autre partie (*Purificati v. Paricos*, 154 A.D.2d 360, 545 N.Y.S.2d 837 (1989). Au Mississippi, un homme fut déclaré ne pas être le père biologique d'un enfant malgré un test HLA montrant qu'il était le père à 99.60%. Le jury a considéré qu'une attente de 12 ans pour intenter une action en filiation ainsi que le peu de contact que la mère et le défendeur avaient eu durant cet période étaient des preuves suffisantes pour repousser la preuve sanguine (*Chisolm v. Eakes*, 573 So.2d 764, Miss. 1990).

juges en la matière qui débouchent sur des jugements, quoique probablement fondés en équité, mais sans assise scientifique¹⁸².

Un sentiment général ressort de l'analyse des jugements en matière de filiation: les juges trouvent souvent dans le test scientifique un motif convaincant appuyant leur décision. Ainsi, en cas d'incertitude de la part du juge quant à l'issue du procès, le test pourra certainement être utilisé pour trancher la question. Toutefois, si la Cour décide de rendre un jugement en équité, le test de filiation, aussi précis ou concluant soit-il, sera simplement écarté. Le poids accordé à la preuve génétique varie donc souvent avec le juge siégeant au tribunal et les circonstances du cas en litige. Afin de limiter ou d'encadrer ce pouvoir discrétionnaire des juges, de nombreux états américains n'ont pas hésité à instaurer une présomption de paternité, dès lors que les résultats du test de filiation dépassent un certain taux de probabilité¹⁸³.

¹⁸² Le phénomène n'est pas nouveau puisque la Cour suprême de Californie a conclu dans *Arias v. Kalensnikoff*, 74 P.2d 1043, 1047 (Cal. 1937) qu'un test sanguin ABO qui excluait un père présumé n'était pas décisif et devait être évalué avec le reste de la preuve laquelle supportait amplement la thèse de la paternité. Cette décision fit dire à la presse américaine que: «California has in effect decided that black is white, two et two are five, et up is down.» *Boston Herald*, avril. 19, 1945, cité dans E. D. SHAPIRO, S. REIFLER, C. PSOME, *loc. cit.*, note 17, 22.

¹⁸³ Aux États-Unis: au Minnesota, le législateur précise qu'une probabilité d'inclusion de 92%, ou plus, force le prétendu père à versé une pension temporaire à l'enfant en attendant la décision finale du juge quant à sa paternité. Si la probabilité d'inclusion est de 99%, l'individu est présumé le père de l'enfant et la partie qui s'oppose à cette présomption doit le démontrer par une preuve claire et convainquante (Minnesota S.A., § 257.55 (1991) et 19 Maine R.S.A., où la probabilité doit être de 97% et plus). La paternité est également présumée à 99% au Michigan et le fardeau de preuve est alors transmis à l'autre partie (Michigan Comp. Stat. Ann., § 722.716 (1991)). Au Wyoming, le législateur stipule qu'un taux de probabilité d'inclusion inférieur à 97% doit être admis comme preuve mais au même titre que les autres preuves au dossier. Toutefois, si ce taux est de 97% ou plus, l'individu est présumé le père de l'enfant et la présomption ne peut être réfutée que par une preuve claire et convainquante (Wyoming Stat., § 14-2-109 (1991)).

Voir aussi: California Evid. Code § 895.5 (Deering 1992); Illinois Rev. Stat. ch. 40, para. 2511 (1991) Colorado Rev. Stat. § 19-4-105 (1991); Ohio Rev. Code Ann. § 3111.03 (Etersson 1992); Montana Code Ann. § 40-5-234 (1992); Florida Stat. ch.742.12 (1991); Georgia Code Ann., § 53-4-4 (1992); New Hampshire Rev. Stat. Ann., § 522:4 (1991); New Mexico Stat. Ann., § 40-11-5 (Michie 1992); Texas Fam.

Mais quelles conséquences les tribunaux tireront-ils du refus de l'une des parties de se soumettre à un test qui semble tellement convaincant pour établir la filiation? Telle est la question soulevée par l'inférence négative tirée du refus de se soumettre au test d'ADN.

(C) L'inférence négative tirée du refus de se soumettre au test d'ADN

La force probante de la preuve d'ADN découle également de la preuve indirecte que l'on peut en déduire. Plusieurs législateurs ont, à cet égard, adopté des mesures permettant à leurs tribunaux de tirer une inférence négative d'un refus de subir un test sanguin¹⁸⁴. Avec les années, la jurisprudence a établi une distinction entre les motifs permettant de tirer une inférence négative et ceux qui justifient la légitimité du refus de se soumettre à un test sanguin. Ainsi, les tribunaux peuvent tirer une inférence négative s'ils sont en présence d'un refus 1)

Code Ann., § 13.06 (West 1992); Utah Code Ann., § 78-45a-10 (Mitchie 1992); Wisconsin Stat., § 767.48 (1989-1990).

¹⁸⁴ En Grande-Bretagne: *Family Law Reform Act* 1969, s. 23.

Au Queensland: *Status of Children Act* 1978, No 30, s.11 [cf. Cwth. s. 99 et Tas. s. 10].

Au Canada: en Alberta, *Family et Domestic Relations Statutes Amendment Act*, S.A. 1991, c.11, art.69(5) et *Parentage et Maintenance Act*, S.A. 1990, c.P-0.7, art.13; en Saskatchewan, *Children's Law Act*, S.S. 1990, c.C-8.1, art.48(3); au Manitoba, *Family Maintenance Act*, R.S.M. 1987, c.F20, art.21(3); en Ontario, *Children's Law Reform Act*, R.S.O. 1990, c.c.12, art.10(3); au Nouveau-Brunswick, *Child et Family Services et Family Relations Act*, R.S.N.B. 1980, c.C-2.1, art.110(4); en Nouvelle-Écosse, *Family Maintenance Act*, R.S.N.S. 1989, c.160, art.27(2); à l'Île-du-Prince-Édouard, *Child Status Act*, R.S.P.E.I. 1988, c.C-6, art.10(3); Terre-Neuve, le *Children's Law Act*, R.S.N. 1990, c.C-13, art.8(3).

En France: l'art. 11 du *Nouveau Code de procédure civile* permet de tirer toute conséquence incluant une présomption défavorable du refus de se soumettre à un test sanguin. Les tribunaux demeurent souverains dans l'appréciation de la valeur de la présomption (Civ. 1re, 2 avr. 1968, *D.* 1968. 705, note Rouast; *J.C.P.* 1969. II. 15785, note Mourgeon).

Au Québec: même s'il n'y a pas de dispositions législatives à cet effet, les plus récents jugements, *Droit de la famille-1059*, précité, note 125 et *Droit de la famille-1859*, précité, note 90, adoptent également cette position.

non justifié¹⁸⁵ ou sans explication raisonnable¹⁸⁶, 2) motivé par l'atteinte corporelle¹⁸⁷, ou 3) donné dans le but d'éviter une preuve potentiellement incriminante¹⁸⁸. Par contre, ils n'ont jamais voulu tirer une inférence négative d'un refus 1) fondé sur le fait que la présomption de paternité du mari n'avait pas été repoussée avec succès¹⁸⁹, 2) donné par un représentant légal¹⁹⁰, 3) donné dans l'exercice d'un droit fondamental¹⁹¹ ou 4) qui avait pour effet de désavantager un enfant¹⁹². De la même façon, d'autres motifs tels que la peur d'être contaminé par le virus du SIDA lors du prélèvement sanguin ou les croyances religieuses ont été admis pour justifier le refus de se soumettre à un test sanguin¹⁹³. Par ailleurs, on s'accorde également à dire qu'il n'y a pas d'inférence négative dans des situations de renversement de la preuve où le défendeur, par son refus, se prive lui-même d'une preuve d'exonération. Ainsi donc, une personne peut choisir de ne pas se conformer à l'ordre de la Cour sans encourir, généralement, de sanction légale explicite. Cependant son refus, s'il n'est pas raisonnablement justifié, peut être

185 En Common law canadienne: *P.(L.) v. J.(W.)*, [1989] N.B.J., no 619, 5.

186 Au Québec: *Droit de la famille-1859*, précité, note 90, 2310.

En Common law canadienne: *TTT, An Infant*, [1980] B.C.D. Civ. 1521-03, 4; *L.G.S. v. G.H.*, [1993] B.C.J. No.1595, 6.

En Grande-Bretagne: *Family Law Reform Act 1969*, s. 23.

187 En common law canadienne: *Crow v. McMynn*, [1989] B.C.J., no 1233, 30.

188 En common law canadienne: *Adey v. Simon*, [1992] N.B.J., no 616, 3.

189 En common law canadienne: *D.H. c. D.W.*, précité, note 126, 11.

190 Au Canada, dans *Francis v. Robertson* ([1987] O.J., no 1513, 19), le défendeur se retrouve dans le coma après un accident d'automobile. Étant donné la situation, le juge du procès refuse de tirer une inférence négative du refus de passer le test sanguin donné au nom du présumé père par ses représentants légaux.

191 Au Canada, dans *L.(T.W.) v. K.(L.)* ([1986] B.C.J., no 2850, 10), la Cour refuse de tirer une inférence négative d'un refus parce qu'elle ne trouve pas déraisonnable que quelqu'un s'oppose au test en vertu de la Charte canadienne.

192 Au Canada: *Z. (T.) v. W. (A.L.)*, précité, note 126, 100.

193 A. GRUBB et D. S. PEARL, *Blood Testing, AIDS et DNA Profiling: Law et Policy*, Family Law, Jordan et Sons Ltd, Bristol (1990), 180.

perçu par le tribunal comme un signe de culpabilité. Dans ce cas, certains états américains, plus catégoriques, ont édicté que la Cour peut ou doit alors établir le lien de filiation contre la partie qui refuse de se soumettre au test de filiation¹⁹⁴ et qu'elle peut émettre un jugement par défaut ou encore divulguer le refus s'il n'est pas justifié par une cause raisonnable¹⁹⁵. Le refus de se soumettre à un test n'est donc pas nécessairement sans effet, y compris sur le terrain de la preuve testimoniale.

(D) La preuve matérielle donnant ouverture à la preuve testimoniale

Quelquefois, la preuve d'ADN et l'inférence négative tirées d'un refus peuvent jouer un rôle déterminant au niveau des moyens de preuve admissible lors d'un procès en filiation. Dans le premier cas, la preuve d'ADN sera toujours considérée comme un commencement de preuve rendant automatiquement admissibles les témoignages. Dans le second cas, si le refus est considéré comme une présomption de fait, il pourra également permettre l'ouverture de la preuve testimoniale qui était peut-être jusque là inadmissible, faute de faits¹⁹⁶. Cette existence de la preuve d'ADN peut également, *a contrario*, jouer sur le terrain des moyens de défense de celui qui s'y soumet.

(E) L'élimination de moyens de défense

Les moyens de défense typiquement utilisés, en matière de paternité tout particulièrement, se résument principalement à invoquer : 1) les présomptions de

¹⁹⁴ Aux États-Unis: Louisiana Revised Statute § 9:396; 19 Maine R.S.A.; Mississippi Code 1972; Utah C.A. 1953.

¹⁹⁵ Aux États-Unis: Michigan Comp. Laws Ann. § 722.716.

¹⁹⁶ Au Québec: art. 533 du *Code civil du Québec*.

filiation et les délais d'action; 2) l'absence physique du présumé père au moment et/ou au lieu de la conception de l'enfant et, 3) la présence de plusieurs géniteurs potentiels à cette période. Ce dernier argument pourra désormais être éliminé, dans bien des cas, par la preuve d'ADN puisque ces «géniteurs potentiels», s'ils sont clairement identifiés et consentants, pourraient toujours se disculper ou aider à inculper le défendeur en subissant eux-mêmes un test de filiation¹⁹⁷. Si ces tierces personnes sont exclues par le test, la balance des probabilités augmente alors contre le défendeur.

III CONCLUSION DE LA DEUXIÈME PARTIE

L'identification génétique représente, donc actuellement, la preuve la plus efficace et la plus convaincante pour qui veut connaître la vérité biologique en matière de filiation. Différentes entraves juridiques se dressent néanmoins sur la voie de cette vérité biologique. Comme le souligne J. -C. Galloux :

*«le droit accorde des effets déterminants à d'autres éléments tels que la volonté, la reconnaissance sociale ou l'écoulement du temps... la réalité construite par le droit n'est pas le calque de la réalité biologique et dans cette mesure il en limite nécessairement l'importance.»*¹⁹⁸

Nous possédons aujourd'hui les outils nécessaires pour révéler avec une quasi-certitude nos liens de filiation. La décision de s'en servir ou non repose désormais sur un choix de société. Certains ont décidé de considérer la preuve d'ADN

¹⁹⁷ Au Canada, dans *C.H. v. W.H.*, [1993] O.J. No.3253, Monsieur H., le défendeur, refusait de passer un test de filiation et accusait Monsieur B. d'être le père naturel de l'enfant. Un test sanguin élimina cette dernière possibilité et Monsieur H. fut condamné.

¹⁹⁸ J.-C. GALLOUX «L'empreinte génétique: la preuve parfaite?», (1991) 12 *La semaine juridique* 104, 107.

comme une preuve absolue, d'autres la voient plutôt comme un simple élément additionnel de preuve. Alors que d'aucuns favorisent l'utilisation de la preuve d'ADN, d'autres la restreignent à des cas bien précis. Que l'on adopte un système ou l'autre, le choix devra être raisonné et sans équivoque, et devra particulièrement éviter les nombreux écueils, tant biologiques que juridiques. Il semble toutefois clair que la puissance des tests d'ADN obligera dorénavant les tribunaux, si le législateur reste silencieux, à trancher clairement entre la filiation sociale et la filiation biologique. Les juges qui choisiront d'ordonner un test d'ADN devront être conscients de l'extrême crédibilité de cette preuve. Toutefois, il existera toujours, dans certaines circonstances, des motifs sérieux qui justifieront un jugement en équité allant à l'encontre des résultats du test.

Quoiqu'il en soit, un cadre plus strict reste à établir, dans plusieurs pays, concernant l'admissibilité des preuves d'ADN devant les tribunaux. Un point semble cependant d'ores et déjà assuré: le potentiel discriminant des tests d'ADN risque de les amener à remplacer graduellement les tests de filiation conventionnels. Dans l'état actuel du droit, il serait surprenant que la justice se prive d'une preuve d'une qualité supérieure, lorsque celle-ci est disponible, surtout dans les causes portant sur le paiement d'une pension alimentaire. De plus, l'aspect dissuasif qu'engendre l'efficacité des tests d'ADN sur les poursuites injustifiées pourrait contribuer à réduire les coûts judiciaires dans la mesure où les tribunaux ou le législateur décideront de valoriser la vérité biologique au détriment souvent de la paix familiale et des intérêts affectifs de l'enfant.

CONCLUSION : L'AVENIR DE L'IDENTIFICATION GÉNÉTIQUE

Dans la recherche de la vérité absolue, on oppose souvent les bénéfices des analyses génétiques (notamment efficacité, gains économiques, sécurité publique, etc.) aux risques du non-respect des droits fondamentaux (notamment intégrité, vie privée, sécurité de la personne, etc.). Face aux problèmes soulevés par l'identification génétique, certains pays ont d'ores et déjà pris position, mais de manière souvent parcellaire et purement préventive (A), or désormais, c'est beaucoup plus une approche unitaire et compréhensive qui nous semble nécessaire (B), afin d'une part de reconnaître la légitimité des analyses génétiques et, d'autre part, de s'assurer du respect des droits de la personne.

(A) Un constat : l'approche parcellaire et préventive

Le caractère particulier des analyses génétiques a amené certains pays¹⁹⁹ à adopter des législations spécifiques ou à recourir à certaines dispositions de droit commun afin d'encadrer l'admissibilité des tests d'ADN tant dans le domaine du droit pénal que de celui de la filiation, afin de prévenir certains écueils et assurer un certain contrôle de qualité des tests.

¹⁹⁹ C'est principalement aux États-Unis et en Grande-Bretagne qu'on trouve ces textes spécifiques. Aux États-Unis, 8 états sont répertoriés (les États de l'Indiana, de la Louisiane, du Maryland, du Minnesota, du Nevada, du Tennessee, de la Virginie et du Wisconsin); en Grande-Bretagne, le *Police et Criminal Evidence Act* de 1984 régit, dans les procédures criminelles, les prélèvements d'échantillons non intimes sans le consentement du suspect mais avec l'autorisation d'un superintendant alors que les prélèvements intimes ne peuvent être faits qu'avec le consentement du suspect. Un refus peut donc être accepté, mais avec une bonne justification. Dans le domaine de la filiation, en Grande-Bretagne, le *Family Law Reform Act* de 1987 (au 20 octobre 1993, la section 23 de cette loi n'était pas encore en vigueur) autorise le prélèvement d'échantillons de sang sur les parties au procès ainsi que l'utilisation des tests scientifiques à la demande des parties. Ces tests peuvent être utilisés pour déterminer la parenté, la paternité et la reconnaissance de maternité. En Colombie-Britannique, dans les *Provincial Court (Family) Rules*, la Rule 10 a été révisée le 1er avril 1993 pour inclure les tests d'ADN (ordonnance du tribunal possible et admissibilité).

En droit pénal, des procédures d'encadrement ont été mises en place en termes de contrôles de la qualité du test utilisé, de statistiques de probabilité et de respect des droits fondamentaux de l'individu. Certains états américains sont intervenus afin d'encadrer le prélèvement d'échantillons de sang en vue de l'identification génétique²⁰⁰, en le rendant par exemple obligatoire pour les personnes reconnues coupables d'agressions sexuelles, de meurtres, c'est-à-dire de crimes graves. De même, en matière de collecte des échantillons, certains pays reconnaissent que des prélèvements sanguins peuvent être ordonnés, y compris à des tiers, dès lors que cela est indispensable à la «constatation des traces ou des suites de l'infraction et qu'il n'y a pas d'autre façon envisageable de procéder»²⁰¹. Enfin, d'autres pays quant à eux, agissent sur le terrain de la protection des droits de l'individu²⁰².

À l'exclusion des États-Unis, de la Grande Bretagne et de la Suisse, la législation demeure rare dans le domaine pénal. La situation est sensiblement la même dans le domaine de la filiation, même si parfois certaines règles sont déjà requises.

²⁰⁰ C'est toujours aux États-Unis dans les états de l'Arizona, la Californie (ici, la législation est intégrée au Code pénal, voir l'article 290.2), le Colorado, la Floride, la Georgie, l'État d'Hawaii, l'Illinois, l'Indiana, l'Iowa, le Kansas, le Kentucky, le Michigan, le Minnesota, le Missouri, le Nevada, l'Oklahoma, l'Oregon, le Dakota du Sud, le Tennessee, la Virginie, l'État de Washington, le Wisconsin.

²⁰¹ C'est le cas de la Suisse: voir P.-H. BOLLE, *loc. cit.*, note 81, 356.

²⁰² En France, la *Loi du 6 janvier 1978 sur l'informatique et les libertés* préserve la sécurité des informations et empêche de les communiquer à des tiers non autorisés; aux Pays-Bas, cette protection se retrouve dans la loi du 8 décembre 1988.

Ainsi, devant la contestation du test d'ADN²⁰³ et suite à une pléiade de critiques issues tant du monde scientifique²⁰⁴ que juridique²⁰⁵, plusieurs états américains²⁰⁶ exigent que les laboratoires soient reconnus par des associations scientifiques telles que *International Society for Forensic Haemogenetics*, *United States National Academy of Sciences* et *l'American Association of Blood Banks*²⁰⁷ ou du moins qu'ils appliquent la méthodologie reconnue par ces dernières²⁰⁸. D'autres pays requièrent que l'expert devant effectuer le test soit nommé par le juge ou par le secrétaire d'État²⁰⁹, tandis qu'une minorité a opté pour la création de comités scientifiques gouvernementaux, afin d'évaluer la méthodologie et les fondements interprétatifs des résultats des laboratoires

²⁰³ En précisant cependant que de pures conjectures ne suffisent pas pour attaquer la validité de ces tests (En Illinois: *Breese v. Dewey*, 4 Dist.; Ill.Dec. 490, 584 N.E.2d 924; 223 Ill.App.3d 356 (1991)).

²⁰⁴ E. S. LETER, «DNA Fingerprinting on Trial», (1989) 339 *Nature*, 501; D. L. BURK, «DNA Fingerprinting: Possibilities et Pitfalls of a New Technique», (1988) 28 *Jurimetrics J.* 455; OTA, *op. cit.*, note 1.

²⁰⁵ R. J. RICHARDS, *loc. cit.*, note 92, 609; D. L. BURK, *ibid.*, 465.

Aux États-Unis, la Cour a refusé à quelques occasions la preuve d'ADN (voir MORGAN, L.W., *loc. cit.*, note 145).

En common law canadienne, un juge albertain a émis certains doutes quant à la validité des tests HLA et d'ADN et a refusé de les ordonner (*D.D.S. v. R.H.*, précité, note 131).

Au Québec, un juge dissident, dans *Droit de la famille-1859*, précité, note 90, 2319, s'interroge également sur l'efficacité réelle des tests d'ADN.

²⁰⁶ Aux États-Unis: Minnesota, S.A.; Michigan, Comp. Stat. Ann. § 722.716.

²⁰⁷ C. RITTNER, U. SCHACKER, G. RITTNER et P.M. SCHNEIDER, «DNA Polymorphism in Paternity Testing: Chances, Risks et Strategies», (1989) 4 *Biotech. Bull.* 27.

²⁰⁸ Aux États-Unis: Kentucky, R.S.

²⁰⁹ En Grande-Bretagne: le *Family Law Reform Act* 1969, s.22.

Au Queensland: *Status of Children Act* 1978, No.30, s.11 [cf. Cwth. s. 99 et Tas. s. 10].

Aux États-Unis: Kentucky R.S.; 19 Maine R.S.A.; Mississippi Code 1972; Rhode Island Gen. Laws 1956; Utah C.A. 1953.

En Belgique: *Code judiciaire*, art. 965 et ss. (cf. Tribunal civil de Liège, précité, note 137, 32; également dans Tribunal civil de Namur, 2 décembre 1992, *Jurisprudence de Liège*, Mons et Bruxelles 1993, 593).

désireux d'obtenir l'agrément nécessaire pour présenter leurs résultats de tests de l'ADN devant les tribunaux²¹⁰. D'autres encore ont instauré un système de normes auquel les établissements désirant oeuvrer dans le domaine de la génétique humaine doivent répondre²¹¹. Enfin, aux États-Unis, il semble que le test ne puisse être admissible en Cour que si : 1) les échantillons (sang ou autre) des parties sont dûment authentifiés et transmis avec précaution et diligence d'un intervenant à l'autre tout au long de la procédure, ce que d'aucuns appellent «the proper chain of custody»; 2) l'utilisation d'une méthodologie adéquate est démontrée; 3) l'exactitude du test est prouvée. Ces critères incluent la qualification du laboratoire et de son personnel ainsi que la qualité de l'échantillon²¹².

Instruments minimalistes, les réformes actuelles présentent pour l'essentiel l'intérêt de veiller aux abus éventuels en instaurant un contrôle technique et une procédure préventive. Elles présentent par contre l'inconvénient de demeurer parcellaires et purement préventives et rendent donc souhaitable l'émergence d'un corpus normatif qui, tout en favorisant une conception unitaire des tests d'identification génétique, favoriserait une approche compréhensive de la personne.

²¹⁰ En 1989, le laboratoire Cellmark Diagnostics a été accrédité par le gouvernement d'Angleterre et son personnel licencié par le Home Office pour effectuer les tests sanguins. Voir R. COLLINS et A. MACLEOD, *loc. cit.*, note 91, 214.

²¹¹ En Belgique: *Arrêté royal du 14 décembre 1987* tiré du projet du sénateur Philippe MONFILS.

En Grande-Bretagne: le *Blood Tests (Evidence of Paternity) Amendment Regulations 1971* (S.I. 1971/1861) tel qu'amendé par (S.I. 1989/776) et le *Magistrates' Courts (Blood Tests) Rules 1971* (S.I. 1971/1991) énoncent les directives à suivre tant pour la personne recueillant l'échantillon de sang que pour le scientifique responsable d'effectuer le test.

²¹² Voir L.W. MORGAN, *loc. cit.*, note 145, 92 pour un panorama de la jurisprudence américaine. P. DEBENHAM, *loc. cit.*, note 52, 37.

(B) Une proposition : une conception unitaire et compréhensive

Comme dans d'autres domaines de la génétique humaine, plusieurs commissions, groupes de travail et comités²¹³, «phares législatifs» tout autant que «fora de réflexion éthique», se sont penchés sur la problématique des tests

²¹³ Le Conseil National Américain pour la recherche a émis en 1992 un rapport concernant la preuve d'ADN (NATIONAL RESEARCH COUNCIL, Committee on DNA Technology in Forensic Science, *DNA in Forensic Science*, National Academy Press, Washington, (1992)), *op. cit.*, note 40; Ce fut de même pour le Conseil de l'Europe (CONSEIL DE L'EUROPE, Comité des ministres, *Recommandation N° R (92) 1* sur l'utilisation des analyses de l'acide désoxyribonucléique (ADN) dans le cadre de la justice pénale, Strasbourg).

Au Canada deux instances ont aussi émis des recommandations. Ce sont: en 1984 la COMMISSION DE RÉFORME DU DROIT DU CANADA, document de travail 34, *Les méthodes d'investigations scientifiques*, et en 1992 le Commissaire à la protection de la vie privée, *Le dépistage génétique et la vie privée*, Ministère des approvisionnements et Services Canada, Ottawa, 1992, 50-59.

En France, le projet de loi n° 2599 (*Projet de loi relatif au corps humain et modifiant le code civil*, JO, doc., Assemblée Nationale, 1992, n° 2599, 13-15) s'est inspiré des avis du Comité Consultatif National d'Éthique (COMITÉ CONSULTATIF NATIONAL D'ÉTHIQUE POUR LES SCIENCES DE LA VIE ET DE LA SANTÉ, *Avis relatif à la diffusion des techniques d'identification par analyse de l'ADN (technique des empreintes génétiques)*, Paris, 15 décembre 1989 et *Avis relatif à l'application des tests génétiques aux études individuelles, études familiales et études de populations* (problème des banques d'ADN de cellules et de l'informatisation des données, Paris, 24 juin 1991).

En Belgique, en 1993, la proposition de loi sur certains aspects de la bioéthique, encore appelé Proposition Monfils a consacré son chapitre 4 à l'encadrement des «tests et empreintes génétiques».

Le Ministère de la justice allemand a présenté en 1989 un projet de modification du code de procédure pénale afin d'établir des bases légales à l'utilisation des analyses génétiques: voir N. LENOIR, *Aux frontières de la vie: paroles d'éthique*, Paris, La Documentation Française, 1991, 399.

Les autorités danoises ont émis dans un rapport de 1989 des recommandations quant à la constitution de banques de données d'analyses génétiques: voir (DANISH BOARD OF TECHNOLOGY, *Final Report of the Consensus Conference on the Application of Knowledge Gained from Mapping the Human Genome*, November 1-3 1989); on retrouve aussi ces recommandations dans L. NIELSEN and S. NESPOR, *Genetic Test, Screening et Use of Genetic Data by Public Authorities - in Criminal Justice, Social Security et Alien et Foreigners Acts*, The Danish Centre for Human Rights, 1994.

Les autorités néerlandaises quant à elles, ont préparé un projet de loi autorisant le prélèvement de sang ou de tout échantillon biologique en vue d'une analyse génétique; en effet, la Cour suprême exige une base légale avant l'emploi d'une telle mesure: voir G. CORTES, «Le droit néerlandais», (1993) 63 *Revue Internationale de droit pénal* 285.

Enfin le CIOMS a aussi émis en 1991 des lignes directrices quant à la question de la vie privée et qui sera utile aux analyses génétiques (CIOMS, *International Guidelines for Ethical Review of Epidemiological Studies*, Genève, 1991).

d'identification génétique et ont émis des recommandations, tant éthiques que juridiques, qui méritent d'être explorées.

Sur le plan purement juridique, il y a lieu de penser que l'intervention législative souhaitée viendra finalement légitimer la pratique des analyses génétiques aussi bien dans le domaine du droit pénal que dans celui de la filiation. Ces instances tentent en effet de mettre en place des procédures de protection, afin que les analyses génétiques demeurent une preuve efficace pour la recherche de la vérité dans le respect des valeurs fondamentales de l'être humain. Ces mécanismes de contrôle pertinents porteraient sur différents aspects.

D'une part, les méthodes de collecte des échantillons devraient être régulières. Les moyens irréguliers, illicites ou frauduleux devraient être interdits, car ils pourraient constituer une atteinte aux droits fondamentaux. D'autre part, la technique des analyses génétiques ne devrait être utilisée qu'à l'occasion de procédures judiciaires et leur utilisation devrait être soumise à une autorisation judiciaire. De même, les analyses génétiques ne devraient donc porter que sur la partie non codante de l'ADN afin de ne pas transmettre des renseignements d'ordre médical sur l'individu et éviter la discrimination fondée sur des informations génétiques.

Par ailleurs, il faudrait s'assurer tant de la qualité des échantillons prélevés que de la qualité de la technique, eu égard à leurs rôles importants dans le processus judiciaire. Le contrôle de la technique et des banques de données devrait être rigoureux. Les analyses devraient être réglementées et faites par des laboratoires agréés. Quant aux statistiques, elles devraient reposer sur des banques de données correctement établies.

De plus, le droit au secret et la confidentialité des données personnelles étant des attentes raisonnables de tout un chacun, l'information portant sur l'identification génétique ne devrait pas être livrée à des tiers et l'accès à l'information devrait être limité aux seules personnes autorisées par la loi. Les échantillons devraient uniquement être analysés pour les causes et finalités spécifiées au moment de la collecte, la sécurité des fichiers et des données devant quant à elle être assurée. Enfin, le droit à la contre-expertise devrait être respecté et réel. La défense devrait pouvoir exercer convenablement ses droits, seule garantie d'un procès juste et équitable.

Certes, il ne faut pas légiférer pour la forme. Cependant, la réflexion de ces commissions, groupes de travail et comités, souvent porte-parole de la société, nous suggère le point de rencontre entre les progrès de la preuve scientifique et les valeurs éthiques fondamentales de toute société démocratique. Cette réflexion menée tant sur le front national qu'international nous démontre qu'au delà d'un «simple» encadrement juridique des pratiques par l'instauration de mécanismes de contrôle des tests et des laboratoires et par la juridicisation du recours au test d'ADN, il importe de faire valoir certaines valeurs fondamentales. Ces valeurs, qui s'articulent autour de l'intégrité de la personne et de la protection de sa vie privée, tirent leurs fondements de principes éthiques aussi fondamentaux que ceux de l'autonomie de la personne, de la justice, de la non-malfaisance, de la bienfaisance mais aussi, dans le contexte de la génétique humaine, de fondements plus contemporains notamment, la mutualité et la solidarité²¹⁴.

²¹⁴ B.M. KNOPPERS, *Dignité humaine et patrimoine génétique*, Ottawa, Commission de réforme du droit, 1991, pp. 65-79.

Eu égard à l'intégrité de la personne, les points limites d'acceptation des tests d'identification génétique se situent traditionnellement à deux niveaux. D'une part, sur le terrain du degré de l'atteinte à l'intégrité de la personne, d'autre part, sur la marge d'autonomie réellement réservée à l'individu dans l'expression de son consentement ou de son refus, compte tenu de la notion d'inférence négative tirée du refus par les tribunaux.

Sur le terrain du degré de l'atteinte tout d'abord, d'aucuns ont adopté une distinction tirée des violations tangibles ou insidieuses pour tenter de «justifier» ou non une atteinte à l'inviolabilité de la personne. Fondée sur une conception essentiellement physique de la personne, cette distinction s'appuie sur la dialectique traditionnelle intérêt individuel - intérêt public, en vertu de laquelle certaines limites peuvent être énoncées au premier au nom du second.

Si en matière criminelle, compte tenu d'une part du rôle de réprobation des comportements répréhensibles dévolu au droit criminel, et d'autre part des principes de bonne administration de la justice, de sécurité publique et de protection des citoyens, certaines atteintes semblent pouvoir se justifier, indépendamment du consentement de la personne, il n'en demeure pas moins que les situations doivent être limitativement énoncées par la loi, et non pas laissées à la simple discrétion des tribunaux ou des officiers d'état. Faut-il rappeler que l'inviolabilité, comme tout ce qui a trait à l'état des personnes est nécessairement d'ordre public ?

En matière de filiation, l'atteinte à l'intégrité de la personne, au-delà de l'atteinte purement physique, est également psychique, compte tenu de l'ignorance de l'impact de la vérité génétique sur la vie affective et sociale de l'individu, pour ne

rien dire ni de l'intérêt économique de l'État, ni de la validité du consentement substitué dans le cas des mineurs. En effet, ne se trouvera-t-on pas nécessairement dans une situation de conflits d'intérêts entre les parents (biologiques/sociaux), l'enfant et la société ?

La protection de l'intégrité de la personne se trouve également posée à un autre niveau : celui de l'étendue du droit à l'autonomie. En effet, il semble constant que les tribunaux, tant dans le domaine criminel que civil, n'hésitent pas à tirer une inférence négative d'un refus au test. Que reste-t-il alors de la notion de consentement comme instrument de protection de l'inviolabilité de la personne, dès lors que la liberté est viciée par une certaine forme de contrainte morale ?

Ces interrogations relatives à l'intégrité physique sont d'autant plus importantes qu'elles interfèrent avec un autre droit fondamental traditionnel, à savoir le respect de la vie privée entendu non seulement en termes de protection du secret, mais aussi de liberté de la vie privée. Les tests génétiques d'identification peuvent non seulement avoir un impact direct sur la stabilité familiale en s'immisçant dans l'intimité des familles, de l'enfant et surtout de la mère, mais ils peuvent également avoir des conséquences indirectes, compte tenu de leur pouvoir informatif, sur le terrain de l'adultère, de l'illégitimité ou encore des successions. Faut-il rappeler qu'en vertu de l'interprétation de certains textes internationaux et constitutionnels, la famille forme une cellule sociale protégée contre toute ingérence illégitime des tiers ?

Par ailleurs, outre la liberté de la vie privée, la confidentialité de la vie privée constitue également une pierre angulaire susceptible d'être mise à mal par les tests génétiques, puisque d'aucuns pourraient désormais invoquer une

définition «génétique» du droit aux origines de l'enfant²¹⁵, pour justifier le recours intra- et inter familial aux tests. Doit-on faire valoir que si la *Convention internationale relative aux droits de l'enfant* énonce le droit aux origines, il ne s'agit ni d'un droit absolu, ni d'une approche nécessairement biologique des origines?²¹⁶

Toute réflexion autour de ces questions nous force à revenir aux principes d'éthique fondamentaux, car vérité, efficacité et justice en droit pénal et en droit de la filiation impliquent un remaniement et une réinterprétation des notions traditionnelles.

En effet, dans le contexte de la génétique humaine, l'autonomie de la personne ne peut plus être *solitaire et individuelle* mais doit être *mutuelle et solidaire*, la bienfaisance ne peut plus être limitée à la *prestation* de bienfaits mais doit être la *promotion* de bienfaits, la non malfaisance ne peut plus être *l'absence* de préjudice mais doit être la *prévention* du préjudice, donc la justice ne peut plus être *administrée* par l'État mais doit *intégrer* un nouveau contrat social.

²¹⁵ «Howard's Paternity et Pandora's Box», (1993) 2 *Cambridge Quarterly of Healthcare Ethics* 229.

²¹⁶ *Convention internationale relative aux droits de l'enfant*, précitée, note 169, article 7 al. 1 : «L'enfant est enregistré aussitôt sa naissance et a dès celle-ci le droit à un nom, le droit d'acquérir une nationalité et, dans la mesure du possible, le droit de connaître ses parents et d'être élevé par eux».

TITRE II.

LES ENJEUX DE LA RECEVABILITÉ DE LA PREUVE D'IDENTIFICATION PAR ADN DANS LE SYSTÈME PÉNAL CANADIEN

AVANT-PROPOS

Le questionnement sur l'utilisation de la preuve génétique en droit comparé et sur les problèmes juridiques et éthiques qui en découlent nous ont permis de conclure que l'avenir de l'identification génétique ne réside pas dans des solutions parcellaires qui cherchent à prévenir les abus éventuels en instaurant des contrôles et des procédures, mais qu'il faut aller de l'avant avec des réformes qui nécessitent «une ré-interprétation des principes traditionnels en éthique». En effet, comme nous l'exprimons à la fin de notre titre I, les notions d'autonomie de la personne, de bienfaisance, de justice, toutes ces notions acquièrent une autre dimension.¹

Le droit comparé nous a permis d'avoir une idée de ce qui se passait ailleurs, de voir l'évolution de la preuve d'identification qui a été utilisée pour la première fois en Grande-Bretagne et dans des procédures administratives de mieux saisir son importance en droit pénal canadien et de poser des jalons quant aux réponses réglementaires que nous souhaitons. En effet, comme l'écrit le professeur Pradel, le droit pénal comparé «permet au juriste une meilleure connaissance et une meilleure compréhension de son droit [...]»²

Cet éclairage du droit comparé nous amène dans le titre II à des préoccupations qui sont les suivantes : d'un côté, l'efficacité de la procédure pénale canadienne pour lutter contre la criminalité et assurer la sécurité du public et la protection de la société, souci de convaincre que la preuve fait partie

¹ Voir *supra*, le titre I de notre étude.

² Jean PRADEL, *Droit pénal comparé*, Paris, Éditions Dalloz, 1995, p. 4.

maintenant de l'arsenal des preuves en pratique pénale; d'un autre côté, l'équilibre entre les droits individuels et les droits collectifs.

C'est donc dans cette optique que nous abordons la question de la place de la preuve d'identification génétique en droit pénal canadien. En effet, les tribunaux ont accueilli avec un certain enthousiasme cette preuve, car elle constituait un pas géant dans la lutte contre la criminalité et par conséquent pour la protection de la société. Ils ont reconnu son admissibilité en preuve en élaborant des critères. Cependant, on sentait un malaise ou plutôt une cacophonie au sujet de l'admissibilité. Quelles sont les critères d'admissibilité de cette preuve en droit pénal canadien? Est-ce que la preuve pénale doit se transformer pour faire face à cette preuve?

Nous voulons donc, par cette étude, mesurer l'adéquation du modèle traditionnel de la preuve face à la spécificité de cette nouvelle technologie qui est la preuve d'identification génétique. Il faut, dès lors, déjà rappeler que les solutions qui seront peut-être retenues pourront se heurter aux droits fondamentaux de la personne.

Les principes fondamentaux du droit de la preuve imposent des limites à la preuve d'identification génétique. Cette preuve se classe dans la catégorie des preuves matérielles, circonstancielles et d'expertise. Quant aux critères d'admissibilité, ils s'inscrivent dans les critères de base de la preuve par expert. Ainsi, la théorie américaine de Frye³, basée sur l'acceptation générale de la technique par la communauté scientifique, et la théorie de la pertinence sont complémentaires pour la recevabilité de la preuve d'identification génétique.

³ (1923) 293 F.1013 (D.C. Circ 1)

Cependant, le juge se réserve le droit d'exclure la preuve si sa valeur probante est surpassée par son effet préjudiciable.

La qualité d'expert doit être déterminée par une preuve prépondérante⁴ et la présentation de la preuve d'expertise est assujettie à un contrôle strict. Comme l'exprime le juge Sopinka dans l'arrêt *La Reine c. Mohan* :

«[L]a preuve d'expert qui avance une nouvelle théorie de technique scientifique est soigneusement examinée pour déterminer si elle satisfait à la norme de la fiabilité et si elle est essentielle en ce sens que le juge des faits sera incapable de tirer une conclusion satisfaisante sans l'aide de l'expert.»⁵

On retrouve la même définition du rôle de l'expert dans les arrêts *Lavallée*⁶ et *Marquard*⁷.

La deuxième préoccupation du titre II a porté sur les enjeux de la preuve d'identification génétique. Nous avons mis en lumière les risques de l'utilisation de la preuve sur les droits fondamentaux de la personne. Ce qu'il faut retenir c'est que, quelle que soit la performance de cette preuve pour atteindre la vérité, elle ne saurait justifier les atteintes aux droits individuels, surtout en l'absence d'un cadre législatif. En effet, comme l'exprime si bien le professeur Meulders Klein :

«La science [...] si elle permet de décrypter l'énigme, elle ne suffit pas à mettre fin aux dilemmes propres à la condition humaine et à la liberté de l'homme. Du

⁴ *R. c. Terceira* (1998) 123 C.C.C. (3d) 1.

⁵ [1994] 2 R.C.S. 9.

⁶ *R.c. Lavallée*, [1990] 1 R. C. S.. 852.

⁷ *R. c. Marquard* [1993] 4 R.C.S. 223.

*moins, ne permet-elle plus de se réfugier dans l'ignorance».*⁸

Un autre aspect important de la question qui nous préoccupe est celle du consentement. Il faut dire ici que la période de notre analyse se situe antérieurement à l'adoption du *Projet de loi 104* qui a modifié le Code criminel.

La Cour suprême a rendu plusieurs décisions sur le consentement au prélèvement de sang. Ainsi dans *Dyment*⁹ le juge La Forest a énoncé clairement qu'il n'y a pas eu de consentement puisque non seulement M. Dyment était inconscient au moment du prélèvement, mais encore parce que le prélèvement avaient été faits pour des fins médicales.

Dans *Colarusso*¹⁰, la Cour a conclu que la validité du consentement est liée à l'étendue de la connaissance que l'accusé a des conséquences du consentement. Ici des prélèvements d'échantillons de sang et d'urine avaient été effectués pour des raisons médicales. Par la suite, ces échantillons furent saisis par des policiers. Mais, paradoxalement, la preuve fut admise car, selon la Cour, les échantillons constituaient une preuve matérielle. Cette décision marque un recul par rapport au droit à l'inviolabilité de la personne humaine.

⁸ Marie-Thérèse MEULDERS-KLEIN, «Les empreintes génétiques et la filiation : la fin d'une énigme ou la fin des dilemmes» dans Christiane HENNAU-HUBLET et Bartha Maria KNOPPERS (dir.), *L'analyse génétique à des fins de preuve et les droits de l'Homme — Aspects médico-scientifique, éthique et juridique*, Bruxelles, Éditions Bruylant, 1997, pp. 397-424.

⁹ [1988] 2 R.C.S. 417.

¹⁰ [1994] 1 R.C.S. 20.

Dans *Dersch*¹¹, la Cour a conclu qu'il n'y avait pas consentement puisque non seulement les prélèvements avaient été faits pour des fins médicales, mais encore l'accusé avait antérieurement manifesté son refus à ces prélèvements.

Dans l'affaire *Borden*¹², la Cour est arrivée à la conclusion qu'il n'y a pas eu consentement éclairé de l'accusé puisque celui-ci avait consenti au prélèvement d'échantillons biologiques pour la deuxième agression seulement.

La position de la Cour suprême est presque'unanime en l'absence d'encadrement législatif : le consentement libre et éclairé est indispensable lorsqu'il faut prélever des échantillons biologiques pour fins d'identification génétique et on ne peut contraindre un individu.

Au terme du cheminement amorcé dans le titre II de la thèse, nous proposons un encadrement législatif qui est susceptible de répondre aux questions d'admissibilité de la preuve d'identification génétique et qui «légitimerait» donc la pratique. Cet encadrement suivrait non seulement le mouvement législatif instauré dans les autres pays, mais surtout devrait rechercher un équilibre entre la recherche de la vérité et les droits fondamentaux de l'individu.

¹¹ [1993] 3 R.C.S. 768, 85 C.C.C. (3d) 1.

¹² [1994] 3 R.C.S. 145; 92 C.C.C. (3d) 404; 33 C.R. (4th) 147.

**LES ENJEUX DE LA RECEVABILITÉ
DE LA PREUVE D'IDENTIFICATION PAR ADN
DANS LE SYSTÈME PÉNAL CANADIEN***

* Ce texte est à jour au 30 juin 1994. L'auteure désire remercier vivement les professeurs Bartha Maria Knoppers, Pierre Patenaude, Louise Viau et le Docteur Léo Lavergne de la Direction des Expertises Judiciaires qui ont lu et porté des commentaires critiques sur les versions antérieures de ce texte.

INTRODUCTION

L'observation du système pénal met en évidence deux démarches complémentaires: d'une part, une vocation de justice et de maintien de l'ordre public et d'autre part, un objectif d'efficacité et d'intimidation (il faut réprimer et prévenir le délit ou le crime; c'est-à-dire ôter au criminel les raisons d'une récidive et «détourner les autres de suivre son exemple»¹). Dès lors, la preuve² acquiert une importance capitale dans le procès pénal, du fait qu'elle peut entraîner soit la condamnation, soit la relaxe ou l'acquittement. Les moyens de preuve utilisés sont nombreux, diversifiés et les méthodes s'affinent au fur et à mesure que la science avance. L'avènement des preuves dites scientifiques est relativement récent. De ce fait, ces nouveaux modes de preuve axés sur la science sont encore mal perçus par le monde juridique³. Néanmoins, le phénomène commence à retenir l'attention depuis qu'une percée biotechnologique récente provoqua, tant de la part des citoyens que des professionnels de la police et de la justice, un immense débat. Il s'agit de la preuve d'identification par ADN.

En effet, cette preuve biométrique, mise au point en 1985 par un généticien britannique, Alec Jeffreys, fascine. C'est presque un truisme de dire qu'elle est

¹ Conception utilitariste de la répression pénale que l'on retrouve chez Cesare BECCARIA, *Traité des délits et des peines*, Flammarion, Champs, 1979.

² La loi en distingue particulièrement deux sortes : les preuves directes qui établissent la conviction du juge par la simple constatation des faits, et les preuves indirectes qui entraînent la conviction à la fois par l'observation et le raisonnement.

³ Voir N. LAURENDI, «Opposition to the Admissibility of Lie Detector Test in Criminal Cases», dans E.J. IMWINKELRIED, éd., *Scientific and Expert Evidence*, 2ème éd., New York, Practising Law Institute, 1981, 805, p. 813. Il faut mentionner ici qu'il existe une grande polémique quant au caractère scientifique du polygraphe; la valeur scientifique et la fiabilité de cette technique ne sont pas reconnues de façon générale; voir à ce sujet Céline LACERTE-MONTAGNE, *Le polygraphe en droit canadien*, Mémoire de Maîtrise, Université de Montréal, 1983, pp. 35-46.

séduisante et particulièrement prometteuse, non pas seulement parce qu'elle repose sur une biotechnologie de pointe, la génétique, mais surtout parce qu'elle permet, soit de désigner avec une quasi-certitude, de confirmer une identité sans un besoin de témoignage⁴, soit d'exclure une telle identité. Les résultats d'un test d'identification par ADN sont plus significatifs, plus informatifs que ceux des techniques biologiques traditionnelles. Dès lors, leurs utilisations se multiplient devant les tribunaux civils et criminels⁵. L'intérêt considérable que suscite cette technique est universel. L'OTA (Office of Technology Assessment) a recensé, en 1990, 15 pays qui ont déjà implanté cette technique chez eux⁶; depuis, quelques autres États se sont joints au groupe⁷. La Grande-Bretagne l'utilise annuellement dans plus de 3000 cas⁸ pour contrôler la véracité de la parenté en matière d'immigration et y détecter les fraudes. Le domaine des expertises médico-légales n'y échappe pas non plus. En France, la pratique concerne principalement les domaines du droit de la famille⁹ et du pénal; cependant tout récemment ce pays s'est découvert une autre perspective: l'identification des cadavres morcelés des

⁴ La preuve d'identification par ADN individualise en identifiant un ou plusieurs coupables.

⁵ Voir James WATSON, M. GILMAN et al., *Recombinant DNA*, W. H. Freeman and Company, New York, 2ème édition, 1992, p. 563.

⁶ OTA (OFFICE OF TECHNOLOGY ASSESSMENT), *Genetic Witness : Forensic Uses of Data Tests*, Washington, 1990. Ces pays sont : l'Australie, la Finlande, le Danemark, l'Espagne, l'Inde, l'Irlande, le Canada, La Pologne, La France, La Grande-Bretagne, La Suisse, la Suède, l'Allemagne, l'Italie, Israël.

⁷ Par exemple, le Japon, le Costa Rica; ce dernier a envoyé des biologistes se familiariser aux États-Unis avec cette méthode (voir Ronald MOYA CHACON, «La Genetica Lucha contra el Crimen», *La Nacion Costa Rica*, 27 janvier 1992, p. 10.)

⁸ James WATSON, M. Gilman et al., op. cit., note 5, p. 563.

⁹ Les empreintes génétiques servent à clarifier les relations familiales en cas de contestation (en matière de filiation naturelle) ou de doute (consanguinité qui constitue un empêchement au mariage selon les articles 161 à 163 du code civil français) : voir Jean-Christophe GALLOUX, «L'empreinte génétique : la preuve parfaite», (1991) *JCP I*, 3497, 106-107; Voir aussi N. LENOIR, *Aux frontières de la vie : paroles d'éthique*, Paris, La documentation Française, 1991, p. 71 pour un exemple d'échange ou de mélange de nouveaux-nés dans un hôpital.

victimes de l'écrasement de l'airbus A-320¹⁰. La police espagnole l'utilise en matière criminelle dans deux instituts médico-légaux¹¹. Curieusement en Belgique, où le phénomène biotechnologique a pris naissance en 1986, un «circuit clandestin»¹² de preuves scientifiques se développe dans le domaine de la paternité. Aux États-Unis, on note une poussée fulgurante dans les procédures de paternité et dans les investigations criminelles: on dénombre 2000 investigations à la fin de 1990. De plus, la méthode a été admise dans 45 États¹³. Au Canada, ses domaines d'application sont actuellement la filiation, le domaine des infractions criminelles et le secteur de l'immigration¹⁴. Quatre laboratoires publics¹⁵ et une entreprise privée¹⁶ se partagent pour l'instant le marché.

Quoique l'usage de cette méthode d'investigation soit encore restreint, il ne fait aucun doute qu'elle sera utilisée de plus en plus par les autorités policières soucieuses d'arrêter le plus rapidement les suspects afin de les traduire devant les tribunaux criminels.

En matière criminelle, cette preuve est particulièrement utile dans les causes de meurtres, de viols ou d'agressions sexuelles, de vols qualifiés, de crimes

¹⁰ Jean-Yves NAU, «Les victimes de la catastrophe du mont Sainte-Odile ont été identifiées grâce aux empreintes génétiques», *Le Monde*, 31 mars 1992, p. 32.

¹¹ N. LENOIR, *op. cit.*, note 9, p. 424.

¹² Christiane HENNAU-HUBLET, «Les demandes officieuses de comparaison d'empreintes génétiques et le droit de la filiation», (1991) 72 *Athéna* 35-36.

¹³ OTA, *op. cit.*, note 6, p. 14.

¹⁴ Le laboratoire *Hélix Biotech*, en Colombie Britannique, qui détient le brevet de *Lifecodes*, offre ces tests pour 975\$ par cas et les résultats sont acceptés par le ministère de l'Immigration du Canada en vertu de la politique IS 1.26 et de l'amendement IS 45.

¹⁵ Ce sont : le laboratoire central d'analyse judiciaire de la GRC à Ottawa, le *Center of Forensic Science* à Toronto, la direction des expertises judiciaires à Montréal, une filiale de la GRC à Edmonton et une autre à Halifax.

¹⁶ Il s'agit du laboratoire *Hélix Biotech* : *supra*, note 14. Celui-ci vient d'ouvrir tout récemment un bureau de représentation à Montréal.

en série et de crimes non résolus où il n'est pas facile de trouver des preuves sur la base des méthodes traditionnelles. De toute évidence, la fonction utilitaire est la même que celle de la méthode traditionnelle des empreintes digitales; au Canada, cette dernière est déjà régie par la *Loi sur l'identification des criminels*. En effet, les empreintes digitales et les empreintes génétiques partagent plusieurs caractéristiques communes: même nature de preuve, même procédure technique, mêmes problèmes d'interprétation, mêmes craintes pour le respect des droits fondamentaux, etc....

L'administration judiciaire canadienne se trouve donc confrontée à l'admissibilité de la preuve d'identification génétique sur laquelle elle doit trancher, ce avant même qu'aucune norme ne soit votée sur les exigences de contrôle de cette technique, son champ d'application, les mesures de cueillette et de conservation des échantillons et la mise en banque des informations recueillies.

Pourquoi donc cet engouement social et mondial pour cet outil biotechnologique? Pourquoi abandonner les systèmes traditionnels d'identification pour cette technique hautement complexe? Quels avantages apporte-t-elle ou apportera-t-elle à nos tribunaux canadiens? Constitue-t-elle une meilleure solution à nos problèmes d'identification¹⁷? Rencontrera-t-elle des objections à son admissibilité dans notre droit de la preuve et quel poids doit-on lui accorder en matière criminelle?

Comment concilier le progrès biotechnologique et les valeurs fondamentales de la société canadienne? Quelle sorte d'instrument juridique devrait émerger à l'égard de ce progrès technologique?

¹⁷ L'identification par témoin oculaire et le défilé d'identification sont les types de preuve les plus susceptibles d'entraîner une erreur judiciaire, à cause de leur fiabilité minime.

Autant d'interrogations auxquelles il nous faut répondre en déterminant «le pourquoi et le comment» d'une admission des résultats de cette technique qui, peut-être, «révolutionnera» le système pénal, dans notre système accusatoire. La question est d'actualité et aussi pressante, vu le nombre de cas qui affluent devant nos tribunaux tant au Québec qu'au Canada. On ne peut ignorer non plus l'aspect médiatique sensationnel de cette méthode traduit par les titres suivants: «L'empreinte de vos doigts est plus facile à cacher que votre empreinte génétique»¹⁸; «Sida, les empreintes génétiques permettraient d'identifier à coup sûr qui contamine qui»¹⁹; les empreintes génétiques «reine des preuves»²⁰. Ainsi, les médias de masse ont mis l'accent sur l'aspect le plus spectaculaire de la preuve d'identification, créant de ce fait des imaginaires sociaux²¹.

Quoiqu'il en soit, le débat juridique et éthique est lancé à travers le monde avec, en toile de fond, un cadre bien défini à ce moyen de preuve. Des instances juridiques, législatives et éthiques de plusieurs pays ont donc commencé à réagir sous forme de recommandations, de rapports ou de règles juridiques. De ce fait, il nous semble que le droit pénal canadien ne doit pas rester en «poste d'observation». Il lui faut adopter une perspective réaliste à l'égard de cette preuve qui est susceptible d'être largement utilisée dans l'avenir.

¹⁸18 *La Presse*, 30 août 1992, p. B 6.

¹⁹19 *Le Devoir*, 23 juillet 1992, p. 3.

²⁰20 Gilbert CHARLES, «Génétique : tous en fiches», (1992) *Express*, 20 mars, p. 46.

²¹21 Les médias d'information, en présentant un discours-spectacle de la preuve d'identification par ADN, amènent le public profane à se construire des représentations bien différentes de la réalité; ainsi la preuve d'identification est imaginée comme un outil tout puissant capable de contrôler totalement et efficacement la criminalité. Or, imaginaires sociaux et représentations sociales ne se conçoivent pas «indépendamment les uns des autres» mais évoluent «plutôt sous un même toit dans un rapport symbiotique». Voir MEUNIER Caroline, *Les représentations sociales et les imaginaires sociaux de la nouvelle génétique tels que perçus à travers les différents niveaux de la vulgarisation écrite*, Mémoire de Maîtrise, Université de Montréal, 1993, pp.143 et ss.

Pour les besoins de notre analyse, nous allons d'abord présenter une esquisse de l'aspect technique de la méthode d'ADN puisque sa force probante devant les tribunaux en dépend (I). Par la suite, nous aborderons le cadre conceptuel de cette méthode, c'est-à-dire les principes qui devraient sous-tendre la recevabilité au Canada d'une telle preuve (II). Enfin, nous discuterons des pratiques normatives qui devraient encadrer l'utilisation de cette nouvelle preuve dans la perspective d'un équilibre entre l'intérêt public et le droit des citoyens (III).

I APERÇU TECHNIQUE DE LA MÉTHODE

La méthode qui permet d'identifier une personne par examen génétique est assise sur un axiome scientifique cartésien : l'unicité génétique. Le substrat en est l'ADN (A). Ici, on n'agit pas sur le gène, on rend seulement visible l'information en se concentrant sur les fragments de la molécule d'ADN qui diffère d'un individu à un autre. Pour parvenir à cette fin, différentes techniques existent sur le marché (B).

(A) Le substrat : l'ADN

La découverte de l'ADN en 1940 et de sa structure en 1953 a permis de comprendre le mystère de l'hérédité. L'ADN est une molécule très importante présente dans les cellules vivantes puisqu'elle constitue le support matériel de l'information génétique. L'ADN se trouve principalement dans toute cellule nucléée; par voie de conséquence les globules rouges, cellules anucléées contenant de l'hémoglobine, ne possèdent pas d'ADN. L'ADN ainsi analysé est appelé l'ADN nucléaire. Cependant, il arrive qu'on retrouve aussi de l'ADN dans d'autres structures extra-nucléaires (à l'extérieur du noyau), notamment dans les

mitochondries, structures qui se trouvent dans le cytoplasme et qui sont essentiellement une source énergétique. Cet ADN mitochondrial est, selon certains auteurs, plus facile à détecter que l'ADN nucléaire²². Il faut cependant noter cette particularité de l'ADN mitochondrial à savoir qu'il ne se transmet que par les femmes et est plus sensible à des mutations²³.

Structurellement, l'ADN a la forme d'une spirale à double hélice formée de deux brins complémentaires qui sont orientés dans des directions opposées mais qui sont reliés entre eux par des liaisons d'hydrogène. Chaque brin est composé de 4 nucléotides ou bases symbolisées par leur première lettre : Guanine (G), Adénine (A), thymine (T) et Cytosine (C). Celles-ci s'apparient deux à deux et uniquement selon une séquence bien définie : A avec T et G avec C et vice versa. Ces paires de bases sont au nombre de 3,3 milliards, entrent dans la composition des 50 000 à 100 000 gènes qui composent le génome humain et sont réparties sur nos 23 paires de chromosomes. Des trois milliards de paires de bases composant la cartographie humaine, seulement trois millions diffèrent entre deux individus, soit 10%. L'ADN contient des régions codantes (exons) et des régions non codantes²⁴ (introns). Contrairement aux séquences codantes, les non codantes montrent uniquement l'organisation génétique propre à chaque individu et ne révèlent aucune maladie héréditaire ni aucune prédisposition. Ces séquences non codantes présentent des variations d'un individu à un autre et sont utiles pour la technique d'identification à l'ADN. En principe la composition de l'ADN d'un individu ne varie pas d'une cellule à une autre, qu'elle provienne du sang, de la

²² Agence France Presse, «Est-ce la fin du mystère de la famille Romanov?», *La Presse*, 10 juillet 1993, p. A 20.

²³ Le taux de mutation est de 10 fois supérieur à celui de l'ADN nucléaire.

²⁴ La fonction de ces régions non codantes est encore largement inconnue.

salive ou des cheveux, car l'ADN est une molécule de l'hérédité.²⁵ On compare cette molécule à «une bibliothèque biochimique fermée à l'intérieur de chaque cellule, et qui détermine les caractéristiques de chaque personne»²⁶. L'ADN confère donc à chaque être humain son individualité. On parle d'unicité génétique pour chaque individu, exception faite des jumeaux homozygotes ou identiques²⁷.

L'ADN en tant que matériel génétique possède les propriétés suivantes: il stocke l'information biologique, la transmet avec le minimum d'erreur à la cellule en fonction des besoins de celle-ci, réplique fidèlement cette information pendant la croissance de l'individu et la transmet de génération en génération. Ces propriétés expliquent la disponibilité et la similitude de l'information quel que soit l'élément biologique utilisé chez un même individu. Elles sont aussi à la base de l'efficacité des tests d'identification qui mettent en évidence le polymorphisme.

L'identification génétique en matière criminelle se divise en deux étapes : procéder d'abord à la typologie des divers échantillons (ceux relevés sur le lieu du crime et ceux du ou des suspects) ensuite comparer ces typologies. Ces deux procédés ne sont pas nouveaux²⁸; en conséquence nous n'entreprendrons pas une

25 Grâce aux travaux du moine autrichien Gregor Mendel on a pu établir que les unités de l'hérédité ou gènes sont localisés sur les vingt-trois paires de chromosomes (vingt-deux paires de chromosomes autosomales, identiques chez les hommes et les femmes, et une paire de chromosomes sexuels). Ces gènes proviennent pour moitié du père et pour moitié de la mère et sont transmis fidèlement sauf en cas de mutations. Les gènes étant composés chimiquement d'ADN, on peut donc déduire que l'ADN est la clé du pouvoir de l'hérédité.

26 Mark J. FUHRMAN, *DNA Fingerprinting Admissible under Frye*. Mémoire de MA, University of Nevada, Reno, 1989, p. 1.

27 Conal MULLEN, «DNA Tests Proved Twin Sisters Are Identical», (1992) *Edmonton Journal*, August 23, p. 11.

28 Ces procédés sont déjà utilisés depuis plusieurs années par les services de l'identité judiciaire.

étude de ces phases. Nous nous attacherons plutôt aux grandes procédures d'analyse qui permettent de lire le code génétique de l'individu.

(B) Les techniques d'identification génétique

La génétique facilite l'accès à l'identité par le biais de techniques dont les principales sont: la méthode Southern encore appelée technique du polymorphisme de restriction ou *Restriction Fragment Length Polymorphism (RFLP)* et celle de l'amplification désignée communément sous le vocable de PCR (*Polymerase Chain Reaction*) (1). On devine aisément l'impact d'une telle révélation à partir d'éléments biologiques infimes. D'où l'importance de la fiabilité et d'un contrôle rigoureux des techniques (2).

1. Les méthodes d'analyse proprement dites

1.1 La méthode de Southern

C'est pour l'instant l'outil le plus largement utilisé pour analyser les échantillons biologiques dans le domaine des sciences criminelles²⁹. L'analyse du polymorphisme de restriction par la méthode de Southern permet de percevoir les différences de taille des fragments d'ADN à des endroits spécifiques du code génétique. Cette méthode connue sous l'abréviation de *RFLP* utilise un couple de sonde et d'enzyme de restriction pour montrer la variabilité des minisatellites entre les individus. Elle comprend plusieurs étapes: l'extraction de l'ADN à partir de l'échantillon, la digestion de l'ADN en fragments par les enzymes de restriction, la séparation des fragments d'ADN par électrophorèse, la séparation des deux brins

²⁹ La nouvelle technique de *PCR* modifiera probablement ce schéma à cause des nombreux avantages qui y sont reliés. Cette technique est mise en place dans de nombreux laboratoires dans le but d'optimiser leur rendement. Pour plus de détails sur les avantages de cette technique, voir 1.2. la méthode d'amplification ou *PCR*.

de molécules qui seront fixés sur une membrane en nylon, l'hybridation de la région suspectée avec une sonde marqueur, la visualisation de l'image obtenue sur autoradiogramme et l'interprétation des résultats. Deux sortes de sondes sont utilisées par les laboratoires:

- Les sondes multi-*locus* mises au point par Jeffreys. Celles-ci sont capables de détecter de nombreux fragments d'ADN simultanément chez un individu et la fréquence de bandes communes entre des individus, d'où la qualification d'empreintes génétiques. Ces sondes exigent une grande quantité d'échantillons biologiques contenant une proportion importante d'ADN. La probabilité d'identification dépend du nombre de bandes détectées sur les autoradiographies. Ce type d'analyse est plus fiable dans les recherches de paternité.

- Les sondes mono-*locus*, quant à elles, sont plus adaptées pour l'identification en criminalistique. Ici les minisatellites sont visualisés sur un seul site à la fois. Moins discriminatoires que les sondes multi-*locus*, elles montrent en échange des images parfaitement nettes. Le calcul de probabilité est basé sur des études de populations permettant d'apprécier la fréquence des allèles sur un locus donné. La probabilité sera donc d'autant plus petite que les allèles observés sont rares.

Que ce soit avec les sondes multi-*locus* ou mono-*locus* la durée de l'identification par la méthode du polymorphisme de restriction est considérable: 3 semaines environ pour un multi-*locus* et 8 à 10 semaines avec une sonde mono-*locus*; la quantité de matériel à manipuler est substantielle et la qualité de l'ADN doit être remarquable. Cette technique ne peut donc être utilisée pour tous

les types d'échantillons. En effet, sur les lieux du crime on retrouve parfois très peu d'échantillons biologiques ou du matériel contenant une quantité minime d'ADN³⁰. La *PCR* vient donc contrer ces limites matérielles et permet de procéder à l'identification.

1.2 La méthode d'amplification ou *PCR*

Elle marque un bond technologique dans le domaine de la génétique. Pour beaucoup de scientifiques, c'est la technique qui permettra de dresser la carte génétique. Elle permet la synthèse de milliers de copies d'une séquence spécifique (inférieure ou égale à 2kb) d'ADN à l'aide d'une enzyme, la Taq polymérase . C'est un procédé de choix qu'on emploie dans les investigations criminelles lorsque les éléments matériels trouvés sont de quantité très infime rendant ainsi impossible l'analyse par la méthode de RFLP. On peut aussi traiter en même temps un très grand nombre d'échantillons. Ici la technique de l'analyse est de déterminer la constitution allélique des échantillons. La *PCR* est un outil de typage qui permet de court-circuiter certaines étapes de l'analyse³¹, car elle est fondamentalement basée sur des variations thermiques rendant possible la réalisation de tous les cycles dans un même tube. L'amplification exponentielle n'exige pas de l'ADN hautement purifié ni un haut rendement d'ADN pour pouvoir donner un signal détectable pour l'identification. L'identification est obtenue très rapidement (trois jours au plus), ce qui est pratique. De même, les résultats se présentent sous forme de code digital pouvant être stockés directement

³⁰ L'ADN peut être dégradé par les éléments naturels (la lumière, l'humidité, la moisissure etc...); les cellules peuvent être détruites par des bactéries ou des virus; ces limites ne sont pas associées spécifiquement aux échantillons trouvés sur les lieux du crime, puisque chez les malades du sida, il peut avoir aussi un faible pourcentage (1 sur 100 000) de globules rouges contenant des séquences d 'ADN.

³¹ L'étape du clonage est ici inutile.

sur ordinateur. Cette méthode tend à remplacer la méthode de Southern même si elle a des faiblesses techniques inhérentes³² à son extraordinaire capacité d'amplification.³³

Actuellement, Jeffreys cherche à élargir les possibilités d'identification, d'une part, en perfectionnant une technique fondée sur la différence de taille des séquences, et d'autre part, en travaillant sur l'ADN génomique total; de ce fait, il y aura un gain de temps appréciable. Cette dernière trouvaille du généticien, appelée *MVR-PCR*³⁴, fournit des données objectives et permet d'établir des banques de données plus étendues. On lui reconnaît de nombreux avantages entre autres: sensibilité, richesse d'information, stockage et manipulation facile des résultats. Cette méthode est basée sur le fait que chaque minisatellite est composé d'éléments répétitifs différents qui se suivent dans une séquence donnée. Il faut donc montrer cette diversité inter-individuelle. Le «*Digital DNA Typing*» requiert que l'on travaille sur des séquences courtes ; ainsi l'ADN dégradé et de très petite quantité peut être utilisé et donner des résultats significatifs; le succès de la technique repose sur l'informatisation puisque les calculs de probabilité sont faits directement par ordinateur. Pour attirante qu'elle soit, cette méthode n'est pas encore opérationnelle et, de toute façon, il faut auparavant juger de sa portée et de sa fiabilité comme il en est des techniques précédemment citées.

32 La contamination, entre autres, est un problème bien réel mais qui peut être détecté par des contrôles négatifs de laboratoire.

33 La *PCR* peut générer des milliards de copies d'ADN à partir seulement d'une séquence.

34 Jean-Claude DREYFUS, «Le typage de l'ADN : vers l'automatisation des empreintes génétiques», (1992) 8 *Médecine/Sciences*, pp. 8-9.

2. La fiabilité des méthodes d'identification génétique

Comme pour toute technique scientifique, la fiabilité des différentes méthodes (la méthode de Southern et celle de l'amplification) est jaugée en vertu de leurs avantages et de leurs faiblesses.

2.1 Les nombreux avantages liés au caractère intrinsèque du matériel utilisé

Six grands types d'avantages peuvent être répertoriés. Ce sont:

2.1.1 La facilité dans la cueillette des éléments de preuve à cause de :

- *la variété des échantillons* : contrairement aux tests traditionnels, la méthode de l'identification génétique ne se limite pas à l'analyse d'un seul type de liquide ou de tissus mais compare une molécule commune située dans les cellules de l'organisme. Les matériaux biologiques peuvent donc être de nature diverse (salive, sang, sperme, sécrétions vaginales, urine, peau, rognures d'ongles, pulpe de dent, cheveu, liquide amniotique, etc....). De ce fait, il semble plus facile de recueillir des échantillons biologiques que de relever des empreintes digitales³⁵.

- *la nature des échantillons* : la source de l'échantillon utilisé pour l'analyse peut être variable (prélèvements frais, vieux, secs, congelés, décomposés) car l'ADN est stable et est extrêmement résistant aux effets de l'environnement.

³⁵ Les criminels font attention à ne pas laisser d'empreintes digitales sur les lieux du crime ou s'évertuent à les embrouiller; mais c'est compter sans les traces biologiques. Ainsi sur de la gomme mâchée, on peut trouver de l'ADN; de même on peut en extraire sur un mégot de cigarette : voir Mike KING, «Cigarette Butts Led to Man's Conviction for Killing Neighbor», (*The Montreal Gazette*), juin 4, 1994, p. A-3.

Par exemple, on est arrivé à isoler l'ADN de momies égyptiennes vieilles de plusieurs milliers d'années³⁶.

- **la petitesse des échantillons** : la quantité d'échantillon nécessaire pour l'analyse est minimale : quelques racines de cheveux³⁷, une quantité minimale de sang³⁸, un ongle, 1.5 millilitre d'urine, etc. On peut même «envisager une analyse de l'ADN à partir d'une seule cellule»³⁹.

2.1.2 La simplicité de visualisation

La technique d'identification par ADN produit un film rayon X encore appelé autoradiogramme et qui est facile à observer visuellement. En effet, après exposition de la membrane en nylon au rayon X, les sondes radioactives attachées à l'ADN produisent une image qui correspond à leur position sur la membrane en nylon. Ces images se présentent sous forme de taches ou de bandes similaires en apparence aux codes universels visibles sur les emballages de produits. L'étape suivante consiste à examiner à vue d'œil l'autoradiogramme et à comparer ces bandes pour voir s'il y a superposition entre les bandes de l'échantillon connu et celles de l'échantillon étudié.

³⁶ James WATSON, M. GILMAN et al. *op. cit.*, note 5, p. 86.

³⁷ Avec la *PCR*, on peut aller jusqu'à une seule racine.

³⁸ 0.5 microlitre de sang est suffisant pour la technique de *PCR*, on parle même «d'une tête d'épingle, alors que pour un test sanguin traditionnel un minimum de 10 ml est requis; ainsi seuls les enfants de plus d'un an peuvent être soumis à un tel prélèvement.

³⁹ Jean-Claude DREYFUS, « les empreintes génétiques : la révolution permanente », (1990) 6 *Médecine /Sciences*, p. 690.

2.1.3 La certitude d'appariement basée sur la concordance des échantillons

Un consensus scientifique s'est établi quant à la détermination de l'appariement de deux échantillons. Les fragments d'ADN étant de grosseur différente, on évalue d'abord la longueur des fragments des échantillons inconnus en les comparant, à l'aide d'un ordinateur, aux fragments d'échantillons connus. On se sert donc des chiffres obtenus pour affirmer s'il y a appariement ou non. Les laboratoires appliquent une pondération qui peut aller jusqu'à plus ou moins 2,5%⁴⁰ pour leur calcul, car en réalité les mesures identiques ne sont pas toujours observées. Ainsi, lorsqu'il y a concordance positive des échantillons, on conclut qu'elles proviennent de la même personne et qu'il y a appariement.

2.1.4 La force de probabilité de précision et d'individualisation

Le calcul de la fréquence des gènes est une étape indispensable. Quand on connaît la fréquence des gènes dans une population donnée, on peut estimer la fréquence du profil étudié. Dans le cas de la preuve d'identification par ADN, la probabilité de fréquence d'un même profil génétique, c'est-à-dire le risque que deux individus aient le même profil génétique, est très bas⁴¹; on l'estime, selon les cas, à un sur plusieurs dizaines de millions voire des dizaines de milliards. La méthode d'identification par ADN a donc une précision redoutable qu'on ne rencontre ni avec les empreintes digitales, ni avec les groupes sanguins.

⁴⁰ Valeur expérimentale qui provient du FBI; mais la GRC applique seulement une pondération de plus ou moins 2,6%. Quant à la direction des expertises judiciaires à Montréal, son taux est de plus ou moins 2,5%; ce qui fait une fenêtre totale de concordance, c'est-à-dire une différence maximale admissible, d'environ 5,1%.

⁴¹ Excepté les jumeaux homozygotes.

2.1.5 La discrimination évidente

La technique d'identification par ADN permet de distinguer l'ADN de différentes sources. Ainsi dans le cas de mélange des éléments biologiques, la distinction entre différents codes génétiques est nettement visible en examinant les autoradiogrammes des échantillons même si les substances ou les échantillons étaient enchevêtrés. Par exemple dans le cas des agressions sexuelles, où on se trouve en présence de mélange de cellules vaginales de la victime et du sperme du suspect, une technique différentielle permet d'isoler l'ADN de chaque substance⁴². On arrive au même résultat dans une hypothèse de plusieurs violeurs, de sang amalgamé trouvé sur les lieux du crime, de mélange de sang avec d'autres organismes, ce qui rend moins fiable toute autre méthode d'analyse.

2.1.6 La rapidité des analyses

D'un délai de quelques semaines pour obtenir un profil génétique avec le procédé de polymorphisme de restriction (*RFLP*) qui détecte les différences de taille des fragments d'ADN à des *loci* (adresses spécifiques), on passe à un délai de trois jours avec le procédé de l'amplification (*PCR*) qui multiplie la molécule d'ADN jusqu'à obtention d'un nombre de copies suffisantes pour des analyses subséquentes⁴³. On peut donc, par ce procédé, traiter plusieurs cas dans le même laps de temps, ce qui réduit considérablement les délais.

⁴² Notons que même s'il n'y a pas eu éjaculation du suspect, on peut procéder à l'analyse s'il y a seulement quelques traces de cellules. Voir GYLLENSTEN Ulf B. et Al., « DNA Typing of Forensic Material with Mixed Genotypes Using Allele-Specific Enzymatic Amplification », (1992) 52 *Forensic Science International*, pp. 149-160.

⁴³ Pour ces procédés, voir OTA, *op. cit.*, note 6, pp. 42-48.

Ces atouts liés aux analyses génétiques dépendent toutefois du rigorisme qui y est appliqué, car comme toute technologie, la méthode des analyses génétiques est sujette à des imperfections et possède des limites qui lui sont intrinsèques.

2.2 Les problèmes potentiels

Les problèmes susceptibles de se présenter concernent l'aspect technique et l'interprétation des résultats.

2.2.1 Les questions techniques

- *la dégradation de l'ADN* peut provoquer pendant l'analyse des déplacements de bandes.

- *la résolution* peut être influencée par des variations de la densité du gel, le voltage électrique, ainsi que par la grosseur des fragments observés lorsque ceux-ci se chevauchent.

- *dans l'hypothèse d'une transplantation et d'une transfusion, un problème peut naître* : en effet, il est de connaissance générale que les lymphocytes ne sont pas «neutres» et peuvent modifier le génotype des transfusés et des transplantés. Ainsi, pour un individu ayant eu une transplantation d'organe réussie, les génotypes provenant de l'organe transplanté et de son sang, par exemple, peuvent parfois être différents. Il est intéressant de noter que ce problème peut aussi se révéler dans le cas d'une transfusion sanguine lorsque la préparation transfusée contient des globules blancs. Il faut bien souligner qu'il s'agit d'éventualités rarissimes.

- *les mutations*: en principe, un enfant reçoit la moitié de ses gènes de sa mère et l'autre moitié de son père, ce qui fait qu'il présente à chaque génération des caractères propres à ses parents; c'est l'aspect essentiel de l'hérédité. Cependant, il peut arriver que des mutations d'un allèle, donc du génome, surviennent dans une génération, entraînant ainsi une nouvelle taille du fragment. Les chercheurs évaluent la probabilité de mutation à cinq pour cent⁴⁴.

Outre ces problèmes techniques, des erreurs peuvent aussi résulter lors de la phase de l'interprétation des résultats d'appariement par l'expert.

2.2.2 Les questions d'expertise et d'interprétation

L'expertise s'effectue au niveau de la génétique de la population pour les statistiques, et au niveau de la probabilité de la fréquence des allèles qui sous-tendent le calcul de la probabilité de l'identité.

- Aspects controversés de l'interprétation

La subjectivité de l'interprétation est un facteur essentiel important de l'ambiguïté, car ici tout est fonction de la compétence de l'expert, de son expérience, de son sens d'observation et de sa vigilance. C'est un véritable danger de faire une interprétation sur des bandes manquantes, des extra-bandes des autoradiogrammes. De plus, un taux de variation très grand entre la grosseur du fragment de l'échantillon connu et celui qui est inconnu peut fausser le sens du résultat. 5% semble bien être la limite et il faut arriver à diminuer cette limite ou l'annuler. De même, la probabilité doit se définir en fonction de la rareté des

⁴⁴ Dan BURK, «DNA Identification : Possibilities and Pitfalls revisited», (1990) 31(1) *Jurimetrics*, p. 60.

allèles, du profil. On regarde donc la fréquence de ceux-ci dans une population donnée, ce qui nécessite l'utilisation de bonnes statistiques.

- *L'expert et la population de référence*

Une fois la concordance établie entre deux échantillons, il reste à déterminer les chances de retrouver ce profil génétique dans la population. Cette tâche revient donc à l'expert en génétique de population. Celui-ci détermine la fréquence d'un allèle spécifique à l'intérieur d'un sous-groupe donné et pour cela il consulte une banque de données. Devant les tribunaux, les études de population ont soulevé de nombreuses interrogations et il y eut beaucoup d'objections au sujet de la base de la démogénétique. Est-ce qu'il y a une population de référence appropriée et est-il pertinent d'en tenir compte au moment du calcul de probabilité? De même, peut-on avoir une certitude à propos de la provenance raciale des statistiques utilisées?⁴⁵

La question de référence à une population appropriée pour les calculs de probabilité demeure un problème clé. En effet, les banques de données sont constituées par races ou par groupes (caucasiens, noirs, asiatiques, etc....) et les spécialistes en génétique de population ne considèrent pas le fait qu'à l'intérieur des groupes ou des ethnies il y a des sous-groupes ayant des traits génétiques spécifiques (par exemple, les noirs américains sont différents génétiquement des noirs qui sont restés en Afrique, les chinois nés en Amérique du Nord présentent

⁴⁵ Les échantillons de sang utilisés pour la constitution des banques de données génétiques proviennent des organismes tels la Croix Rouge. Ces échantillons ne sont pas identifiés spécifiquement et ne contiennent aucun renseignement personnel. On fait confiance à l'organisme pourvoyeur pour la classification par sous-groupes (la race, etc....). Nonobstant le rigorisme des laboratoires, il peut arriver que des échantillons de plusieurs sous-groupes se mêlent. L'emploi d'une population génétique de référence adéquate est donc important pour déterminer la fréquence de l'allèle.

des traits génétiques différents de ceux qui sont en Chine, etc....). Les sous-groupes ne sont pas homogènes, c'est-à-dire qu'on retrouve plus souvent certains fragments d'ADN dans un sous-groupe que dans l'autre même si ensemble les deux font partie de la même population ethnique⁴⁶. Selon McElfresh et al, la structure démographique n'implique pas une diversité génétique entre les populations⁴⁷. À ces questions de population de référence, il faut ajouter celles de calculs statistiques. Par ailleurs, la qualité et l'expérience de l'expert sont très importantes. Son expertise en génétique de la population doit être démontrée.

Ces difficultés évoquées ne nous amènent cependant pas à tirer des conclusions défavorables à l'encontre de la méthode d'identification génétique car, comme nous l'avons souligné, celle-ci a un haut potentiel de discrimination; elle est porteuse d'espoir en matière criminelle, puisqu'elle permet de déterminer si les échantillons biologiques provenant des scènes de crime appartiennent à la personne suspectée, à un seul individu ou à plusieurs. C'est une technique d'identification positive. C'est un instrument pour résoudre l'énigme de l'identité, pour prouver la culpabilité ou l'innocence d'un individu⁴⁸, pour «mettre l'accusé en

⁴⁶ Voir Brad DAISLEY, «Uses of Databases Has Sparked Controversy Over DNA Typing», (1993) 40 *The Lawyers Weekly*, p. 17. Voir aussi Kenneth R. KREILING, «Review Comment : DNA Technology in Forensic Science», (1993) 33 *Jurimetrics* 476-480; Kevin C. McELFRESH, Debbie VINING-FORDE, et Ivan BALAZAS, «DNA-Based Identity Testing in Forensic Science», (1993) 43(3) *BioScience*, p. 149; Peter ALDHOUS, «Congress Reviews DNA Testing», (1991), 351 *Nature* 684; Douglas M. SMITH, « Genetic Witness : By thy DNA So Shall Ye Be Known», (1993) 1 *Health Law Journal*, p. 207.

⁴⁷ Kevin C. McELFRESH, Debbie VINING-FORDE, et Ivan BALAZS, *loc. cit.*, note 46.

⁴⁸ D. C. MOSS, «Free at Last», (1989) 75 *A.B.A. Journal* 19 : Garry Dotson, accusé en 1979 à tort d'un viol qu'il n'a pas commis, s'est vu refuser sa libération bien que la victime 5 ans plus tard ait reconnu son erreur. Mais en 1988, il fut déclaré innocent après avoir accepté de se soumettre au test des empreintes génétiques.

première place»⁴⁹. Elle sert aussi bien au niveau de l'enquête policière que dans toutes les phases de la procédure judiciaire.

En règle générale, la qualité des résultats des analyses génétiques fait l'objet de peu de questionnement de la part des scientifiques et de la police, cependant on remarque que la preuve ainsi obtenue est encore scrutée devant la justice. En effet, la preuve d'identification par ADN, à cause de sa récente apparition, fait partie de cette catégorie de preuves scientifiques qui, au Canada, n'ont pas encore obtenu le consensus de critères d'admissibilité; aussi en l'absence de standards il importe de nous interroger sur les critères adéquats de sa recevabilité comme preuve devant nos tribunaux.

⁴⁹ I. LOMHOFF, «By Their DNA, So Shall Ye Know Them», (1987) *California Lawyer*, p. 9.

II LA RECEVABILITÉ DE LA PREUVE D'IDENTIFICATION PAR ADN EN DROIT PÉNAL CANADIEN

Dans le système pénal canadien, comme d'ailleurs dans beaucoup de systèmes étrangers, la présomption d'innocence est une règle fondamentale ; ainsi, nul ne peut être déclaré coupable sans un procès juste et équitable⁵⁰. L'admissibilité de toute preuve scientifique est décidée au cours d'un voir-dire où le juge évalue avec prudence la légalité de la preuve obtenue, sa fiabilité et sa pertinence puisque la présentation des résultats aura une importance capitale sur la culpabilité ou non de l'accusé. La common law et différents textes de lois ont érigé de grands principes d'admissibilité de la preuve en tenant compte de la diversité des modes de preuve; cependant, ces règles ne pourront recevoir application que si elles sont compatibles avec la Charte canadienne des droits et libertés⁵¹.

En tant que technique scientifique nouvelle, les analyses génétiques ne sont pas encore réglementées par le droit de la preuve au Canada. Il faut, dans ces conditions, se demander comment les tribunaux admettent cette méthode en l'absence de lignes directrices spécifiques? (A) Y a-t-il une remise en question de la théorie contemporaine de la recevabilité de la preuve au Canada? En d'autres termes, quels sont les critères d'admissibilité sous-jacents à l'utilisation de la preuve d'identification par ADN?(B)

⁵⁰ *Charte canadienne des droits et libertés*, partie I de la loi constitutionnelle de 1982 (annexe B de la loi de 1982 sur le Canada (1982), R.U., c.11) art. 11.

⁵¹ Voir Jacques BELLEMARE et Louise VIAU, *Droit de la preuve pénale*, Editions Thémis, 1992, pp.110-237; Voir aussi Roger E. SALHANY, *A Basic Guide to Evidence in Criminal Cases*, 2 éd. Carswell Publication, 1991, pp. 1-25; Jacques FORTIN, *Preuve pénale*, Montréal, Éditions Thémis, 1984, pp. 40-85.

(A) État actuel de l'admissibilité de la preuve d'identification par ADN

Dès son apparition devant les juridictions civiles et pénales, la preuve d'identification par ADN fut traitée en Grande-Bretagne et aux États-Unis comme une preuve de témoignage scientifique⁵². Certains tribunaux américains adoptèrent la doctrine de *Frye*⁵³ dont ils estimèrent les critères d'admissibilité appropriés⁵⁴ mais bien vite d'autres cours se tournèrent vers les règles plus souples de pertinence définie à travers les règles fédérales de la preuve adoptées en 1972⁵⁵. Au Canada, nous ne trouvons aucune jurisprudence adoptant explicitement le principe de *Frye* lors de l'admissibilité d'une preuve scientifique, même si en 1984 la Commission de réforme du droit du Canada a penché pour la doctrine suivante:

«...la recevabilité même des différents résultats des méthodes d'investigation, sur lesquels sont basées les opinions scientifiques des experts, peut dépendre notamment de leur degré de précision scientifique... Nous pensons que les méthodes qui ne répondent pas

⁵² Edward J. IMWINKELRIED, «The Evolution of the American Test for the Admissibility of Scientific Evidence», (1990) 30 *Med.Sci.Law*, p. 60.

⁵³ *Frye v. United States*, 293 F. 1013 (1923).

⁵⁴ Anthony PERSALL, «DNA Printing : the Unexamined "Witness" in Criminal Trials», (1989) 77 *California Law Review* 665, p. 689.

⁵⁵ Mark J. FURHRMAN, *op. cit.*, note 26, p. 9; l'auteur cite la cause *Coppolino v. State* 223 So. 2d 68 (Fla. Dist. ct. App. 1968) où on a reconnu la discrétion du juge à admettre une nouvelle preuve scientifique à condition de ne pas abuser de cette discrétion; Edward T. BLAKE «Scientific and Legal Issues Raised by DNA Analysis», dans J. BALLANTYNE, G. SENSABAUGH et J. WITKOWSKI, *DNA Technology and Forensic Science*, 32 Banbury Report, 1990, p. 109. Voir aussi les articles 401, 402, 403, 702 et 703 du *Federal Rules of Evidence* dans John C. KLOTTER, *Criminal Evidence*, 5ème éd., Cincinnati, Anderson Publishing Co., 1992, pp. 681, 688-689.

aux critères énoncés dans l'affaire Frye devraient être mises en doute.»⁵⁶

Ce vigoureux plaidoyer pour la doctrine de Frye nous amène à nous interroger (1) sur cette théorie, (2) sur l'utilité en matière de preuve d'identification par ADN de la théorie classique de la pertinence.

1. La théorie de *Frye*

La principale assertion soutenue dans l'arrêt *Frye* est la théorie de l'acceptation générale scientifique. Cette théorie a suscité de nombreuses critiques, car l'acceptation générale d'une technique par la communauté scientifique ne donne pas l'assurance de sa fiabilité⁵⁷.

1.1 La théorie de l'acceptation générale scientifique

Dans l'arrêt *Frye*, une affaire de meurtre où le détecteur de mensonge fut utilisé comme méthode d'investigation, la cour a énoncé sa théorie en matière d'admissibilité d'une preuve scientifique: toute preuve basée sur une nouvelle technique scientifique ne doit être admissible que s'il y a acceptation générale de la technique par la communauté scientifique qui l'utilise. Le libellé de cette théorie reste cependant bien difficile à saisir. En effet, que recouvre l'acceptation générale? Est-ce l'unanimité de tous les scientifiques? Quelle est la discipline ou la spécialité pertinente qui devrait être retenue pour les analyses génétiques: est-ce celle de la biologie moléculaire, de la biochimie, de la génétique démographique ou d'une

⁵⁶ COMMISSION DE RÉFORME DU DROIT DU CANADA, *Les méthodes d'investigations scientifiques*, document de travail 34, 1984, p. 27.

⁵⁷ Voir *State of New York v. Castro*, 545 N.Y.S. (2d) 986 (1989).

catégorie d'experts connus comme généticiens de la population?⁵⁸ Dans les procédures criminelles, les échantillons prélevés sur les lieux du crime pouvant être contaminés, devrait-on exiger l'approbation des scientifiques en biologie environnementale quant à la fiabilité des résultats obtenus de tels échantillons? La lecture de la cause canadienne *R. c. Parent*⁵⁹ semble militer pour une approche globale du champ d'expertise qui sera celui retenu par le procureur du ministère public avec le consentement de la défense. Une autre question mérite d'être soulignée : à quel niveau situer l'acceptation générale? Au niveau de la théorie, des techniques et expérimentations ou des trois? Selon un tribunal américain⁶⁰, l'acceptation générale ne signifie pas que la technique soit connue de toute la communauté scientifique, mais seulement qu'elle soit reconnue généralement comme fiable. Cette approche de l'admissibilité fut adoptée par plusieurs tribunaux dans des causes d'identification génétique aux États-Unis⁶¹. D'autres tribunaux l'interprétèrent plus largement en y ajoutant l'exigence d'impartialité; ce fut la règle *Frye-Kelly*⁶². Cependant, dans l'ensemble, la théorie de *Frye* fut rejetée par beaucoup d'autres, qui trouvèrent l'expression acceptation générale trop laxiste et la théorie de *Frye* vague et difficile à appliquer⁶³.

⁵⁸ *People v. Wesley*, 140 Misc. (2d) (1988).

⁵⁹ 1988] A.J. n° 1125, (Alta Q.B.), non rapporté.

⁶⁰ *State of New York v. Castro*, précité, note 57.

⁶¹ *State of Maryland v. Cobey*, 80 M.D. App. 31, 559 (1989); *People v. Wesley*, précité, note 58; *People v. Bailey*, 140 Misc. (2d) 317 (1988); *State v. Schwartz*, 447 N.W. (2d) 422 (1989).

⁶² *People v. Kelly*, 17 Cal. (3d) 24 (1976) : en vertu de la règle *Frye-Kelly*, la technique doit être non seulement généralement acceptée et fiable mais encore l'expert doit être aussi bien qualifié pour donner une opinion qu'impartial.

⁶³ Patrick KNOLL, «*Parent : An Auspicious Beginning for DNA Genotyping in Canada*», (1989) 65 *Alta. L. R.* (2d), p. 29.

1.2 Le rejet de la théorie de *Frye*

De nombreux reproches furent adressés au test de *Frye* en ce sens qu'il représente une abdication de la responsabilité judiciaire⁶⁴. Comme l'écrit un auteur canadien, «la doctrine de *Frye* donne à la communauté scientifique et non à la communauté légale, le dernier mot de l'admissibilité»⁶⁵. De même, le critère de *Frye* ne dit rien sur le degré d'acceptation générale dont on a besoin pour établir la fiabilité de la technique (acceptation majoritaire ou unanime?). Selon le professeur Gianelli, le critère de *Frye* masque les problèmes cruciaux relatifs à l'utilisation d'une technique spécifique en se focalisant surtout sur le point de l'acceptation générale⁶⁶.

Les tribunaux canadiens, malgré la recommandation favorable de la Commission de réforme du droit du Canada (comme nous l'avons mentionné plus haut), ne retinrent pas le test de *Frye*⁶⁷. Il va de soi que de prime abord la règle

⁶⁴ Pour les critiques, voir Alisa P. ADEMA, «DNA Fingerprinting Evidence : The Road to Admissibility in California», (1989) 26 *San Diego Law Review*, pp. 397-398; Janet C. HOFFEL, «The Dark Side of DNA Profiling : Unreliable Scientific Evidence Meets the Criminal Defendant», (1990) 42 *Stanford Law Review*, pp. 506-507; Lorne T. KIRBY, *DNA Fingerprinting : An Introduction*, New York, W.H. Freeman and Company, 1992, pp. 196-199.

⁶⁵ John WALSH, «Legal Issues of Identification : A Canadian Perspective», (1990), communication donnée au mini symposium sur l'ADN organisé par la Société canadienne des sciences judiciaires», Ottawa, p. 156 : «*Frye* gives the scientific community, not the legal community, the last word on admissibility» (traduction).

⁶⁶ GIANNELLI, «The Admissibility of Novel Scientific Evidence : *Frye v. United States*, a Half-Century Later», (1980) 80 *Colum. L. Rev.*, p. 1197.

⁶⁷ *R. c. Medvedew* (1978) 43 C.C.C. [2d] 434, 6 C.R. (3d) 185 (Man. C.A.), une cause concernant l'empreinte vocale. Il est bon de mentionner ici la dissidence du Juge O'Sullivan qui opta pour le test de *Frye* qu'il estime plus en conformité avec les principes de Common Law. Voir aussi *R. c. Béland* [1987] 2 R.C.S. 398 : le juge Wilson, dissidente, en s'interrogeant sur le test de *Frye* écrit : «le critère de l'acceptabilité générale posé dans l'affaire *Frye* a maintenant cédé le pas aux Etat-Unis à celui de fiabilité raisonnable».

fondamentale s'applique, soit l'admissibilité de toute preuve pertinente au litige⁶⁸. Toutefois, la pertinence ne suffit pas toujours. Le juge peut exclure cette preuve si son effet préjudiciable l'emporte substantiellement sur sa valeur probante⁶⁹. Cette preuve ne doit pas non plus être obtenue en violation d'un droit garanti par la Charte. Dans ce dernier cas, il faudra appliquer l'article 24 (2) de celle-ci⁷⁰. C'est ce qui ressort des arrêts récents de la Cour suprême du Canada qui a statué que le juge a le pouvoir discrétionnaire pour exclure la preuve si l'équité du procès est mise en cause⁷¹.

2. La théorie de la pertinence

La pertinence est une affaire de logique; elle «s'applique à tous les moyens de preuve; elle régit tout autant la preuve écrite ou testimoniale que la preuve relative aux objets trouvés en la possession de l'accusé».⁷² C'est «tout ce qui est en accord avec le bon sens»⁷³. Dans l'arrêt *Corbett*⁷⁴, le juge La Forest écrit : «le principe de pertinence contribue à assurer un procès équitable dans le cadre duquel justice est rendue». Le fait pertinent permet à une personne raisonnable de croire à l'existence ou à la non-existence d'un élément de l'infraction. Selon le juge

⁶⁸ Une preuve pertinente est une preuve susceptible de faire avancer une enquête, de permettre «au juge et au jury de découvrir la vérité et de bien trancher les questions en litige» : *R. c. Seaboyer*, [1991] 2 R.C.S. 577.

⁶⁹ *R. c. Potvin*, [1989] 1 R.C.S. 525.

⁷⁰ Ce paragraphe 24(2) prévoit que les éléments de preuve obtenus dans des conditions qui portent atteinte aux droits et libertés de la Charte «seront écartés s'il est établi, eu égard aux circonstances, que leur utilisation est susceptible de déconsidérer l'administration de la justice».

⁷¹ *R. c. Potvin*, précitée, note 69; *R. c. Seaboyer*, précitée, note 68.

⁷² *Cloutier c. La Reine*, [1979] 2 R.C.S. 709.

⁷³ Peter K. McWILLIAMS, *Canadian Criminal Evidence*, 3^{ème} éd., Toronto, Canada Law Book, 1988, pp. 3-5.

⁷⁴ *R. c. Corbett*, [1988] 1 R.C.S. 670.

Sopinka, «la pertinence dépend beaucoup des autres éléments de preuve et des autres points en litige dans une affaire»⁷⁵. «C'est un facteur fondamental à l'appréciation de la force probante du moyen offert»⁷⁶ que le juge se doit d'examiner en vertu de son pouvoir discrétionnaire.

2.1 La discrétion judiciaire

Différentes interprétations découlent de ces termes «discrétion judiciaire». Pour plusieurs, il s'agit d'une certaine liberté de choix individuel laissée au juge du procès d'exclure une preuve admissible. D'autres y voient le pouvoir de rendre des jugements définitifs quant aux questions de faits. Certains, enfin, insistent sur les éléments subjectifs, intuitifs, imaginatifs et émotionnels de la discrétion⁷⁷. La discrétion est une question de degré puisque chaque décision judiciaire implique un choix. La difficulté à résoudre se trouve au niveau du degré de choix. Selon les arrêts *Seaboyer*⁷⁸, *Potvin*⁷⁹ et *Sweitzer*⁸⁰, le juge peut écarter une preuve admissible si son effet préjudiciable l'emporte ~~substantiellement~~ sur sa valeur probante alors que les arrêts *Morris*⁸¹ et *Wray*⁸², suggéreraient plutôt une interprétation étroite du pouvoir judiciaire avec deux éléments à considérer : une

⁷⁵ *R. c. Morin*, [1988] 2 R.C.S. 345.

⁷⁶ Jacques FORTIN, *op. cit.*, note 51, pp. 48.

⁷⁷ Pour cette distinction, voir Archie CAMPBELL, «Charter of Rights — S. 24(2)», dans *Criminal law and the Charter of Rights and Freedoms - An Update*, Department of Education, the Law Society of Upper Canada, Osgoode Hall, Toronto, 1985, p. A-12.

⁷⁸ *R. c. Seaboyer*, précitée, note 68.

⁷⁹ *R. c. Potvin*, précité, note 69.

⁸⁰ *Sweitzer c. R.*, [1982] 1 R.C.S. 525.

⁸¹ *Morris c. R.*, [1983] 1 R.C.S. 190.

⁸² *R. c. Wray*, [1971] R.C.S. 272; le principe de cet arrêt ne représente plus l'état de notre droit en matière d'admissibilité.

valeur probante minime et un effet préjudiciable élevé. Ce pouvoir discrétionnaire du juge est modifié par la Charte canadienne.

2.2 L'impact de la Charte

Il n'est pas sans intérêt de rappeler que la Charte canadienne joue un rôle central dans le droit criminel et particulièrement dans l'admissibilité d'une preuve qui aurait été obtenue en violation d'un droit garanti. En effet, l'article 24(2) de la Charte assure une protection à l'accusé en lui offrant la possibilité de demander l'exclusion de la preuve lorsque des droits ou libertés garantis par la Charte ont été enfreints. Dans l'arrêt *Collins*⁸³, la Cour suprême du Canada a énoncé une liste non exhaustive des facteurs pertinents qui pourraient aboutir à la déconsidération de la justice. Ce sont «les facteurs reliés à l'équité du procès, les facteurs qui se rapportent à la gravité de la violation et les facteurs qui concernent l'exclusion de la preuve»⁸⁴. La déconsidération de l'administration de la justice est examinée selon la norme de la personne raisonnable⁸⁵, objective et bien informée de toutes les circonstances de l'affaire⁸⁶. La nature de la preuve est aussi importante dans l'appréciation de la déconsidération; ainsi l'obtention d'une preuve matérielle en violation d'un droit de l'accusé n'affectera pas généralement l'équité du procès puisqu'elle existe indépendamment de la violation de la Charte⁸⁷ alors que la preuve «auto-incriminante» sera généralement rejetée si elle est obtenue dans

⁸³ *R. c. Collins*, [1987] 1 R.C.S. 265.

⁸⁴ Pierre BÉLIVEAU et Bernard LETENDRE, *Précis élémentaire de la preuve pénale*, Montréal, Éditions Thémis, 1992, p. 40.

⁸⁵ Voir Archie CAMPBELL, *op. cit.*, note 77, p. A-36 : «L'homme (*sic*) raisonnable est un homme (*sic*) de la rue, un homme (*sic*) ordinaire, prudent, plein de bon sens, intelligent».

⁸⁶ Voir *R. c. Collins*, précité, note 83.

⁸⁷ *R. c. Black*, [1989] 2 R.C.S. 138.

l'irrespect d'un droit inscrit à la Charte⁸⁸. C'est à l'accusé qu'incombe la charge de prouver la violation ou la négation de l'un des droits garantis par la Charte, s'il veut se prévaloir des dispositions de l'article 24(2). Cette preuve doit se faire selon la règle de la prépondérance de probabilités⁸⁹. Quant à la nécessité d'un lien temporel entre l'obtention de la preuve et la violation d'un droit, la Cour suprême, dans l'arrêt *Strachan*, déclare qu'elle «n'est pas déterminante»⁹⁰.

Les tribunaux canadiens ont aussi fait référence au critère de l'utilité en le reliant à celui de pertinence, reprenant par là même ces critères traditionnels qui «fournissent un moyen de conserver ce qu'il y a de positif dans *Frye* sans qu'on ait à supporter ses inconvénients»⁹¹. Ainsi dans l'affaire *R. v. Doe*⁹², le juge Kurisko en arrive à la conclusion que : «les valeurs que cherche à protéger la théorie de *Frye* le sont déjà adéquatement par les critères traditionnels de la pertinence et de l'utilité». Il faut ici souligner que pour la preuve d'identification par ADN, nos tribunaux interviennent pour le moment sans avoir de normes précises. Ainsi, dans l'affaire *Parent*⁹³, la première cause relative aux analyses génétiques au Canada, il ne fut même pas question de formuler des critères d'admissibilité, car la preuve fut admise par consentement. Dans *Terceira*⁹⁴, la

88 *R. c. Manninen*, [1987] 1 R.C.S. 1233.

89 *R. c. Collins*, précité, note 83.

90 *R. c. Strachan*, [1988] 2 R.C.S. 980, p. 1006.

91 *R. c. Béland*, précité, note 67.

92 *R. v. Doe* (1986) 31 C.C.C. (3d) 353. «The values sought to be protected by *Frye* appear to have been adequately preserved by the exercise of restraint in the use of the more flexible traditional relevancy and helpfulness approach» (traduction).

93 *R. v. Parent*, précité, note 59.

94 *R. v. Terceira*, 6 octobre 1992, (Ont. Ct. Gen. Div.), non rapporté : les questions de la technique sont prouvées et donc admissibles lorsqu'il existe encore des incertitudes sur la question de population de référence qui de ce fait ne peut être encore admise.

cour adopta le critère de «fiabilité raisonnable»; dans *R. v. Dieffenbaugh*⁹⁵, le tribunal opta pour le critère de pertinence et de la véracité. Dans les autres causes canadiennes, on note une tendance des tribunaux pour une évaluation positive de la preuve d'identification par ADN; la pertinence et l'utilité de la preuve pour le juge et le jury sont les critères d'admissibilité applicables au Canada.

(B) Critères de pertinence et d'utilité : critères élaborés par la jurisprudence

Les critères de pertinence et d'utilité sont apparus avec la cause *McNally*⁹⁶ et ont continué d'être approuvés par nos tribunaux dans des causes comme *Keenan et Hunt*⁹⁷, *Bourguignon*⁹⁸, *Voyne Mathias Baptiste*⁹⁹, *Légère*¹⁰⁰, *Johnston*¹⁰¹, *Singh*¹⁰², *Lafferty*¹⁰³. Mais dans *Johnston*, le juge Landom a vite fait d'ajouter que si la pertinence et l'utilité sont appropriées comme critères d'admissibilité, il faudrait cependant, dans certains cas, ajouter un autre critère : à savoir que l'effet préjudiciable de la preuve ne dépasse pas sa valeur probante. Les juges du Québec, quant à eux, réaffirmaient les critères de pertinence et d'utilité

⁹⁵ (1993) 80 C.C.C. (3d) 97 (C.A. C.B.)

⁹⁶ *R. v. McNally*, 4 avril 1989, Ont. D. C, n° 3751, non rapporté.

⁹⁷ *R. v. Keenan and Hunt*, 11 décembre 1990, (Ont. C.), non rapporté.

⁹⁸ *R. v. Bourguignon*, 14 janvier, 1991, (Ont. C.), non rapporté.

⁹⁹ *R. v. Voyne Mathias Baptiste*, 14 mars 1991, 38 (C.S. C.-B.), non rapporté. L'honorable juge Hamilton écrit : « ..where it is relevant and would be helpful to the jury, the evidence should be admitted. »; 10 février 1994 (C.A.C.-B.), non rapporté.

¹⁰⁰ *R. v. Légère*, 29 août 1991, (C.B.R.N.-B.), non rapporté.

¹⁰¹ *R. v. Johnston*, (1992) 69 C.C.C. (3d) 395 (Ont. Ct. Gen. Div.).

¹⁰² *R. v. Gary Singh*, 1er avril 1993, (C.S. C.-B.), non rapporté.

¹⁰³ *R. v. Lafferty*, [1993] N.W.T.J. n° 17.

notamment dans les causes de *Santerre*¹⁰⁴, *Dorion*¹⁰⁵ et *Trottier*¹⁰⁶. A l'heure présente, les décisions ont été dans l'ensemble¹⁰⁷ rendues en première instance. La fiabilité de la méthode réussira-t-elle à convaincre tous les tribunaux d'appel de son admissibilité? On peut penser que l'intervention de ceux-ci contribuerait à asseoir des critères appropriés d'admissibilité et que la preuve d'identification par ADN ne sera pas menacée de prohibition absolue comme la méthode du polygraphe¹⁰⁸.

Nous ne voulons pas reprendre ici en détail la question relative à la pertinence de la preuve. Nous mentionnerons tout simplement que pour la preuve d'identification par ADN, l'appréciation de la pertinence se fait compte tenu de la connexité entre les faits que l'on veut prouver et le crime qui est reproché. Il est donc primordial d'établir avec certitude le lieu de provenance des échantillons utilisés pour les analyses (ceux qui appartiennent au suspect et ceux de la localisation du crime) car l'absence de lien entre la provenance et la question en litige est une cause de non-pertinence. À cette condition de provenance s'ajoute l'exigence de la fiabilité. Si toutes ces conditions sont réunies, la preuve d'identification par ADN passera pour pertinente au regard du droit pénal canadien. Cependant, si pertinente qu'elle soit, son utilité (1) doit être démontrée au juge et au jury qui devront être convaincus de sa force probante (2).

¹⁰⁴ *R. c. Santerre*, 23 octobre 1991, Cour Supérieure, n°500-01-017961-902, non rapporté.

¹⁰⁵ *R. c. Dorion*, 17 décembre 1992, Cour Supérieure, n°500-01-019135-919, non rapporté.

¹⁰⁶ *R. c. Trottier*, octobre 1992, Cour Supérieure, n°500-01-25883-908, non rapporté.

¹⁰⁷ Une première décision fut déjà rendue en appel; Voir *R. v. Voyne Mathias Baptiste*, précité, note 99.

¹⁰⁸ Voir *R. v. Béland*, précité, note 67.

1. Utilité comme preuve matérielle et comme témoignage d'expert

La preuve d'identification par ADN appartient à la fois à la catégorie des preuves matérielles et à celle des preuves d'opinion et doit démontrer son utilité par rapport à ces deux moyens de preuve¹⁰⁹. C'est au juge d'être convaincu de l'utilité qu'apporterait cette preuve au jury, mais ce serait à ce dernier de décider de sa force probante¹¹⁰. La preuve doit permettre au juge et au jury de découvrir la vérité. Sa haute complexité technique nécessite l'assistance d'un expert pour aider le juge et le jury à prendre une décision éclairée. C'est au juge de décider, au cours d'un voir-dire, de la présentation ou non de la preuve au jury. Pour cela il doit tenir compte de la compétence et de la qualité de l'expert et s'assurer que le jury soit capable d'évaluer la force probante de preuve présentée¹¹¹.

2. Valeur probante de la preuve

La présentation d'une preuve matérielle qu'est l'échantillon biologique est un moyen de preuve privilégié. La technologie a permis de conserver trace de ces éléments matériels, cependant les résultats sont tributaires de l'interprétation de l'expert. Par ailleurs, il existe une zone grise provenant de la rapidité des développements technologiques dans ce domaine qui crée une incertitude et de ce fait contribue à discréditer les probabilités affirmées dans le cadre de la preuve d'identification par ADN. Néanmoins, on peut s'attendre à ce que les analyses

¹⁰⁹ La preuve d'identification par ADN ne peut être utile au jury que si l'aspect technique est exposé au jury par un expert qualifié.

¹¹⁰ *R. v. McNally*, précité, note 96.

¹¹¹ Marie LUSSIER, «Genes and Canadian Criminal Law», 1992, 71 *R. du B. Can.*, p. 344.

génétiqes aient une très grande incidence sur les taux de condamnations¹¹². En effet, bien souvent, la nature de la preuve peut emporter la conviction du juge et des jurés même s'ils ne sont pas liés par le résultat de l'expertise. «Plus la technique est complexe, plus la confiance des jurés pourra être aveugle»¹¹³, car ceux-ci pourraient accorder une valeur probante à cette technique et aux probabilités statistiques sans analyser la qualité et la fiabilité de la méthode. Il importe donc de prémunir le système judiciaire contre l'auréole d'une preuve scientifique car le but ici recherché est l'établissement de la vérité. L'admissibilité de cette preuve comme témoignage d'expert usurperait-elle les fonctions du juge et des jurés et aboutirait-elle au renversement du fardeau de la preuve et à la destruction de la présomption d'innocence?

2.1 Probabilité et langage

Le langage est bien souvent une cause d'incompréhension entre juristes et scientifiques, ce à cause du particularisme de langage de chaque discipline. En matière de preuve d'identification par ADN, il semble donc important d'examiner les définitions du terme probabilité. Pour le scientifique qu'est l'expert, la probabilité équivaut quasiment à une certitude, soit jusqu'à 99%, alors que le juriste s'attache à une «certitude raisonnable», car n'oublions pas qu'en matière pénale le droit exige une preuve hors de tout doute raisonnable avant de condamner, et que le ~~moindre~~^{meilleur} doute doit profiter à l'accusé. Quelle est donc la portée de la probabilité employée par les scientifiques pour établir la certitude de leur identification? Avec les statistiques faramineuses des experts, le jury peut être

¹¹² Voir LIFECODES CORPORATION, *Test d'identification des empreintes génétiques de l'ADN : renseignements généraux*, 1986, p. 17.

¹¹³ Pierre PATENAUDE, *La preuve, les techniques modernes et le respect des valeurs*, Revue de droit Université de Sherbrooke, 1990, p. 147.

déconcerté par ce terme qui dénote une certitude irréfutable et ne laisse aucune place à l'appréciation des autres éléments. Dans plusieurs causes d'analyses génétiques la question s'est posée. Selon le juge Flanigan, dans la cause *Bourguignon*¹¹⁴, le témoignage de l'expert concernant les tests et les techniques est admissible comme une question de fait pour le jury, mais inadmissible en droit lorsqu'il est relié à la statistique des probabilités, opinion rejetée par le juge Hamilton dans la cause *Baptiste*¹¹⁵:

«toutes questions relatives aux points faibles de l'interprétation ou des limites des banques de données sont, à mon avis, des questions qui doivent être analysées et pesées ensemble par le jury avec tous les autres éléments de preuve.»

Le juge doit donc prendre tous les moyens pour se prémunir contre l'erreur scientifique et instruire le jury en conséquence, car les statistiques démontrant une forte probabilité d'identification ne permettent pas automatiquement de conclure à la culpabilité de l'accusé. Devrait-on aller jusqu'à interdire à l'expert de citer les statistiques?

2.2 Preuve hors de tout doute raisonnable

La culpabilité de l'inculpé doit être prouvée «hors de tout doute raisonnable» eu égard à chacun des éléments de l'infraction, la preuve de l'identification étant une preuve indirecte. En vertu du principe de la présomption d'innocence, principe qui se trouve au centre du droit criminel, le fardeau de la

¹¹⁴ *R. v. Bourguignon*, précité, note 98.

¹¹⁵ *R. v. Baptiste*, précité, note 99.

preuve repose sur les épaules de la couronne. Ainsi le juge Dickson, dans l'arrêt *Oakes*¹¹⁶, déclare que

«...le droit, prévu par l'al. 11d), d'être présumé innocent tant qu'on n'est pas déclaré coupable exige à tout le moins que, premièrement, la culpabilité soit établie hors de tout doute raisonnable et, deuxièmement, que ce soit à l'État qu'incombe la charge de la preuve.»

C'est donc à une «justice de conviction» que sera soumis l'accusé. Si un doute raisonnable subsiste soit sur les éléments du crime soit sur la crédibilité de la preuve (même si c'est une preuve d'identification par ADN), le juge et le jury ne pourraient rendre qu'un verdict de non-culpabilité.

Comme nous le mentionnons plus haut, les analyses génétiques semblent satisfaire aux objectifs du système pénal, c'est-à-dire faire éclater la vérité en établissant avec un haut degré de certitude la culpabilité ou l'innocence, protéger la société et réduire la criminalité. Il n'en demeure pas moins que leur remarquable spécificité nous met face à des perspectives inquiétantes. En effet, les désirs de vérité et de prévention pourraient amener quelquefois à la violation des valeurs fondamentales. Avec l'informatisation des données, cette preuve biologique pourrait même être employée comme un moyen de contrôle social¹¹⁷ si l'on se fonde sur la thèse du déterminisme génétique¹¹⁸. Face à ces dangers, il nous

¹¹⁶ *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 121.

¹¹⁷ Ne pourrait-on pas imaginer qu'un gouvernement collecte des renseignements génétiques personnels au moyen des tests d'analyse génétiques afin de découvrir des caractéristiques asociales chez certaines personnes, caractéristiques qui les prédisposeraient au crime? Ces «mésadaptés sociaux» seraient étiquetés et feraient l'objet de surveillance accrue : voir D. SUZUKI et P. KNUTSDON, *Genethics : The Ethics of Engineering Life*, Stoddart, 1988, pp. 151-152.

¹¹⁸ Bartha Maria KNOPPERS, *Dignité humaine et patrimoine génétique*, Commission de réforme du droit du Canada, Document d'étude, 1991, pp. 47-50 : le déterminisme génétique sous-entend que l'individu est ce qu'il est à cause de ses gènes.

semble opportun d'analyser le risque de l'utilisation de cette preuve sur nos droits fondamentaux et de nous interroger sur la capacité du droit à assurer la dignité humaine.

III LA PREUVE D'IDENTIFICATION PAR ADN ET LES DROITS ET LIBERTÉS

Comme toute autre technologie scientifique, la preuve d'identification par ADN pose le dilemme suivant : le savoir et le pouvoir confrontés aux garanties des droits de la personne et de la justice sociale. En effet, avec l'analyse génétique, c'est la personne toute entière qui est l'enjeu de pouvoirs; la personne dans sa dimension physique, dans sa dimension humaine et sociale, la personne dans sa dimension cosmique.

La preuve obtenue par analyse génétique semble être porteuse de bénéfices notables pour la justice dans le domaine de l'identification; mais il ne fait nul doute que l'utilisation de cette preuve sans un contrôle efficace générera de nombreux problèmes. Les risques et les atteintes à la dignité humaine peuvent se multiplier (atteinte aux droits fondamentaux renforcés par les problèmes liés à la collecte et l'utilisation des échantillons, l'informatisation et la création des banques de données, les questions de sécurité génétique, les questions de coût, les questions de répercussion familiale et sociale, etc....). Les implications sociales sont très graves à cause du caractère intrinsèque du matériel utilisé.

Des textes constitutionnels tels la Charte canadienne¹¹⁹ ou quasi constitutionnels comme la Charte québécoise¹²⁰ garantissent des droits et libertés

¹¹⁹ *Charte canadienne*, précitée, note 50.

¹²⁰ *Charte des droits et libertés de la personne*, L.R.Q., c. C-12.

qui ne «peuvent être restreints que par une règle de droit»¹²¹. Mais il faudrait songer dès maintenant à fixer les limites de l'utilisation de la technique, à dispenser de l'information adéquate à toute la société et à l'amener à faire des choix responsables pour une justice sociale. Dans une société libre et démocratique le respect de la dignité de l'être humain (A) est un droit fondamental. Pour cela, nous devons nous diriger vers un encadrement adéquat de l'usage de cette technique (B).

(A) Le respect de la dignité humaine

La dignité humaine est

*«considérée comme le fondement du droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de la personne, du droit à la protection contre les fouilles, les perquisitions et les saisies abusives, du droit à l'égalité et du droit à la protection contre la discrimination énoncés dans la Charte canadienne des droits et libertés.»*¹²²

Cette dignité s'exprime non seulement à travers les droits fondamentaux (1), mais aussi à travers les droits de la défense (2). En effet, «tous les droits de l'homme découlent du respect de cette dignité inhérente»¹²³.

1. Les droits fondamentaux

Les droits qui sont les plus souvent remis en cause par les analyses génétiques sont les garanties applicables pendant la phase précédant le procès et particulièrement pendant les enquêtes policières. Cependant, avec la mise en

¹²¹ *Charte canadienne*, précitée, note 50, art.1.,

¹²² Bartha Maria KNOPPERS, *op. cit.*, note 118, p. 2.

¹²³ *Id*, p. 26.

banque des échantillons et l'informatisation des données, les violations s'étendent aussi à la phase postérieure au procès; ces violations ne touchent plus au suspect ou à l'accusé uniquement, mais encore à ses proches et à son patrimoine génétique. Des garanties juridiques protègent l'individu contre ces invasions qui peuvent être physiques, psychiques ou familiales.

1.1 Le droit à l'intégrité

Ce droit découle du droit à la vie, à la liberté et à la sécurité protégé par l'article 7 de la Charte canadienne, du droit à la protection contre les fouilles et les perquisitions ou les saisies abusives de l'article 8 de la même Charte et du droit à la dignité énoncé dans l'article 5 et 8 de la Charte québécoise. La liberté individuelle suppose le droit au respect de son intégrité physique. Ainsi, nul ne doit être soumis à des prélèvements sans son consentement, à moins que la loi ne l'y oblige¹²⁴.

Les échantillons biologiques qui serviront à la constitution de la preuve d'ADN sont donc un élément déterminant de l'intégrité de la personne humaine et sont protégés contre toute atteinte arbitraire. Par conséquent, les suspects doivent donc donner leur consentement pour un prélèvement et l'inobservance de cette condition peut être considérée comme une saisie et entraîner l'exclusion de ces éléments de preuve¹²⁵. Selon le juge La Forest, la distinction entre une saisie et la simple réunion d'éléments de preuve se situe au point où il devient raisonnable de dire que l'individu n'a plus d'intérêt intime relatif à l'objet qui serait saisi¹²⁶. Ainsi,

¹²⁴ Voir les articles 256 à 258 du *Code criminel* et l'article 2 de la *Loi sur l'identification des criminels*.

¹²⁵ *R. v. Stillman*, 8 mars 1993, (C.B.R. N.-B.), non rapporté : les échantillons de poils et de cheveux relevés malgré les objections de celui-ci ont été jugés illégalement obtenus.

¹²⁶ *R. v. Dymont*, [1988] 2 R.C.S. 417.

dans la cause *Dyment*, la saisie par un policier d'un échantillon de sang recueilli par le médecin pour des causes médicales et sans le consentement de l'appelant a été jugée illégale sous l'article 8 de la Charte canadienne¹²⁷.

En matière d'analyses génétiques, il n'y a pas lieu de faire la distinction entre prélèvements internes ou externes, prélèvements intimes ou non intimes comme l'énonce en Grande-Bretagne l'article 65(1) du *Police and Criminal Evidence Act*¹²⁸ de 1984, car, en principe, tous les éléments biologiques contiennent le code génétique de l'individu. Leurs saisies sans consentement, contrairement à ce qui a été décidé pour les empreintes digitales¹²⁹, constituent une violation qui enfreint l'article 7 de la charte¹³⁰. Qu'en est-il des substances corporelles abandonnées qui peuvent être réunies par la police dans le cadre de la réunion d'éléments de preuve? Selon la Charte, lorsqu'une personne cesse d'avoir une expectative raisonnable de vie privée sur une substance corporelle, ses droits ne peuvent être enfreints au regard de cette substance. Ainsi, la réunion de ces éléments ne constitue nullement une violation¹³¹. Pour un accusé détenu, «même

¹²⁷ *Id.* Selon le juge La Forest, «l'article 8 ne vise pas uniquement à protéger la propriété, mais aussi les intérêts privés en matière de vie privée contre les fouilles, les perquisitions et les saisies». Voir aussi *R. v. Pohoretsky*, [1987] 1 R.C.S. 945. Voir aussi *R. c. Dersch*, [1993] 3 R.C.S. 768 : la transmission à la police des prélèvements recueillis par un médecin à des fins médicales est assujettie à la charte.

¹²⁸ *Police and Criminal Evidence Act*, 1984, Code of Practice (second edition 1991) : les prélèvements non intimes sont possibles sans le consentement de l'intéressé, mais sur ordre d'un superintendant alors que pour les prélèvements intimes, en plus de l'assentiment du superintendant il faut le consentement écrit de l'individu.

¹²⁹ *R. c. Beare & Higgins et al.*, (1989) 66 C.R. (3d) 97.

¹³⁰ *R. v. Légère*, (1988) 43 C.C.C. (3d) 502.

¹³¹ *R. v. Stillman*, précitée, note 125 : la police a récupéré dans une poubelle une serviette en papier contenant du mucus, le suspect, s'étant mouché avec celle-ci pendant son arrestation. L'échantillon de mucus a été jugé légalement recueilli. Voir aussi *R. v. Légère*, 29 août 1991 (C.B. N.-B.), non rapporté : le suspect s'étant légèrement blessé pendant son arrestation, s'est essuyé le nez avec un mouchoir en papier qu'il a ensuite jeté à la poubelle. Le spécimen de sang recueilli sur le mouchoir en papier récupéré par la police est admissible.

si la réunion d'échantillons biologiques peut présenter une petite difficulté»¹³², cela ne pourrait être assimilé à une saisie et fouille abusive, car cela ne viole pas le droit à une expectative raisonnable de la vie privée si la fouille a été conduite de bonne foi et non dans un dessein de châtiments¹³³. Selon la jurisprudence, le respect de la vie privée est moins garanti à l'intérieur d'une prison que dans la vie ordinaire car les perquisitions et inspections sont très fréquentes et nécessaires dans une prison de sécurité maximum¹³⁴. Cependant, comme le fait remarquer le juge MacKay dans l'affaire *Jackson*¹³⁵, même si la vie privée est limitée pour les prisonniers, il n'en reste pas moins que les droits de ceux-ci ne peuvent être restreints qu'en accord avec les principes de justice fondamentale.

Quant au consentement exigé pour un prélèvement, il doit être libre et éclairé¹³⁶. La personne qui accepte le prélèvement ne doit avoir subi aucune pression d'ordre psychologique, socio-économique ou physique. Le droit pénal n'exige aucune formalité précise pour le consentement, il suffit que celui-ci soit valide¹³⁷. Cependant la validité du consentement ne fait pas disparaître

¹³² Patrick KNOLL, *loc. cit.*, note 63, pp. 34 : «...where an accused person is detained the gathering of some of this evidence may present little difficulty.», (Traduction)

¹³³ *Re Soenen and Thomas et al.* (1983) 8 C.C.C. (3d) 224 (Alta QB).

¹³⁴ *Warriner v. Disciplinary Tribunal of Kingston Penitentiary*, 7 décembre 1990, n° T-963-89 (non rapporté); voir aussi *Weatherall v. AG Canada et al.*; *Conway v. The Queen*; *Spearman v. Disciplinary Tribunal Bay Penitentiary et al* (1989) 59 CR (3d) 247.

¹³⁵ *Jackson v. Joyceville Penitentiary Disciplinary Tribunal*, (1990) 55 C.C.C. (3d) 50.

¹³⁶ *R. c. Rivest*, (1990) 20 M.V.R. (2d) 196 (C.Q.). dans cette cause, les policiers ont obtenu le consentement de l'accusé pour un prélèvement de sang sans lui expliquer la raison de la demande. La cour a jugé que cette preuve doit être exclue en vertu de l'article 24(2) de la Charte, alors que dans la cause *R. v. Young*, 2 novembre 1993 (C.S. T.-N.), non rapportée, bien qu'on n'ait pas précisé au suspect à quelles investigations seraient soumis les échantillons de matériel biologique fournis volontairement, ce consentement a été jugé libre et éclairé.

¹³⁷ Pour les conditions requises pour un consentement valide, voir *R. v. Wills*, 1992, 12 C.R. (4 th), 77-78. Voir aussi *Jobidon c. La Reine* [1991] 2 R.C.S. 714.

B. B. B.

l'expectative de la vie privée qu'aura un individu «dans le contexte informationnel»¹³⁸.

1.2 Le droit à la vie privée

Le droit à la vie privée est un droit fondamental de l'individu, un facteur essentiel à sa dignité. Car comme le mentionne le juge La Forest dans l'arrêt *Thomson Newspapers Limited*,

*«le soupçon qui pèse sur les personnes qui font l'objet d'une enquête criminelle peut compromettre sérieusement et peut-être de façon permanente leur statut dans la collectivité. Cet aspect à lui seul permettrait au citoyen de s'attendre à ce qu'on porte atteinte à son droit à la vie privée seulement lorsque l'État a démontré qu'il a des motifs sérieux de soupçonner qu'il est coupable.»*¹³⁹

Toute atteinte à ce droit est grave, comme le déclare le même juge dans *Dyment*: «l'utilisation du corps d'une personne, sans son consentement, en vue d'obtenir des renseignements à son sujet constitue une atteinte à une sphère de la vie privée essentielle au maintien de sa dignité humaine»¹⁴⁰. Plusieurs textes législatifs et constitutionnels ont consacré explicitement ou implicitement le droit à la vie privée. Ainsi l'article 5 de la Charte québécoise stipule : «toute personne a droit au respect de sa vie privée»; de même on retrouve de façon implicite ce droit dans les articles 7 et 8 de la Charte canadienne, car comme le dit le juge Dickson

¹³⁸ *R. v. Dyment*, précité, note 126, p. 428.

¹³⁹ *Thomson Newspapers c. Directeur des enquêtes et recherches*, [1990] 1 R.C.S. 425, p. 508.

¹⁴⁰ *R. v. Dyment* précité, note 126, p. 431.

dans l'arrêt *Hunter c. Southam Inc.*¹⁴¹ «l'objet de l'article 8 est de protéger les attentes raisonnables des citoyens en matière de vie privée». La preuve d'identification par ADN menace la vie privée de l'individu en y faisant des ingérences dans la zone d'intimité. Les atteintes peuvent donc être très graves lorsqu'il y a conservation et stockage des échantillons et des données. Qui devrait avoir accès à ces données sensibles et qui contrôlera leur utilisation? Quelle est la nature des informations susceptibles d'être révélées si on conserve des échantillons biologiques et si on constitue des banques de données?

1.2.1 La Conservation des échantillons et la constitution des banques de données

La conservation des échantillons pour une contre-expertise est une obligation si on veut satisfaire aux droits de la défense, surtout si une décision finale n'a pas été rendue. C'est un fondement à l'administration de la justice. On ne peut donc interdire aux autorités policières de colliger et de stocker les échantillons biologiques uniquement parce qu'ils contiennent de l'ADN; l'efficacité même du système pénal en dépend. On ne saurait non plus prohiber ces procédés opérationnels sans gêner l'investigation et le dépistage du crime. Dans la même optique, le but de la centralisation des données est de pouvoir effectuer très rapidement des recoupements entre les empreintes latentes et les caractéristiques génétiques de personnes fichées. Des banques informatisées de données d'empreintes digitales existent déjà et sont efficaces, mais la conservation des échantillons biologiques et l'informatisation des données génétiques peuvent faire craindre des récupérations préjudiciables aux droits de l'individu puisqu'un simple échantillon d'ADN contient toute l'information génétique de l'individu et

¹⁴¹ [1984] 2 R.C.S. 145, p. 149.

constitue une partie intime et privée. La question d'accès aux échantillons et de protection des données se pose avec acuité. Stocker des échantillons de matériels génétiques de criminels violents ou de récidivistes, comme il est fait dans l'État de Californie¹⁴² semble très pertinent, mais des mesures doivent être adoptées pour assurer leur protection, la confidentialité de l'information et la résistance à des influences extérieures. Il faut empêcher des personnes peu scrupuleuses d'utiliser les matériaux à des fins autres que judiciaires. Les informations recueillies dans le cadre des enquêtes judiciaires ne doivent donc pas servir à des fins médicales par exemple; cela est inacceptable et va à l'encontre du respect du droit à la vie privée.

Mais, est-ce que les échantillons biologiques fournis par un accusé pour des fins de comparaison peuvent être mis à la disposition de la défense? Dans la cause *Guevara*¹⁴³, il a été dit que tous les résultats d'échantillons fournis par l'accusé sont soumis au secret professionnel à moins que la défense ne cite à témoigner l'expert qui a effectué l'analyse. Ce raisonnement nous laisse perplexe; en effet, la technique d'identification par ADN est basée sur l'association des profils et consiste à établir les relations entre ces profils; comment alors dévoiler une partie des résultats sans révéler l'autre?

Quant à la preuve résultant d'échantillons biologiques prélevés sur un prévenu qui les a offerts volontairement peut-elle être utilisée contre lui dans des procédures judiciaires ultérieures? Selon la jurisprudence, le privilège de la non auto-incrimination de l'article 13 de la Charte canadienne ne s'applique qu'à l'incrimination testimoniale; elle ne vise pas la preuve physique ou matérielle.

¹⁴² *Le Code pénal de Californie (California Penal Code, (1992), West Publishing Company, para 290.2)* ainsi que certaines législations aux États-Unis permettent cette collecte d'échantillons pour fins de constitution de banques de données.

¹⁴³ *R. v. Guevara*, 7 Octobre 1993, (C. prov. C.-B.), non rapporté.

Cette interprétation restrictive de l'article 13 de la Charte sera appliquée quant à l'utilisation de la preuve provenant d'une analyse génétique.

En ce qui concerne les banques de données, bien qu'elles soient une aide précieuse pour la police et la justice dans leur souci de protection de la société¹⁴⁴, elles peuvent cependant constituer un véritable danger non seulement pour la vie privée de l'individu, mais aussi pour celle des tiers. En effet, l'information génétique stockée peut intéresser certaines personnes qui veulent avoir des renseignements sur les caractères génétiques d'un individu pour des raisons n'ayant aucun lien avec les enquêtes criminelles. Or, comme nous venons de le voir, «les données génétiques font partie du «domaine réservé», de la «sphère d'intimité» qu'il est au pouvoir de chacun de soustraire au regard, même bienveillant d'autrui»¹⁴⁵. Tout un chacun est libre de la communiquer ou non. Présentement, la question de mesure à prendre pour assurer une protection efficace de ces banques se pose. Faut-il réglementer la constitution de ces banques, l'accessibilité des données et leur durée de conservation, afin de limiter le risque d'atteinte aux droits de l'individu? Certes, plusieurs textes en droit québécois et canadien peuvent apporter des solutions précieuses sur cette question. Nous faisons allusion au *Code civil du Québec*¹⁴⁶, à la *Loi sur l'accès aux documents des organismes publics et sur la protection des renseignements personnels*¹⁴⁷, à la *Loi sur la protection des renseignements personnels*¹⁴⁸, et à

¹⁴⁴ Aux États-Unis, plusieurs affaires ont été résolues grâce aux banques de données contenant les dossiers génétiques des condamnés.

¹⁴⁵ Francis KERNALEGUEN, «La diffusion intra et inter-familiale de l'information génétique», dans *La génétique humaine : de l'information à l'informatisation*, Éditions Thémis et Litec, 1992, p. 252.

¹⁴⁶ L.Q. 1991, c.64, art. 37 qui requiert de «toute personne qui constitue un dossier sur une autre personne un intérêt sérieux et légitime».

¹⁴⁷ L.R.Q. c. A-2. Cette loi «ne parle pas de dossiers mais de fichiers de renseignements» : voir René LAPERRIÈRE, «La loi sur la protection des renseignements personnels dans

la *Loi sur la protection des renseignements personnels dans le secteur privé*¹⁴⁹. Mais ces législations sont insuffisantes et ne régissent ni la gestion des dossiers ni la circulation des renseignements.

1.2.2 Le droit à la confidentialité

La notion de dignité recouvre aussi le respect de la confidentialité des renseignements intimes concernant une personne. Cette confidentialité lui donne le pouvoir de contrôler la circulation de l'information parmi les tiers¹⁵⁰. Le droit à la confidentialité est ~~non~~ seulement personnel à l'individu, mais protège aussi son patrimoine ^{génétique} génique. En effet, avec l'informatisation des données génétiques, on touche à l'identité génétique de la personne; une information enregistrée sur l'ADN est égale non seulement à l'enregistrement du génome tout entier mais elle identifie et a un impact sur la famille. Les problèmes de confidentialité (confidentialité à l'intérieur des relations individus/familles, médecins/patients, citoyens/États) et d'accessibilité aux données restent donc entiers. La conservation des échantillons et des données est donc potentiellement dangereuse et met en jeu la vie et la sécurité de toute sa génération. Le droit à la confidentialité est donc aussi en péril.

le secteur privé - commentaire et guide d'interprétation», dans *Vie privée sous surveillance : la protection des renseignements personnels en droit québécois et comparé*, Éditions Yvon Blais, 1994, p. 151.

¹⁴⁸ L.R.C. (1985) c. P-21.

¹⁴⁹ L.Q. 1993, c. 17.

¹⁵⁰ Hélène GUAY et Bartha M. KNOPPERS, «Information génétique : qualification et communication en droit québécois», (1990) 21 *R.G.D.* 545, p. 565.

1.3 Le droit à la non-discrimination

La Charte canadienne dans son article 15(1) énonce le droit à la non-discrimination en vertu de sa race, son origine nationale ou ethnique...ou de ses déficiences mentales ou physiques. Selon la cour, dans l'arrêt *Andrews*¹⁵¹, «la discrimination est inacceptable dans une société démocratique». L'individu est protégé aussi bien contre la discrimination volontaire et directe que contre celle involontaire et indirecte. La distinction en vertu de son profil génétique ou de son appartenance à une ethnie ou à un sous-groupe porteur de maladie génétique peut-elle être perçue comme une discrimination? En effet, la police pourrait avoir tendance à recueillir des échantillons pour fins de tests d'ADN d'un certain groupe de suspects en fonction de leur race, ce disproportionnellement à leur représentativité dans la société. Déjà en Grande-Bretagne, un commissaire parlementaire a proposé la mise en fiches de tous les hommes adultes pour, soi-disant, prévenir les cas d'agressions sexuelles¹⁵².

2. Les droits de la défense

La contre-expertise est l'expression même des droits de la défense. La possibilité d'une contre-expertise peut se déduire de l'article 11 de la Charte canadienne qui énonce le droit à un procès juste et équitable. La question de justice se soulève dans les cas où l'on ne dispose pas d'une quantité d'échantillon appréciable prélevée sur les lieux du crime ou sur la victime; la Couronne serait donc la seule qui pourrait bénéficier de la preuve d'identification par ADN si on utilise la méthode de Southern qui, comme nous l'avons mentionné dans la

¹⁵¹ *Andrews c. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 R.C.S. 143.

¹⁵² Voir G.C., «Les truands trahis par les gènes», *L'express*, 5 décembre 1991, p. 25.

partie 1, exige une quantité substantielle d'élément biologique. Ainsi, la règle de l'égalité des parties au procès ne sera pas respectée, puisque la défense ne pourra pas effectuer ses propres tests ; elle est par conséquent limitée dans sa contre-expertise. Toutefois, on doit tempérer cette affirmation puisque la technique d'amplification génique (*PCR*) est maintenant intégrée à la technologie d'analyse d'ADN et mise en application dans les laboratoires.

Un autre point mérite d'être évoqué, c'est l'accessibilité économique de la méthode. Le coût du test, variant entre 750 et 1000 \$ par échantillon, peut être un frein pour l'accusé qui ne peut s'offrir les mêmes tests pour une contre-expertise¹⁵³. Ce coût sera augmenté si la défense doit aller en dehors du continent pour faire des tests puisqu'au Canada il n'existe qu'une seule entreprise privée qui est habilitée à faire ces analyses et les demandes pourraient être nombreuses.

L'impossibilité de contre-expertise équivaudrait-elle à une violation du droit à une défense pleine et entière ou affecterait-elle la crédibilité du témoignage puisque l'objet de la contre-expertise vise à garantir la certitude de l'identification et que toute action humaine comporte une marge d'erreur? La réponse n'est pas facile si l'on examine, en procédant par analogies, la jurisprudence citée dans l'ouvrage par le professeur Béliveau¹⁵⁴ où deux tendances contraires se dégagent: l'une reconnaît que l'impossibilité pour l'accusé de procéder à une contre-expertise était une violation de son droit à une défense pleine et entière alors que pour l'autre tenant le procès équitable n'est pas du tout affecté.

¹⁵³ On peut mettre ici un bémol, car l'accusé peut, s'il est éligible, bénéficier de l'aide juridique.

¹⁵⁴ Voir Pierre BÉLIVEAU, *Les garanties juridiques dans les Chartes des droits*, Editions Thémis, Montréal, 1991, pp. 329-331.

Par ailleurs, les atteintes aux droits socio-économiques par accès ou par fuite d'informations peuvent se traduire par de la discrimination dans les domaines de l'emploi et de l'assurance¹⁵⁵. Ainsi des employeurs peuvent refuser d'engager certaines personnes à cause de leur histoire génétique et des assureurs de les assurer.

Tous ces droits et surtout le respect de la dignité humaine nous amènent à considérer la nécessité d'un encadrement, car l'absence de dispositions claires ne peut favoriser que des abus. Il faut préciser dans quelles limites on devrait être autorisé à utiliser cette méthode qui pourrait porter atteinte aux droits individuels.

(B) NÉCESSITÉ D'UN ENCADREMENT

L'élaboration d'un encadrement ne peut être faite sans recueillir des données nécessaires à sa confection au cours d'un débat éthique (1) et en déterminant le contenu à partir d'expériences législatives vécues dans d'autres pays (2).

1. Débat éthique et mécanismes de gestion sociale

Des préoccupations éthiques ont conduit divers comités à souhaiter une organisation de l'utilisation de la preuve d'identification et à tracer des grandes lignes directrices. Cependant ces tentatives de recommandations ne sauraient être efficaces sans une prise de conscience de tous.

¹⁵⁵ Voir Hélène Guay, Bartha M. KNOPPERS et Isabelle PANISSET, «La génétique dans les domaines de l'assurance et de l'emploi», (1992) 52 *R.du B.*, p. 185.

1.1 Assises prospectives

Plusieurs comités éthiques et juridiques ont évalué les risques sociaux soulevés par la méthode de la preuve d'identification par ADN et ont émis des recommandations qui ont commencé à être intégrées dans les systèmes législatifs. Nous citerons comme exemple quelques instances: le Comité Consultatif National d'Éthique français pour ses avis rendus en 1989¹⁵⁶ et en 1991¹⁵⁷, le Conseil National Américain de la recherche pour son rapport concernant la preuve d'ADN en 1992¹⁵⁸, le Conseil de l'Europe pour sa recommandation adoptée en 1992¹⁵⁹, la Commission de réforme du droit du Canada dans son document de travail sur les méthodes d'investigations scientifiques¹⁶⁰ ainsi que le commissaire à la protection de la vie privée du Canada¹⁶¹.

À travers ces textes, on peut dégager implicitement les principes suivants qui inspireront une normativité juridique.

- *Le droit à l'intégrité* se manifestera par une limitation de la preuve d'identification par ADN à des fins judiciaires uniquement et sous le contrôle et

¹⁵⁶ COMITÉ CONSULTATIF NATIONAL D'ÉTHIQUE POUR LES SCIENCES DE LA VIE ET DE LA SANTÉ, «Avis relatif à la diffusion des techniques d'identification par analyse de l'ADN (technique des empreintes génétiques)», Paris, 15 décembre 1989.

¹⁵⁷ COMITÉ CONSULTATIF NATIONAL D'ÉTHIQUE POUR LES SCIENCES DE LA VIE ET DE LA SANTÉ, «Avis relatif à l'application des tests génétiques aux études individuelles, études familiales et études de populations (problème des banques d'ADN de cellules et de l'informatisation des données)», Paris, 24 juin 1991.

¹⁵⁸ NATIONAL RESEARCH COUNCIL, Committee on DNA Technology in Forensic Science, *DNA in Forensic Science*, Washington, National Academy Press, 1992.

¹⁵⁹ CONSEIL DE L'EUROPE, Comité des ministres, Recommandation N° R (92) 1 sur l'utilisation des analyses de l'acide désoxyribonucléique (ADN) dans le cadre de la justice pénale, Strasbourg.

¹⁶⁰ COMMISSION DE RÉFORME DU DROIT DU CANADA, *op. cit.*, note 50.

¹⁶¹ COMMISSAIRE À LA PROTECTION DE LA VIE PRIVÉE DU CANADA, *Le dépistage génétique et la vie privée*, Ministère des approvisionnements et Services Canada, Ottawa, 1992, pp. 50-59.

l'autorisation du juge; donc, le test ne doit pas être permis à des fins de prévention policière ou de poursuites autres que pénales. Outre les restrictions énumérées par le droit interne¹⁶², le consentement du suspect doit être requis.

- *La protection de la vie privée se traduira par une utilisation restreinte à la partie non codante de l'ADN (la finalité des empreintes génétiques n'est pas de constituer une carte génétique) et par une limitation de constitution des banques de données et une protection des données*¹⁶³. Quant aux échantillons, ils ne peuvent être utilisés que pour les affaires pour lesquelles ils ont été prélevés. La conservation pour des actions *ad futurum*, n'ayant aucun lien direct avec l'infraction reprochée, est prohibée. Cela suppose la destruction des échantillons des personnes innocentées. Cependant, on peut entrevoir dans une recommandation¹⁶⁴ que la conservation des échantillons ou des résultats de l'analyse d'ADN de personnes non condamnées est envisagée dans les cas d'une infraction où la sûreté de l'État est mise en cause.

- *L'égalité des parties*

Un accès égal aux méthodes de l'ADN comme un élément de preuve doit être admis aussi bien pour la poursuite que pour la défense; il en sera de même de l'accès aux informations obtenues qui fut considéré, depuis l'arrêt *Stinchcombe*¹⁶⁵, comme une composante indispensable du droit à une défense pleine et entière.

¹⁶² Voir les articles 256 à 258 du *Code criminel* et l'article 2 de la *Loi sur l'identification des criminels*, précités, note 124.

¹⁶³ Des informations limitées seraient accessibles seulement à partir d'une banque de données nationale dont l'accès serait réservé à un nombre restreint de personnes légalement autorisées et dans le cadre de procédures officielles bien spécifiées par la loi.

¹⁶⁴ CONSEIL DE L'EUROPE, Rec. R (92) précitée, note 159.

¹⁶⁵ *R. c. Stinchcombe*, (1991) 130 N.R. 277.

- *La qualité de l'information génétique*

L'agrément des laboratoires et l'encadrement de la technique sont considérés comme une nécessité. Selon les recommandations citées plus haut, l'agrément ne peut être donné qu'à des laboratoires ou des institutions répondant aux critères d'intégrité scientifique et de compétence professionnelle. Quant à l'encadrement, il sera mis en oeuvre à partir des procédures suivantes: un protocole de contrôle (vérification de la provenance de l'échantillon et méticulosité dans l'étiquetage), un contrôle de l'analyse au cours des diverses étapes, un autocontrôle par les techniciens et par un contrôle extérieur des laboratoires au moins une fois l'an.

Tous ces principes doivent reposer, non seulement sur la communication de l'information et sur la formation des intervenants, c'est-à-dire des utilisateurs de la méthode, mais aussi sur la prise de conscience de toute la société.

1.2 La communication

En raison des enjeux éthiques de la preuve d'identification par ADN, tous les acteurs sociaux doivent être conviés à un débat public. Et pour ce faire deux étapes sont nécessaires: la formation et l'information.

La formation doit concerner non seulement les scientifiques (l'accélération prodigieuse des techniques et la découverte de nouveaux gènes incitent à une mise à jour régulière des connaissances et à une attitude de responsabilité), les juristes appelés à utiliser cette nouvelle preuve et à en évaluer la force probante ainsi que le grand public.

Dans la société où les repères traditionnels s'effritent et où les imaginaires prédominent face à la science, l'information et l'éducation s'avèrent impératives. En effet le plus grand danger résulte de l'ignorance, du manque de connaissance et du manque de transfert de connaissance. La société ne doit pas s'enfermer dans un enthousiasme débordant. Elle doit estimer les répercussions immédiates et lointaines, les conséquences juridiques et éthiques inhérentes à l'utilisation de la méthode des analyses génétiques. Il faut aussi mettre l'accent sur l'information adéquate du public, et l'inciter au dialogue et à la responsabilisation, car l'utilisation des analyses génétiques relèvent de la responsabilité de la société toute entière. Le travail d'information concerne également les médias qui doivent donner des renseignements objectifs et précis.

Des dispositifs législatifs faciliteraient certes l'utilisation de la preuve d'identification puisque la loi peut fixer des limites pour éviter des abus et concilier le respect des valeurs fondamentales.

2. Assises de droit positif

Il nous semble important d'indiquer s'il existe des statuts encadrant la preuve d'identification par ADN en droit comparé afin de cerner la protection juridique adéquate en droit pénal canadien. Par conséquent, un bref examen de l'expérience législative étrangère paraît indispensable.

2.1 Droit comparé

Les législations encadrant la preuve d'identification par ADN sont quasi inexistantes; seuls les États-Unis ont une avance dans ce domaine : ils ont édicté des lois autorisant l'utilisation des analyses génétiques dans des enquêtes

criminelles ainsi que l'entreposage de données génétiques dans des banques de données¹⁶⁶. Ainsi huit États¹⁶⁷ ont adopté des législations concernant l'admissibilité des tests d'ADN et vingt-deux¹⁶⁸ ont légiféré pour autoriser un prélèvement obligatoire d'échantillons de sang en vue de l'identification génétique. En France, le *Projet de loi n° 2599*¹⁶⁹, s'inspirant de l'avis du Comité Consultatif National d'Éthique, a consacré un paragraphe à l'utilisation de la preuve génétique. Ce projet pose le principe d'un encadrement législatif de cette preuve et y subordonne son utilisation à une autorisation judiciaire. En Allemagne, le ministère de la Justice prépare un projet de modification du Code de procédure pénale sur l'utilisation des analyses génétiques lors des procès criminels¹⁷⁰; l'usage des échantillons biologiques comme éléments de preuve devant les tribunaux criminels sera ainsi réglementé. Les autorités néerlandaises ont aussi présenté un projet de loi autorisant le prélèvement du sang ou de tout échantillon biologique en vue d'une analyse génétique, sous réserve de l'exigence par la cour suprême d'une base légale avant l'emploi d'une telle technique¹⁷¹. Au Canada, la loi est muette pour le moment, mais n'est-il pas temps de réagir au moment où

¹⁶⁶ Lorne T. KIRBY, *op. cit.* note 63, p. 199-201; au total on peut dénombrer en octobre 1993, 20 législations.

¹⁶⁷ Ce sont les États de l'Indiana, de la Louisiane, du Maryland, du Minnesota, du Nevada, du Tennessee, de la Virginie et du Wisconsin.

¹⁶⁸ L'Arizona, la Californie ici, (la législation est intégrée au Code pénal, voir l'article 290.2), le Colorado, la Floride, la Georgie, l'État d'Hawaï, l'Illinois, l'Indiana, l'Iowa, le Kansas, le Kentucky, le Michigan, le Minnesota, le Missouri, le Nevada, l'Oklahoma, l'Oregon, le Dakota du Sud, le Tennessee, la Virginie, l'État de Washington, le Wisconsin.

¹⁶⁹ *Projet de loi relatif au corps humain et modifiant le code civil*, JO, doc., Assemblée Nationale, 1992, n° 2599, pp. 13-15.

¹⁷⁰ N. LENOIR, *op. cit.*, note 9, p. 399.

¹⁷¹ G. CORTES, «Le droit néerlandais»(1993) 63 *Revue Internationale de droit pénal*, 285.

cette preuve se bouscule devant les tribunaux?¹⁷² La technologie, en matière de cueillette de preuves, n'est pas figée et requiert de nouvelles réponses de la part du législateur.

2.2 Proposition d'une législation au Canada

Les règles de l'utilisation de la preuve d'identification par ADN sont pour le moment déduites des décisions des tribunaux. D'entrée de jeu, on pourrait se laisser convaincre par le *statu quo*, mais en l'absence de toute loi, on assistera à des pratiques abusives. De même, on pourrait interdire purement et simplement cette méthode qu'on jugerait perméable aux atteintes aux droits de l'individu; cette position ne serait pas raisonnable et l'administration efficace de la justice en pâtirait. Une solution adéquate consisterait à fixer un cadre général pour l'utilisation de ce moyen de preuve en prenant diverses mesures assorties de sanctions pénales et en mettant en place des commissions spécialisées de vérification. Ces mesures doivent être inspirées par des préoccupations de justice, n'évacuer aucune considération morale, et être modérées. Certes, les normes ne sont pas parfaites, mais elles doivent viser une qualité adéquate. Elles doivent être des guides, des outils fonctionnels tout en demeurant perfectibles au gré de l'évolution de la technologie et de la connaissance. Les pouvoirs exorbitants accordés aux policiers par le *Projet de loi C-109*¹⁷³ permettraient d'envisager l'utilisation d'une telle preuve; cette solution est peut-être valable, mais le droit

¹⁷² À ce jour, on peut compter plus d'une centaine de témoignages rendus par des experts devant nos tribunaux.

¹⁷³ *Loi modifiant le Code criminel en matière de surveillance électronique et d'interception des communications par téléphone cellulaire* (Projet de loi C-109) Art. 487.01(1) : «Un juge de la cour provinciale, un juge de la cour supérieure criminelle ou un juge au sens de l'article 552 peut décerner un mandat par écrit autorisant un agent de la paix, sous réserve du présent article, à utiliser un dispositif ou une technique ou une méthode d'enquête, ou à accomplir tout acte qui est mentionné, qui constituerait sans cette autorisation une fouille, une perquisition ou une saisie abusive à l'égard d'une personne ou d'un bien...»

positif ne saurait combler le vide juridique et faire face à des situations critiques, car la génétique relève d'un domaine où le pouvoir offert est «dangereux» et écrasant. Il y a aussi le piège de déviation de l'information soulevé par la création de banques de données ou de fichiers. Il faut limiter les données qui seront accessibles aux tiers. Ainsi, la preuve d'identification par ADN doit être encadrée par une législation pour éviter les abus. Le *Code criminel* ou la *Loi sur la preuve*¹⁷⁴ devraient être modifiés pour poser les limites juridiques spécifiques à l'utilisation de la preuve d'identification par ADN. L'amendement pourrait aussi viser la *Loi sur l'identification des criminels*¹⁷⁵ en y incluant, par exemple à l'article 2 (1), une disposition qui permettrait des prélèvements d'échantillons biologiques. Cependant, le législateur doit tenir compte de la proportionnalité entre les atteintes aux droits de l'accusé et les avantages que peut retirer la justice¹⁷⁶. Cette loi doit protéger les valeurs fondamentales comme le droit à l'intégrité, le droit à l'intimité, le droit à la non-discrimination, etc.... Elle devrait reprendre les grandes recommandations telles l'utilisation de la partie non-codante de l'ADN pour l'identification en matière criminelle; l'usage restrictif de la preuve obtenue (crimes graves et dans des procédures judiciaires, ce qui suppose l'autorisation du juge pour les prélèvements d'échantillons); la limitation des analyses d'échantillons aux causes pour lesquelles les échantillons ont été requis et pour les finalités ordonnées; le respect du droit à la contre-expertise par le

¹⁷⁴ *Loi sur la preuve au Canada*, S.R.C 1970, c. E-10

¹⁷⁵ *Loi sur l'identification des criminels*, S.R.C. 1970, c. I-1.

¹⁷⁶ Voir l'arrêt *Oakes*, précité, note 116, qui à propos de la raisonnable de la règle de droit qui peut restreindre les droits et libertés garantis par la *Charte canadienne* dans son article 1, énonce un test de proportionnalité à trois composantes à savoir : «a) la présence d'un lien rationnel entre la mesure proposée et l'objectif à atteindre; b) malgré la présence de cette rationalité, l'atteinte au droit garanti par la Charte sera la plus minime possible, c) proportionnalité entre les effets de la mesure proposée et l'objectif identifié comme suffisamment important».

prélèvement d'une quantité appréciable d'échantillons biologiques; l'accomplissement des analyses par des laboratoires agréés; le contrôle rigoureux de la technique et des banques de données; la restriction de l'accès à l'information à certaines personnes bien identifiées et habilitées; la destruction des données génétiques des personnes innocentées dans les banques de données et l'élimination des échantillons sauf si la sûreté de l'État est en cause. Dans tous les cas, les échantillons et les données pourraient être conservés pendant un délai fixé par la loi. Toute infraction pourrait donner lieu à une responsabilité pénale.

CONCLUSION

A première vue, notre étude révèle que l'un des principaux écueils à l'admissibilité de la preuve d'identification par ADN est lié au problème des probabilités statistiques et à la population de référence. Mais force nous est de constater que les atteintes qui peuvent découler de la cueillette des échantillons et de l'utilisation des données sont plus graves. En effet, les analyses génétiques, même si elles ne créent pas un véritable pouvoir scientifique, peuvent mettre en péril un nombre important de droits fondamentaux et, en conséquence, le respect de la dignité humaine. Nous suggérons d'introduire dans la législation nationale des mesures coercitives qui pourraient limiter les abus. Il faut mettre en place une réglementation qui répondra mieux aux exigences de la liberté et de la démocratie et assurera la protection de l'information génétique. Cependant, toute réglementation exclusivement nationale risquerait de s'avérer inefficace et dangereuse dans la pratique; en effet, la nécessité de favoriser la circulation libre des données pour des raisons économiques et pour l'efficacité de la lutte contre la criminalité soulève des questions qui imposent de mettre en place des dispositifs appropriés et coordonnés. Il est inéluctable de progresser vers une harmonisation

des réglementations et des accords de type international. Sans nul doute, une pareille approche paraît plus réaliste dans la lutte contre la criminalité et la protection de la dignité humaine.

TITRE III.

LE PROJET DE LOI C-104 : UNE RÉFORME À BILAN MITIGÉ

AVANT-PROPOS

Dans le deuxième titre de la thèse, nous avons démontré l'admissibilité de la preuve d'identification génétique en droit pénal canadien. Cette admissibilité s'est affirmée à travers la jurisprudence qui s'est d'abord référée aux règles traditionnelles de la preuve. Évidemment les arrêts *Frye*¹, *Daubert*², *Mohan*³ ont été scrupuleusement examinés afin de retenir les critères adéquats pour la recevabilité de cette nouvelle preuve scientifique qu'on considère techniquement comme la preuve infallible pour identifier une personne. En effet, la logique du droit n'est pas la même que celle de la science, la vérité scientifique n'est pas toujours la vérité judiciaire. Si performante que soit la preuve d'identification génétique, l'équilibre entre les droits individuels et les droits de la société est toujours à faire. Toute recherche d'équilibre, comme on le sait, suppose des concessions de part et d'autre. Quels compromis choisir pour une acceptation légitime de la preuve d'identification devant les tribunaux? Quelles sont les balises à mettre en place pour contrer les abus? Nous avons tenté de répondre à ces questions en nous inspirant des solutions apportées dans d'autres pays. Un texte légal nous a semblé indispensable dans ce contexte de flou juridique. Nous avons donc suggéré, dans le titre II de notre thèse, des modifications au Code criminel et à la *Loi sur la preuve*.

Entre-temps en 1995, un projet de loi fut adopté dans la célérité suite, entre autres, à l'arrêt *Borden*⁴. Dans cette affaire, la Cour suprême a jugé qu'aucune loi

¹ (1923) 293 F. 1013.

² (1993) 113 S. Ct. 2786.

³ [1994] 2 R.C.S. 9.

⁴ [1994] 3 R.C.S. 145.

n'obligeait l'accusé à fournir un échantillon de sang et que les policiers, en l'absence de consentement de l'accusé, n'avaient aucun moyen licite. C'est le *Projet de loi C-104* qui vint établir un cadre légal au prélèvement d'échantillons pour des fins d'identification génétique.

Avec ce projet de loi la question de la preuve d'identification génétique se déplace sur un autre terrain, celui de la légitimité, c'est-à-dire au sens de la reconnaissance légale de cette preuve. C'est là le propos du titre III de notre étude.

**LE PROJET DE LOI C-104 :
UNE RÉFORME À BILAN MITIGÉ**

INTRODUCTION : CONTEXTE LÉGISLATIF ET ESPRIT DE LA RÉFORME

Le 13 juillet 1995, le *Projet de loi C-104* entrait en vigueur. Cette loi venait modifier le *Code criminel* et la *Loi sur les jeunes contrevenants* au sein desquels il introduit des dispositions propres à encadrer le prélèvement d'échantillons biologiques dans le cadre d'analyse génétique à des fins médico-légales. Le processus fut non seulement la résultante d'une vaste consultation, puisqu'en juin 1994, le Ministère de la justice avait mis en consultation un document de travail intitulé *Collecte et entreposage des preuves médico-légales à caractère génétique*, mais aussi d'un lobbying très puissant. En effet depuis 1988, année de la première admission de la preuve d'identification par ADN au Canada, plus d'un millier de causes ont été portées devant les tribunaux canadiens sans qu'aucun cadre législatif n'en régit l'utilisation. Ce vide juridique soumettait le droit de la preuve pénale à des situations délicates à résoudre et même à des imbroglios. La nécessité d'une loi relevait donc de l'évidence vu l'importance numérique du contentieux lié à cette pratique et compte tenu d'une jurisprudence fluctuante. En effet, des critères d'admissibilité étaient dégagés tant bien que mal en partant des principes généraux du droit de la preuve. La demande sociale constatée à travers la campagne acharnée menée par M. Manning¹, les nombreuses recommandations

¹ Père d'une jeune fille de 15 ans, Tara Manning, violée et retrouvée morte dans son lit en 1994 à Pointe Claire. Les soupçons se portent sur le père et le fils qui étaient présents dans la maison, au moment de la commission du crime. Ces derniers n'ont pu s'exonérer que grâce à des tests d'ADN auxquels ils se sont soumis volontairement. Lors des enquêtes policières, un autre suspect a été arrêté, celui-ci avait laissé des échantillons biologiques sur la personne de Tara. Or ce dernier avait été impliqué dans un assaut du même genre sur une autre victime. La Couronne a une grande difficulté à utiliser ces échantillons biologiques pour faire la preuve de la commission du crime. La famille de Tara Manning mène un long périple dans tout le Canada et recueille des milliers de pétitions déposés au Ministère de la justice pour convaincre les autorités de se donner des moyens pour faire arrêter les criminels à l'avenir. Cette croisade a créé un vent de panique et a favorisé les amendements au Code criminel.

formulées et les rapports² soumis aux décideurs ont donc ajouté un argument de taille à la mise en place de la légalité de la pratique de l'identification par analyse génétique. Tout semble donc réuni pour la consécration de l'identification génétique. On a vu rarement une proposition de réforme aussi consensuelle.

(A) Contexte historique de la réforme

À vrai dire l'idée d'une réforme n'était pas si neuve, puisque depuis plusieurs années, la doctrine et diverses commissions soulignaient la non-applicabilité des textes existants en droit criminel et surtout leurs défauts techniques. On ne pouvait aussi faire fi du contexte international puisque de nombreuses législations étrangères autorisaient la police à forcer un accusé à se soumettre à des prélèvements d'échantillons biologiques³. Généralement ces prélèvements étaient effectués sur ordonnance motivée du juge et dans le cadre d'enquêtes pour des délits graves. Effet d'entraînement ou non, la réforme était donc indispensable. Elle s'est imposée au terme de rapports déposés et discutés et dont les documents et débats parlementaires rendent compte. Il est important de souligner ici que l'histoire parlementaire du texte ne fut pas longue ainsi que le démontre le tableau du résumé des événements du *Projet de loi C-104* ci-dessous. Ce fut d'ailleurs le souhait exprimé par le Sénateur Kinsella qui conclut : «J'exhorte les sénateurs à soumettre ce Projet de loi à une analyse expéditive mais

² Voir les rapports de l'Association du Barreau canadien (1995), du Barreau du Québec (1995), du Commissaire à la protection de la vie privée (1995), du Centre de bioéthique de l'Institut de recherches cliniques de Montréal (1995) et bien d'autres encore.

³ Pour l'expérience étrangère, voir les législations de l'Allemagne, de l'Écosse, de la Hollande, de la Norvège, de la Suède, de la Grande Bretagne et de certains États américains. Pour un inventaire des législations voir : MINISTÈRE DE LA JUSTICE CANADA, *Collecte et entreposage des preuves médico-légales à caractère génétique*, 1994, pp. 16-24; SOLLICITEUR GÉNÉRAL CANADA, *Une banque nationale de données génétiques — Document de consultation*, 1996, p. 12.

minutieuse»⁴. Cette phrase comprenant des axiomes antinomiques est surprenante lorsqu'on sait les enjeux liés à l'utilisation de ce moyen de preuve en matière pénale.

⁴ *Débats du Sénat*, 27 juin 1995, p. 1951.

Tableau 5

RÉSUMÉ DES ÉVÉNEMENTS DU *PROJET DE LOI C-104*

Gouvernement : parti Libéral - 1ère session, 35ème parlement.

La chambre des communes

Présentateur : Honorable Allan Rock, Ministre de la justice

1ère lecture	22 juin 1995
2ème lecture	22 juin 1995
3ème lecture	22 juin 1995

Le Sénat

1ère lecture	27 juin 1995
2ème lecture	27 juin 1995
Comité - Affaires juridiques et constitutionnelles	11 juillet 1995
Rapport	11 juillet 1995
Sanction royale	13 juillet 1995

Pour mieux saisir cette histoire nous nous sommes penchés d'une part sur les débats de la Chambre des communes et du Sénat ainsi que sur les délibérations du comité sénatorial permanent des affaires juridiques et constitutionnelles et, d'autre part, sur les discours des acteurs sociaux. Ces divers documents nous ont permis d'appréhender le discours public des acteurs officiels, de retracer le contexte historique et de prendre le pouls véritable de la législation. En effet, «l'avant dire-droit»⁵ ou les connaissances en aval d'un acte législatif sont fondamentales, car l'État n'est pas le seul auteur de la loi, comme l'affirment les tenants du courant juridique moniste⁶. En général, l'émergence d'une loi résulte d'un processus d'élaboration complexe. Outre le législateur, producteur le plus visible du droit, il existe d'autres sources de production du droit, le niveau judiciaire⁷ et le niveau administratif⁸. Ces divers corps se partagent la

⁵ «C'est une formule qu'il faut entendre non par une référence stricte à l'expression similaire consacrée en procédure, mais par ce qu'elle contient de renvoi à une dimension spatiale et temporelle spécifique par rapport à un système de droit imposé pris *in abstracto* à titre référentiel [...]. Il est absolument essentiel de chercher à connaître toutes les composantes du faisceau de phénomènes qui auront concouru à privilégier telle proposition de règle pour la consacrer norme juridique». André-Jean ARNAUD, *Critique de la raison juridique. Où va la sociologie du droit?*, Paris, LGDJ, 1981, p. 324.

⁶ Pour ces penseurs, la norme juridique est édictée par une autorité étatique et est accompagnée d'une sanction. Voir Andrée LAJOIE, «Le droit, l'État, la société civile, le public, le privé: de quelques définitions interreliées», (1991) 25 *Revue Juridique Thémis*, 109; Gérard TIMSILT, *Les noms de la loi*, Paris, Presses Universitaires de France, 1991, p. 13; Gérard TIMSILT, «L'engendrement du droit», (1988) 104 *Revue du droit public et de la science politique en France et à l'étranger* 46.

⁷ Les tenants de la *sociological jurisprudence* se sont intéressés au niveau judiciaire. «La norme est élaborée quand les juges ne peuvent trouver dans la loi des standards objectifs pour appliquer les décisions avec précision. Ils innovent par rapport aux règles légales existantes»: voir Marcel-Eugène LEBEUF, *Analyse de la production des normes pénales du Code criminel canadien dans le domaine de la circulation routière*, Rapport final, Centre international de criminologie comparé, Université de Montréal, 1988, p. 11. L'école de la *sociological jurisprudence* représentée par Roscoe Pound s'est intéressée à ce niveau. La *sociological jurisprudence* met l'accent sur le rôle du juge qui doit, au préalable, s'interroger sur les effets concrets de sa décision: Voir Valérie DEMERS, *Le contrôle des fumeurs - une étude d'effectivité du droit*, Montréal, Éditions Thémis, 1996, p. 10-11. Voir aussi Jean-François PERRIN, *Introduction à la sociologie du droit privé*, Genève, Centre d'étude de technique et d'évaluation législative, 1988, p. 5. Nous aurons

responsabilité dans la production des normes, mais comme le souligne André Jodouin, le partage n'est pas parfait surtout lorsqu'il s'agit du droit pénal canadien. Selon cet auteur, l'action du Parlement est trop souvent une réaction à l'opinion publique, aux pressions des lobbies et aux interprétations des tribunaux et celui-ci ne légifère pas comme il devrait le faire.⁹ On peut faire ici un rapprochement avec le *Projet de loi C-104*, l'objet de cette étude. Ce texte, comme nous l'avions déjà dit, avait été adopté suite à la levée de bouclier de divers groupes d'intérêts et peu de temps après l'arrêt *Borden* de la Cour suprême qui constatait que «l'accusé n'était pas légalement tenu de fournir un échantillon de sang [...] et [que] les policiers ne disposaient d'aucun moyen légal de l'obtenir sans son consentement».¹⁰ Ce texte est donc une loi «réactive» du gouvernement pour apaiser la société et exercer son autorité. Par sa rapidité d'adoption, le *Projet de loi C-104* s'apparente beaucoup à une cure miracle pour lutter contre la criminalité. Il est curieux de voir cette attitude de plus en plus répandue au Parlement¹¹, attitude qui consiste à pourvoir dans la célérité à un désordre évident avant d'analyser les implications, implications qui «si elles sont déduites dans des conditions adéquates, acquièrent à leur tour valeur positive».¹²

l'occasion de voir que l'intervention des tribunaux a contribué à l'émergence du *Projet de loi C-104*.

- 8 Lorsqu'une loi est promulguée, c'est dans la perspective qu'elle sera appliquée dans toutes les situations identiques. La mise en application quotidienne est la tâche des agents spécialisés du système pénal.
- 9 André JODOUIN «La légitimité des sources du droit pénal (reflexions d'un agnostique sur les certitudes fondamentales du droit répressif)», texte de conférence, Centre de Recherche en Droit Public, Faculté de droit, Université de Montréal, 1999, 26 pages.
- 10 [1994] 3 R.C.S. 145; 92 C.C.C. (3d) 404; 33 C.R. (4th) 147, à la page 153.
- 11 Voir les exemples cités par André JODOUIN, *loc. cit.*, note 9 : *Loi modifiant le Code criminel (gangs) et autre lois en conséquence*, L.C. 1997, c. 23; *Loi modifiant le Code criminel (prostitution chez les enfants, tourisme sexuel impliquant des enfants, harcèlement criminel et mutilation d'organes génitaux féminins)*, L.C. 1997, c.16 etc.
- 12 Henri BATTIFFOL, *La philosophie du droit*, Éditions Que sais-je? Presses Universitaires de France, 1989, p. 85.

Mais d'où vient l'initiative de la réforme et quel est le processus d'émergence du *Projet de loi C-104*?

Le *Projet de loi* a été initié par le Ministre de la justice, Allan Rock, ce qui explique certainement qu'il ait passé rapidement les différentes étapes puisque le gouvernement peut exercer un contrôle sur le temps de l'étude, ce qui n'est pas le cas lorsque le *Projet de loi* est d'initiative parlementaire.¹³

En reconstituant la dynamique par laquelle ce texte s'est élaboré, on constate qu'une palette d'acteurs sont au centre de l'action : des citoyens¹⁴, des législateurs, des experts en biologie moléculaire, des juristes et des policiers effrayés par la progression de la criminalité et qui invitent le législateur à prendre des mesures efficaces pour arrêter les criminels et pour assurer la sécurité des citoyens. Mais ce sont les législateurs et les experts qui tiennent les rôles les plus importants.¹⁵ Si l'unanimité des promoteurs s'est attachée à établir la pertinence d'un amendement au Code criminel et s'il y a coalition pour réclamer des mesures pénales, il ressort cependant que certains acteurs ont démontré la nécessité d'une réforme plutôt d'ensemble.

¹³ Voir M.-E. LEBEUF, *op. cit.* note 7, p. 34.

¹⁴ Les pétitions et les mouvements sont souvent l'expression des groupes de pression. Ici ils ont formulé l'urgence d'adopter une loi et ont réclamé des sanctions sévères pour les criminels.

¹⁵ Voir *Délibérations du Comité sénatorial permanent des affaires juridiques et constitutionnelles*, 11 juillet 1995, pp. 49:7-49:66.

Tableau 6

Les comparutions au comité sénatorial permanent des Affaires juridiques et constitutionnelles

Les experts du domaine légal

Représentants de l'Association du barreau canadien
 Représentants de la Criminal Lawyer's Association of Ontario
 Représentants du conseil canadien des avocats de la défense
 Représentants du ministère de la justice
 Représentants de la gendarmerie royale du Canada

Les experts du domaine scientifique

Représentants des laboratoires judiciaires
 Experts scientifique en biologie de la GRC

On aurait voulu voir aussi devant le Comité sénatorial, d'une part, des représentants des libertés civiles, comme le Commissaire à la protection de la vie privée, la Ligue des droits et libertés, etc., d'autre part, des citoyens victimes et enfin des représentants du corps médical (de l'Association médicale canadienne et de l'Association des infirmiers et infirmières). Ces derniers auraient pu exprimer leurs opinions quant au prélèvements d'échantillons biologiques.

Ainsi que nous l'avons dit, la particularité de ce Projet de loi réside dans le fait que le processus législatif a été très rapide et que les étapes ont été franchies lors d'une seule session parlementaire.¹⁶ Les grands principes et les problèmes liés à l'utilisation de la preuve n'ont pas fait l'objet de longues discussions. Il n'y a pas eu d'opposition formelle sur les dispositions du Projet de loi, lesquelles furent adoptées sans modification et avec l'appui de tous les partis. En effet, le contexte tendu de l'époque¹⁷ a généré un climat de rapidité¹⁸. Les groupes de pression ont exercé une pression constante sur le ministère de la justice et le Parlement. Leur implication a été perçue très positivement. Cela fait penser au groupe *Mothers Against Drunk Drivers*¹⁹ qui avait assumé un rôle de leadership dans la modification des articles sur l'ivresse au volant dans le Code criminel.

Il est intéressant d'observer que peu de temps avant, soit le 7 juin 1995 un projet de loi, le *Projet de loi C-331*²⁰ présenté par le député Nunziata, faisait état de la question de prélèvement d'échantillon de substance corporelle aux fins d'analyse de l'ADN mais ne dépassa pas l'étape de la première lecture. Ce Projet

¹⁶ En chambre des communes : 1ère lecture 22 juin, 2ème lecture et 3ème lecture même date.

¹⁷ Le drame récent de la famille Manning, *supra*, note 1.

¹⁸ Le projet de loi a été adopté sans la tenue d'audiences et de débats prolongés: *Globe and Mail*, 22 juin 1995.

¹⁹ Le mouvement fondé originalement aux États-Unis a été mis sur pied en 1981 au Canada par Mme Gribble, mère d'un garçon tué par un conducteur en état d'ébriété. Ce dernier fut seulement poursuivi pour une infraction de conduite avec facultés affaiblies. Cette situation a été jugée inacceptable et le *Mothers Against Drunk Drivers* (MADD) a exigé des modifications législatives et des peines plus sévères. En 1985, de nouvelles infractions, tel la conduite dangereuse et avec facultés affaiblies causant des blessures ou la mort, ont été créées. Pour en savoir plus sur la question, voir M-E. LEBEUF, *op. cit.*, note 7.

²⁰ Ce projet de loi déposé en première lecture le 7 juin 1995 visait à modifier le Code criminel «afin de permettre à un agent de la paix d'obtenir de la part d'un juge de paix, un mandat permettant le prélèvement d'échantillon de substance corporelle d'une personne aux fins d'analyse de l'acide désoxyribonucléique (ADN) de cette personne». Voir sommaire du *Projet de loi C-331*, 1ère session, 35ème législature, 7 juin 1995.

de loi vaut la peine d'être souligné en ce sens qu'il est l'archétype des dispositions ultérieures et porte les signes précurseurs de la nouvelle réforme. Ainsi donc, le *Projet de loi C-331* a peut-être mis en branle le processus législatif qui modifiera le Code criminel.

(B) Esprit de la nouvelle loi

Comme le souligne le Ministre de la justice, lors du Débat des communes, l'objectif présidant à cette législation est «d'accroître la sécurité dans notre société et d'en assurer le caractère paisible»²¹. En légiférant, les parlementaires entendent non seulement apporter des éléments de solution à des méthodes de preuve jusque là mises en cause mais aussi assurer la justice, c'est-à-dire la punition des coupables et la protection des innocents et des victimes. Sont donc pris en compte les droits des individus et particulièrement le respect de leur intégrité et de leur vie privée contre une intervention abusive de l'État. Les nouvelles dispositions viennent légitimer la pratique de prélèvement d'échantillons biologiques pour des fins d'analyse génétique²² et assurent par ce fait l'application uniforme de la procédure de prélèvement ou de saisie des échantillons biologiques au Canada.

(C) Empire des nouvelles dispositions dans le temps

Les nouvelles dispositions ne fixent pas de délai d'application de la nouvelle loi. Il est de principe, en vertu de la *Loi d'interprétation*, que pour les lois de procédure et de preuve, l'application rétroactive et immédiate semble s'imposer puisque ces lois sont établies pour améliorer la justice. En effet, «chaque fois que

²¹ *Débat des communes*, no 224, 1ère session, 35ème législature, 22 juin 1995, p. 14489.

²² *Débat des communes*, *id.*, allocution de l'honorable Allan Rock, Ministre de la justice qui indique qu'il faut un «fondement nécessaire pour dissiper tout doute au sujet de la légitimité de la pratique».

l'ordre public est en jeu, l'application immédiate, voire rétroactive de la loi paraît s'imposer».²³ La jurisprudence a confirmé ce principe dans *R. c. Tremblay*²⁴ puisque le juge Gaston Labrèche énonce que les articles 487.04 et suivant ne touchent aucunement au droit substantif, mais sont de nature procédurale, donc d'application immédiate dans les enquêtes relatives aux infractions commises avant son entrée en vigueur²⁵ et dans les procès en cours. De même dans *R. v. Jason Scott Good*²⁶, le juge a soutenu cette thèse en concluant que la nouvelle loi était de nature procédurale et donc susceptible d'application rétroactive. Soulignons que les nouvelles dispositions s'appliquent aussi à des infractions abrogées puisque la loi le spécifie. Cela se comprend aisément, car surtout en matière d'infraction d'ordre sexuel, les dénonciations sont souvent bien tardives.

Désormais, la recevabilité de la preuve génétique sera analysée devant les tribunaux en vertu de ce texte législatif. D'ores et déjà on peut affirmer que la nouvelle législation est d'importance car elle touche au plus haut point aux questions de droits fondamentaux, notamment le droit à l'intégrité physique, le droit à l'intimité de la personne. Ce texte met fin à l'incertitude légale qui existait en matière de cueillette d'éléments de preuve biologiques puisqu'il fixe le cadre procédural dans lequel opère l'agent de la paix lors de la collecte d'indices matériels pouvant servir à l'identification génétique. En outre, ce texte en

²³ Jean-Louis BERGEL, «Le temps et le droit — Conférence inaugurale» dans Pierre-André COTÉ et Jacques FRÉMONT (dir.) *Le temps et le droit, Actes du 4ème congrès international de méthodologie juridique*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1996, p. 6.

²⁴ [1996] R.J.Q. 187 (C.Q.); (J.E. 96-116) Les infraction avaient été commises en mars et avril 1993.

²⁵ Voir *R. c. Widman*, [184] 2 R.C.S. 311, 14 C.C.C. (3d) 321, 12 D.L.R. (4th) 641.

²⁶ 13 octobre 1995 (C.S.C.-B.) non rapporté; l'accusé s'est vu obligé de fournir un échantillon biologique ce, en vertu d'un mandat pour l'analyse de l'ADN, dans le cadre d'un meurtre au second degré commis le 13 septembre 1992, soit bien avant l'adoption de la loi. Cette affaire est la première cause au Canada dans laquelle un mandat a été autorisé.

reconnaissant la preuve d'identification par ADN comme moyen de preuve, vient proclamer sa légitimité. Le *Projet de loi 104* est donc source de légitimation de la preuve d'identification génétique; c'est la légitimité formelle que nous venons de voir en examinant le processus d'adoption de la loi. Il est aussi un moyen par lequel cette légitimation s'établit. En effet, la loi énonce des normes de conduite qui lui permettent, d'une part, de contrôler la criminalité et, d'autre part, d'atteindre un objectif d'équilibre entre la protection de la société et le respect des droits individuels. Mais encore faut-il que cette loi soit effective, c'est-à-dire qu'il y ait, d'une part, conformité des comportements des destinataires à la norme ou que les individus sentent l'obligation de s'y conformer et, d'autre part, qu'il n'y ait pas de contestation constitutionnelle. C'est cette problématique que sous-tend notre analyse dans ce titre III lequel est divisé en deux parties.

Dans une première partie, nous présenterons le cadre général prévu par la nouvelle législation pour les prélèvements de substances biologiques pour les analyses génétiques à des fins médico-légales; nous ferons ressortir les points forts et les faiblesses du *Projet de loi C-104* et examinerons les exigences de la nouvelle législation. Dans une seconde partie, nous discuterons des modifications souhaitables au *Projet de loi C-104* en prenant en considération la question de l'effectivité de la loi.

D'entrée de jeu, soulignons ici que le *Projet de loi C-104* ne s'applique qu'à l'obtention d'échantillons biologiques sans consentement et que les dispositions de ce texte autorisent le recours à la force en vue de contraindre un prévenu récalcitrant à se soumettre au prélèvement.²⁷ Dans ce cas le prélèvement est légal ce qui ne veut pas dire qu'il est conforme à la Charte. En effet, les

²⁷ Voir l'article 487.07 (1) e) du *Code criminel*.

prélèvements corporels forcés autorisés par le Code criminel sont-ils justifier dans une société libre et démocratique quand on sait que l'article 7 de la Charte spécifie que toute personne a droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de sa personne? Il nous semble que le législateur a choisi une démarche qui repose sur la reconnaissance d'une atteinte à ce droit.

Qu'en est-il du prélèvement d'échantillons biologiques obtenu avec le consentement de la personne et en l'absence d'autorisation judiciaire? Celui-ci est-il légal? Par ailleurs, une protection identique serait-il accordée à ces échantillons par comparaison à ceux obtenus par mandat, à savoir d'une part la restriction d'utilisation de l'échantillon et des résultats de l'analyse génétique prévue à l'article 487.08, d'autre part la destruction des substances corporelles (article 487.09)? Il faut dire que le Projet de loi reste muet sur ces points. Malgré le silence de la loi, les réponses à ce questions seront sans nul doute affirmatives, ne serait-ce que pour répondre à l'objectif de justice du droit pénal.

CHAPITRE 1 : LA TRAME DU *PROJET DE LOI C-104*

Les nouvelles dispositions fourmillent de détails qu'il convient d'analyser à la lumière d'un questionnement sur l'effectivité. Si la nouvelle loi apporte sur certains points des améliorations sensibles, il n'en reste pas moins un certain nombre d'ambiguïtés que nous regarderons à travers le prisme des modalités pratiques de la loi : le recours au mandat (Section 1), l'investigation policière (Section 2) et les conditions relatives aux jeunes contrevenants (Section 3).

Dès le départ on remarque que l'analyse génétique ne peut se faire que sur des substances corporelles obtenues lors de trois types de prélèvements : (1) prélèvement de cheveux ou de poils comportant la gaine épithéliale,

(2) prélèvement d'échantillon de sang et (3) prélèvement de cellules épithéliales obtenues par écouvillonnage des lèvres, de la langue ou de l'intérieur de la joue, et que l'exigence d'un mandat est limitée à des infractions désignées.

SECTION I - LE RECOURS AU MANDAT: MÉCANISME D'ÉQUITÉ PROCÉDURALE

Contrairement aux dispositions générales sur les mandats de perquisition prévues au *Code criminel*, l'article 487.06 permet explicitement une atteinte à l'intégrité physique de la personne. En effet, le paragraphe 487.06 (01) dispose : «Le mandat autorise l'agent de la paix — ou toute personne agissant sous son autorité — à obtenir et saisir un échantillon d'une substance corporelle de l'intéressé [...]». Il faut prendre conscience de l'importance de cette législation qui vient mettre fin à tout un débat jurisprudentiel puisque ni le mandat général prévu à l'article 487.01, ni les pouvoirs de Common law sur la fouille accessoire à l'arrestation ne permettaient de justifier ces prélèvements qui étaient considérés comme une violation des droits garantis par les articles 7 et 8 de la Charte canadienne. À cet égard, les décisions *Borden*²⁸, *Stillman*²⁹ et *R. v. F(S)*³⁰ illustrent bien la polémique jurisprudentielle avant l'adoption des nouvelles dispositions.

Dans l'affaire *Borden*, la Cour suprême a jugé

«[...] qu'en l'absence d'un régime législatif permettant aux policiers d'exiger un échantillon de sang dans des cas comme celui qui nous occupe (régime qui peut

²⁸ Précité, note 10.

²⁹ [1997] 1 R.C.S 607; 13 C.C.C. (3d) 321.

³⁰ (1997) 120 C.C.C. (3d) 260.

L R.C.S.?

soulever des questions relatives à la Charte), les policiers doivent obtenir le consentement réel de l'accusé.»³¹

Le juge Iacobucci a cependant fait une mise en garde quant à la constitutionnalité d'une éventuelle disposition qui devrait satisfaire au critère de «raisonnabilité».

Suite à cette décision et aux pressions sociales, le Parlement a adopté de toute urgence le *Projet de loi C-104* pour essayer de rendre légal les prélèvements d'échantillons biologiques pour fins d'analyse. Malgré la réaction défavorable, la nouvelle procédure de mandat a été implantée.

Dans l'arrêt *Stillman*, le juge Cory, considère qu'il existe à l'heure actuelle, au Canada, une procédure d'obtention de mandat qui autorise la saisie ou le prélèvement de substances corporelles aux fins d'analyse génétique, ce qui n'était pas le cas au moment où sont survenus les événements. Il ne laisse aucun doute quant à la portée du pouvoir de common law de procéder à une fouille accessoire à une arrestation. En effet, il écrit :

«Il est sûrement révélateur que le Parlement ait récemment modifié le Code criminel en ajoutant l'article 487.05[...]. Cet article exige que la police ait des motifs raisonnables de même que l'autorisation d'un officier de justice pour pouvoir effectuer de telles saisies. Si ce type de fouille et de saisie relevait du pouvoir de Common law de procéder à une fouille accessoire à une arrestation, le gouvernement n'aurait pas eu

³¹ Précité, note 10, pp. 169-170.

besoin de créer une procédure parallèle qui devait être suivie par la police.»³²

Quant au juge l'Heureux-Dubé, dissidente, elle observe à la page 679 :

«Malgré certains commentaires de la doctrine, dans l'ensemble, il me semble indubitable que la Common law telle qu'elle a été reçue et a évolué au Canada reconnaît aux policiers le pouvoir de fouiller la personne légalement mise en état d'arrestation et de saisir les objets en sa possession ou dans son entourage immédiat dans le but d'assurer la sécurité des policiers et du prévenu, d'empêcher l'évasion du prisonnier ou encore de constituer une preuve contre ce dernier.»

En suivant le raisonnement adopté dans les arrêts *Alderton*³³ et *Schweir*³⁴, elle conclut ce qui suit :

«Il n'y a pas de raison, à mon avis, de restreindre le droit de recueillir des éléments de preuve aux situations de nécessité de manière à exclure, dans tous les cas, le prélèvement de substances corporelles et la prise d'empreintes sur une personne légalement mise en état d'arrestation.»³⁵

Il faut dire que, dans *Schweir*, le juge du procès a élargi le pouvoir de saisir des éléments de preuve, pouvoir accessoire à l'arrestation de façon à y inclure le sang, alléguant que la common law est du droit jurisprudentiel qui se

³² Précité, note 29, p. 640.

³³ (1985) 17 C.C.C. (3d) 204.

³⁴ *R. c. Schweir, Smyznuik, Judge et Faulds*, [1993] O.J., no 3404 (jugement inédit).

³⁵ Précité, note 10, p. 683.

prête à une réorganisation judiciaire et à une progression permettant qu'elle soit adaptée au monde en évolution.

La contestation judiciaire de la constitutionnalité de l'article 487.05 du *Code criminel* n'a pas tardé puisque dans les causes *R. v. F (S)*³⁶ et *R. v. Brighteyes*³⁷, on a allégué que le recours à un mandat relatif à l'analyse génétique constituait une violation des articles 7 et 8 de la Charte canadienne. Dans *Brighteyes*, l'accusé contestait la constitutionnalité des articles 487.04 à 487.09 du *Code criminel*. Selon le juge Murray, ces articles ne contreviennent pas à l'article 8 de la Charte canadienne, lequel confère à tout individu le droit de ne pas être soumis à des fouilles, saisies ou perquisitions abusives, mais plutôt à l'article 7; cependant, cette violation constituait une limite raisonnable au sens de l'article 1 de la Charte et est compatible avec les principes de justice fondamentale. En fait, le juge Murray maintient la validité constitutionnelle de cette violation de l'intégrité physique mais avec autorisation préalable³⁸; pour cela, il se fonde sur les propos du juge Hill dans *R. v. F(S)* :

*«La justification du mandat pour analyse génétique a déjà été précisée quant à sa contribution à la mise en application efficace de la loi, à la protection de l'innocent, à la recherche de la vérité dans le cadre du procès criminel et à la mise en application des lois criminelles édictées par la société»*³⁹.

³⁶ (1997) 129 C.C.C. (3d) 260.

³⁷ (1997) 199 A.R. 161.

³⁸ *Id.*, p. 168.

³⁹ Précité, note 36, p. 283 (traduction).

Ainsi, désormais l'action de la police, lorsqu'il s'agit de prélèvements d'échantillons biologiques pour analyse génétique, est sujette à l'obtention d'un mandat. Conformément au paragraphe 3 de l'article 487.05, la demande de mandat peut être faite par téléphone ou à l'aide d'un autre moyen de communication mais avec les critères applicables pour les télémandats⁴⁰. En général, la délivrance du mandat répond à des exigences de fond et de forme. Le mandat doit être écrit. La délivrance du mandat est assujettie à une dénonciation assermentée de l'agent de la paix affirmant qu'il existe des motifs raisonnables que la personne concernée ait commis une infraction désignée (A). Cette demande sera examinée *ex parte* par un juge de la cour provinciale qui dispose d'un certain pouvoir discrétionnaire (B).

(A) L'exigence de motifs raisonnables

L'article 487.05(1) exige comme condition d'obtention d'un mandat que l'agent de paix établisse l'existence de motifs raisonnables de croire à la commission d'une infraction, à la découverte d'une substance corporelle. Motifs raisonnables: il s'agit là d'une expression à laquelle la common law a souvent recours. Mais comme l'observe à juste titre Paikin «la norme est tellement vague qu'elle ne veut pratiquement rien dire»⁴¹. Elle échappe à toute définition et peut être manipulée par la police. Est-ce que cette nouvelle formulation est en deçà de la norme des motifs raisonnables et probables?

⁴⁰ Pour les critères, voir l'article 487.1 du *Code criminel*; entres autres, le juge doit consigner mot à mot la dénonciation et déposer la transcription de l'enregistrement au greffier du tribunal de la circonscription territoriale où le mandat doit être exécuté. Il doit aussi être convaincu qu'il existe des motifs raisonnables pour exempter l'agent de paix de se présenter en personne devant lui.

⁴¹ Lee PAIKIN, «La norme du caractère raisonnable dans le droit de la perquisition et de la saisie» dans Vincent M. DELBUONO (dir.), *Procédure pénale au Canada*, Montréal, Éditions Wilson & Lafleur, 1983, p. 107.

Dans l'arrêt Baron⁴², le juge Sopinka a émis une interprétation qui permet de penser que les deux termes énoncent la même norme. En effet selon lui, «l'omission du terme "probable" [...] est sans conséquence. La norme que le paragraphe établit est celle fondée sur la crédibilité, qui est la norme prescrite par l'article 8 de la Charte». C'est donc plus qu'un simple soupçon et une possibilité de découvrir des éléments de preuve mais une probabilité qui est requise «mais le juge n'est pas tenu de décider si le crime mentionné a été réellement commis»⁴³. D'ailleurs, Me Brown, devant le Comité sénatorial permanent des affaires juridiques et constitutionnelles observera :

«[...] le Projet de loi ne permet pas à la police de dire: «Nous avons le pressentiment que cette personne a commis l'infraction. Si nous pouvions seulement obtenir son analyse génétique, l'affaire serait dans le sac. On doit avoir des motifs raisonnables et probables de croire que la personne a commis une infraction désignée. C'est là une norme très rigoureuse. On ne va pas au-delà du doute raisonnable, mais au-delà de la simple suspicion.»⁴⁴

Cette opinion de Me Brown prête à confusion et mérite un éclaircissement: en effet, qu'entend-il par cette phrase négative ne pas aller au-delà du doute raisonnable? Est-ce à dire qu'on peut aller jusqu'au doute raisonnable? Selon le Professeur Béliveau, cette assertion doit être nuancée, car on doit aller plutôt en deçà du doute raisonnable. L'exigence de motifs raisonnables est une

⁴² [1993] 1 R.C.S. 416.

⁴³ COMMISSION DE RÉFORME DU DROIT DU CANADA, *Pour une nouvelle codification de la procédure pénale*, Rapport no 33, volume premier, titre premier, Ottawa, 1991, p. 37.

⁴⁴ *Délibérations du Comité sénatorial permanent des affaires juridiques et constitutionnelles*, op. cit., note 15, p. 49:10.

manière de contrôler les pouvoirs de la police et de limiter les abus. En effet, il faut «un fondement factuel solide»⁴⁵ à l'action des policiers. Or, comme le souligne la professeure Viau, ce serait difficile aux policiers, surtout lorsqu'ils débutent une enquête, de fonder leur demande sur des motifs raisonnables de croire, mais plutôt «sur des motifs raisonnables de soupçonner»⁴⁶. Ce concept de motifs raisonnables doit être apprécié *in concreto* et *in abstracto* par le juge qui accorde l'autorisation et qui doit être convaincu «que la délivrance du mandat servirait au mieux l'administration de la justice»⁴⁷. Il faut noter que le juge spécifié dans les nouvelles dispositions modifiant le Code criminel est uniquement un juge de la Cour provinciale, comparativement au mandat de l'article 487.01 du Code criminel qui peut être décerné par les juges suivants: un juge de la Cour provinciale, un juge de la Cour supérieure de juridiction criminelle ou un juge au sens de l'article 552 du Code criminel⁴⁸.

Il s'agit d'une restriction, d'un particularisme qui soulève quelques commentaires: s'il y a indisponibilité des juges de la cour provinciale, qu'est ce qui se passera puisque théoriquement le Projet de loi ne permet pas à un juge de la paix d'exercer le pouvoir de l'article 487.05. En outre, on sait que dans les régions périphériques on ne trouve que des juges de paix; alors pourquoi les nouvelles

⁴⁵ Voir GROUPE DE TRAVAIL CHARGÉ D'EXAMINER LES PRATIQUES EN MATIÈRES D'ENQUÊTES CRIMINELLES AU SEIN DES CORPS DE POLICE DU QUÉBEC, *Les pratiques en matière d'enquêtes criminelles au sein des corps de police du Québec*, Rapport final déposé au ministre de la Sécurité publique, monsieur Robert Perreault, novembre 1996, ci-désigné sous le nom de *Rapport Bellemarre*, annexe 1 : «Les pouvoirs de policiers: étude préparée par Me Louise Viau», p. 8.

⁴⁶ *Id.*, 41.

⁴⁷ Voir l'article 487.05 (1) du *Code criminel*.

⁴⁸ Le juge de l'article 552 est différent selon les provinces. Ainsi, dans la province de l'Ontario, c'est un juge de la Cour supérieure de juridiction criminelle de la province; dans la province de Québec, c'est un juge de la Cour du Québec; dans les provinces de l'Île-du-Prince-Édouard et de Terre-Neuve, un juge de la Cour suprême, etc.

dispositions leur dénie l'attribution de décerner un mandat dans le cas d'un prélèvement d'échantillons biologiques pour identification génétique, attribution qui leur est reconnue par le paragraphe 256(1) du Code criminel⁴⁹? Pourtant, dans les deux cas, il s'agit de prélèvement d'échantillons de sang et les risques et les atteintes à l'intégrité physiques sont similaires. Il n'est pas facile pour nous de voir la logique du législateur. En tout cas, pour notre part, nous regrettons cet énoncé restrictif de l'article 487.05. Nous pensons que cette restriction de l'article 487.05 est arbitraire. En outre, comme le dit si bien une recommandation de la Commission de Réforme du droit du Canada il vaut «mieux s'attacher davantage à l'aptitude du fonctionnaire à remplir ses fonctions et à la structure administrative qui l'entoure, qu'au titre de la personne à qui l'on confie la délivrance du mandat»⁵⁰. Les juges de paix sont habilités à décerner des mandats de perquisition; selon les policiers de la Sûreté du Québec il n'y a presque pas de problème d'accessibilité avec eux et il y a une amélioration de leurs connaissances.⁵¹ Il ne faut donc pas sans raison les priver de cette compétence. Un régime cohérent pour les règles régissant l'obtention d'échantillons biologiques est indispensable pour l'efficacité du système judiciaire.

*pour citer
dans
le prof
du D.*

(B) Le pouvoir discrétionnaire du juge

Un pouvoir discrétionnaire absolu est dévolu au juge qui peut accorder ou rejeter la demande de l'agent de la paix. Du moins la formulation de l'article

⁴⁹ Cet article concerne la commission d'une infraction grave suite à l'absorption d'alcool.

⁵⁰ COMMISSION DE RÉFORME DU DROIT DU CANADA, *Les fouilles, les perquisitions et les saisies*, Rapport no 24, Ottawa, Ministère des approvisionnements et Services Canada, 1984, p. 64.

⁵¹ Voir GROUPE DE TRAVAIL CHARGÉ D'EXAMINER LES PRATIQUES EN MATIÈRES D'ENQUÊTES CRIMINELLES AU SEIN DES CORPS DE POLICE DU QUÉBEC, *op. cit.*, note 45.

487.05(1) nous montre une disposition facultative et aucun standard précis ne vient encadrer ce pouvoir. Cette affirmation nous paraît claire dans la jurisprudence⁵². Cependant l'exercice de ce pouvoir n'est pas sans limites, car le juge doit rendre sa décision à la lumière de certains facteurs établis par l'article 487.05(2).

i) Le contrôle judiciaire

Il consiste en l'examen du bien-fondé de la demande de mandat. Par ce biais, le juge exerce un contrôle plus ou moins direct sur le travail du policier afin d'éviter des dérives. L'article 487.05 (1) ne crée pas pour le juge une obligation d'agir, mais le met à couvert de responsabilité. L'agent de paix dénonciateur doit fournir au juge suffisamment de détails afin que celui-ci puisse se former lui-même une opinion et prendre une décision. La discrétion accordée au juge est accompagnée de critères lui permettant d'apprécier «consciencieusement» sa décision. Ainsi, avant d'émettre le mandat, le juge doit s'assurer du bien-fondé et du sérieux des allégations contenues dans la dénonciation. En outre, il inscrit dans le mandat les modalités pour que «la saisie soit raisonnable dans les circonstances»⁵³, c'est-à-dire que la saisie tout en étant justifiée par les circonstances, doit être la moins attentatoire que possible aux droits de la personne concernée. Donc une attention particulière doit être accordée à la rédaction du mandat de perquisition. Le juge doit en outre s'assurer de la possibilité de disposer d'un agent de la paix formé ou de toute personne sous l'autorité de ce dernier. Est-ce que le juge doit prendre en considération l'identité et

⁵² *Baron c. Canada*, précitée, note 42, 437 : «[...] il est donc impérieux que l'officier qui donne l'autorisation jouisse d'une latitude suffisante pour que justice soit rendue à l'égard des droits respectifs visés».

⁵³ Article 487.06 (2) du *Code criminel*.

les compétences de l'agent chargé de prélever les échantillons biologiques? Le Code criminel n'indique pas clairement cet impératif, mais comme le fait remarquer le juge Rabinsky dans l'affaire *R. v. Bouvier*⁵⁴, l'article 487.05(2) n'exige pas que la personne qui effectue le prélèvement soit identifiée ni que le détail de ses compétences soit énoncé. Le juge provincial doit être seulement convaincu qu'une personne compétente sera présente et qu'elle procédera aux prélèvements. Il demeure que cette question est très importante et sera systématiquement scrutée par les tribunaux. Nous y reviendrons donc dans la section 2. Dans un autre ordre d'idées, l'article 487.05 stipule que la dénonciation sera faite *ex parte*.

ii) L'examen *ex parte*

C'est une exception à la règle *audi alteram partem* qui veut qu'il y ait devant le juge une procédure contradictoire. La nature *ex parte* de l'article 487.05(1) a fait couler beaucoup d'encre et a suscité une polémique. Ainsi, l'Association du Barreau canadien, dans un mémoire présenté au comité sénatorial permanent des affaires juridiques et constitutionnelles, écrit que l'accusé, dans certaines circonstances, devrait pouvoir contester l'exigence de motifs raisonnables de croire qu'une infraction a été commise⁵⁵. Quant à Me Roy, avocat général de la Section de la politique, Droit pénal au ministère de la justice, il estime que cet énoncé de «demande *ex parte*» est nécessaire car si ces mots n'étaient pas inscrits

⁵⁴ 11 juin 1996 (C.C.R. Sask), jugement inédit. Dans cette cause, la défense contestait la délivrance du mandat et son exécution.

⁵⁵ Voir *Mémoire de l'Association du Barreau canadien adressé à l'honorable Gérard Beaudoin, président du comité sénatorial permanent des affaires juridiques et constitutionnelles*, le 4 juillet 1995, p. 3.

dans l'article 487.05(1), le juge serait incapable d'entendre la demande si la personne soupçonnée n'est pas présente au pays⁵⁶.

En réalité, cette procédure secrète vis-à-vis des tiers ou du suspect est déjà présente dans le système de droit criminel canadien⁵⁷. La Cour suprême dans la décision *MacIntyre*⁵⁸ a aussi clairement énoncé que : «l'administration efficace de la justice justifie que le public soit exclu des procédures qui portent sur la délivrance même du mandat». Dans la même logique, la Commission de réforme du Droit du Canada, en ce qui concerne le mandat de fouille ou de perquisition, avait suggéré que la demande soit présentée unilatéralement et à huis clos, car cela favoriserait l'efficacité de la procédure⁵⁹. On pourrait donc raisonner par analogie et affirmer, à juste titre, que l'agent de paix peut présenter sa demande au juge sans la notifier à la personne concernée. La loi n'exige pas non plus qu'un avocat soit présent lors de la délivrance du mandat. Cependant, rien dans la disposition du Projet de loi n'interdit au juge d'entendre d'autres témoins et même le suspect, ce afin de respecter les principes de justice fondamentale.

Les tribunaux se sont engouffrés dans ce silence de la loi et ont contesté la constitutionnalité de la demande *ex parte*. Dans l'affaire *R. v. F(S)*⁶⁰ le juge Hill a adopté la position traditionnelle en concluant :

« [...] l'intérêt que l'on aurait à préserver l'élément de surprise dans l'exécution du mandat éclipse les

⁵⁶ Voir *Délibérations du Comité sénatorial permanent des affaires juridiques et constitutionnelles*, *op. cit.*, note 15, p. 49:54- 49:55.

⁵⁷ Article 462.32(1) du *Code criminel*.

⁵⁸ *Le Procureur général de la Nouvelle-Écosse c. MacIntyre*, [1982] 1 R.C.S. 175, p 187.

⁵⁹ COMMISSION DE RÉFORME DU DROIT DU CANADA, *op. cit.*, note 50, p. 31.

⁶⁰ Précité, note 36.

avantages qui découleraient de la tenue d'une audience accusatoire visant à établir si un mandat doit être délivré.»

Le mandat constitue donc une condition préalable à tout prélèvement biologique. Elle repose donc sur une demande de l'agent de paix et doit respecter certaines formalités. Ces exigences visent principalement à restreindre les atteintes aux droits des individus. Par ailleurs, comme nous l'avons observé un des éléments novateurs du Projet de loi est la possibilité pour l'agent de paix de prélever des éléments biologiques pour l'analyse génétique.

SECTION II - L'INVESTIGATION POLICIÈRE

Les nouvelles dispositions donnent une marge de manoeuvre importante à l'agent de la paix tout en proclamant vouloir protéger les droits individuels de l'individu. En effet à la lecture de la disposition, on constate que les pouvoirs de l'agent de la paix sont étendus; il peut non seulement mener les investigations pour dépister les infractions en vertu de son pouvoir d'enquête⁶¹, mais également exécuter le mandat qui lui est confié, ici en l'occurrence prélever des échantillons physiques (A). Dans l'exercice de ses fonctions, l'agent de la paix peut recourir à des moyens coercitifs, tels que la détention (B) et l'usage de la force nécessaire (C).

⁶¹ Avant de mettre en route l'action pénale, l'agent de paix doit rassembler les preuves et constituer le dossier; cela fait partie de sa tâche classique. Nous n'aborderons pas cette question dans notre étude.

**(A) Le pouvoir d'attenter à l'intégrité physique de la personne :
un pouvoir considérable**

L'article 487.06 «autorise l'agent de la paix — ou toute personne agissant sous son autorité à obtenir et saisir un échantillon d'une substance corporelle de l'intéressé par prélèvement [...]». De surcroît, à la lecture de l'article 487.05(2) il paraît clair qu'un facteur à considérer par le juge pour décerner le mandat est, entre autres, la possibilité d'avoir un agent de la paix expérimenté et formé adéquatement à effectuer un prélèvement. Si l'on s'en tient à une analyse littérale, les agents de paix ont le pouvoir d'attenter à l'intégrité physique. Mais la loi ne donne pas de précision sur la compétence et l'expérience de ceux-ci, toutefois elle dispose que le mandat doit être exécuté «dans des conditions qui respectent autant que faire se peut la vie privée de l'intéressé»⁶². Comme nous l'avons souligné plus haut, les prélèvements d'échantillons biologiques requis sont de trois types : des cheveux ou des poils, des cellules buccales ou encore des gouttes de sang . Nous ne croyons pas utile de nous étendre sur ici tout le débat⁶³ entourant la question

⁶² Article 487.07 (3) du *Code criminel*.

⁶³ Voir Daniela BASSAN, «Bill C-104 : Revolutionizing Criminal Investigations or Infringing on Charter Rights?», (1996) 54(2) *University of Toronto Faculty of Law Review* 246. Voir aussi COMMISSION DE RÉFORME DU DROIT DU CANADA, *Les techniques d'investigation policière et les droits de la personne*, Rapport no 25, Ottawa, 48 pages. Voir aussi Renée M. POMERANCE, «Body of Evidence : Section 487.01 of the Code, Bodily Integrity and the Seizure of Biological Samples», (1995) 2 *Crown's Newletter* 1. Voir aussi Christiane HENNAU-HUBLET et Bartha Maria KNOPPERS, «La preuve génétique et les droits de l'Homme: des points de médiation» dans *L'analyse génétique à des fins de preuve et les droits de la personne*, Christiane HENNAU-HUBLET et Bartha Maria KNOPPERS (dir.), Bruxelles, Éditions Bruylant, 1997, p. 437. Mesdames Hennau-Hublet et Knoppers résument en ces quelques lignes la polémique : «[...] d'aucuns ont adopté une distinction tirée des violations tangibles ou insidieuses pour tenter de «justifier» ou non une atteinte à l'inviolabilité de la personne. Fondée sur une conception essentiellement physique de la personne, une telle approche ne tient pas compte de l'intégrité psychologique. [...] Un simple prélèvement de salive, de cheveux, d'ongles, a fortiori de sang, mérite un encadrement légal au regard du droit de l'individu à sa sphère corporelle». Voir aussi *R. c. Stillman*, précité, note 22; *R. c. Greffe*, [1990] 1 R.C.S. 755; *R. c. Simmons*, (1988) 45 C.C.C. (3d) 296; *R. v. Bowen*, (1990) 59 C.C.C. 515 (Alta. C.A.)

du caractère invasif ou non d'un prélèvement d'échantillon biologique, c'est-à-dire quel prélèvement de substance corporelle visé par le mandat porterait le moins atteinte à l'intégrité physique. Nous rappelons cependant brièvement qu'en Angleterre, le *Police and Criminal Evidence Act* de 1984 distingue entre les prélèvements intimes (échantillons de sang, de sperme, de salive) et non intimes (bulbes pileux etc.) et seuls les prélèvements intimes sont interdits lorsqu'il n'y a pas consentement de l'intéressé. Nous nous limiterons plutôt à la question de la compétence adéquate pour effectuer les prélèvements prescrits. Pour ce faire, nous tracerons dans un premier temps un bref portrait des personnes habilitées à procéder à un prélèvement d'échantillons biologiques; dans un deuxième temps, nous mettrons en relief les enjeux qui peuvent en résulter.

i) Les personnes habilitées à faire le prélèvement de substances corporelles

L'article 487.06(1) dispose qu'un agent de la paix ou une personne agissant sous son autorité peut prélever un échantillon biologique. Mais comme le précise l'article 487.05(3) qui énonce les facteurs à considérer par le juge pour décider de décerner le mandat, la personne habilitée doit avoir la formation ou l'expérience nécessaire pour effectuer le prélèvement. Plusieurs remarques s'imposent : premièrement la nouvelle disposition milite en faveur d'une grande flexibilité⁶⁴ quant à la personne qui peut effectuer un prélèvement d'échantillon de sang contrairement à la formulation de l'article 256(1)b) du *Code criminel* qui stipule que le mandat autorise un agent de la paix à exiger l'aide d'un médecin qualifié ou d'un technicien qualifié agissant sous l'autorité de celui-ci.

⁶⁴ Voir *R. v. Brighteyes*, précité, note 37, 183 : le juge Murray écrit «The evidence is clear that it does not take a medically trained person to take any of these samples and the training given to the police officers and their ability to extract the substances is adequate.»

Deuxièmement cet acte n'est pas considéré comme un acte purement médical. Troisièmement, on peut se demander si le personnel médical serait obligé d'agir sous l'autorité d'un agent de la paix, auquel cas qu'est-ce qui adviendrait s'il refusait le prélèvement? Serait-il poursuivi pour obstruction à la justice en vertu de l'article 127(1) du *Code criminel*? Nous aborderons ces questions dans la partie suivante qui traite des enjeux.

Il nous faut souligner que les positions sont partagées sur la question de qui prélève les échantillons biologiques. Au Québec, la loi provinciale en matière de santé ne permet qu'aux professionnels de la santé de prélever des échantillons biologiques⁶⁵. Ainsi, seul le personnel médical peut procéder à un tel prélèvement. Les autres provinces, quant à elles utilisent la souplesse de l'article 487.06(1) qui leur laisse un choix⁶⁶. Évidemment, on assiste à une «balkanisation» institutionnelle, ce qui rend la tâche de contrôle très difficile pour le juge et suscite des inquiétudes.

ii) Les enjeux liés à la compétence

Les enjeux sont d'ordre juridique en même temps que d'ordre éthique. D'entrée de jeu, nous pouvons observer que le premier type de fouille, soit le prélèvement de cheveux ou de poils, a été bien souvent pratiqué par les policiers bien avant la modification du *Code criminel*. Ces prélèvements ont été traités comme des fouilles corporelles superficielles relevant du domaine d'un agent de la paix; ils ont été même considérés par certaines cours comme des fouilles accessoires à une arrestation relevant du pouvoir de common law⁶⁷. La gravité de

⁶⁵ *Loi médicale*, L.R.Q., c. M-9 : voir l'article 43.

⁶⁶ Certaines provinces font suivre des cours de formation à leurs agents de police.

⁶⁷ *R. c. Alderton* (1985) 17 C.C.C. (3d) 204.

l'atteinte à l'intégrité a été jugée minime dans ce type de prélèvement; ainsi un agent de la paix peut l'effectuer sans risque. Sans approuver ce point de vue, nous ne nous attacherons cependant pas à cette catégorie de prélèvements, la saisie de ce type de substances corporelles ayant fait l'objet de véritables débats contradictoires⁶⁸.

De plus, comme le dit l'honorable Juge Cory dans *R. c. Stillman* «[...] il devient évident qu'une procédure donnée peut être si peu envahissante et si courante qu'elle est acceptée sans contredit par la société»⁶⁹. Notre interrogation se pose pour les deux autres types de prélèvements, prélèvements d'échantillon de sang et des cellules buccales qui sont plus des prélèvements intimes et nécessitent une intrusion dans les cavités corporelles de l'individu. Est-ce qu'on doit habiliter un agent de paix à procéder au prélèvement? N'est-ce pas un type de prélèvement qui nécessite le recours à un praticien comme en matière de douanes? Pour notre part, nous sommes enclins à souscrire à cette position; les actes de cette catégorie doivent être considérés comme des actes médicaux et être pratiqués par un médecin ou un technicien qualifié⁷⁰.

Même si la technique peut ressembler à la méthodologie de prélèvements sur les lieux du crime, les conditions de prélèvements sont différentes, la collecte d'échantillons sur une personne suspecte vivante ne répondant pas aux mêmes

⁶⁸ Voir *R. c. Legère*, [1988] 43 C.C.C. (3d) 502-514 (C.A.N.B.); *R. c. Pohoretsky*, [1987] 1 R.C.S. 945; *R. c. Dymont*, [1988] 2 R.C.S. 417; *R. c. Paul*, (1994) 155 R.N.-B. (2e) 195 (C.A.).

⁶⁹ *R. c. Stillman*, précité, note 29, 659.

⁷⁰ Il semble que c'est la position retenue par le Ministère de la Sécurité du Québec puisque les prélèvements ne sont pas faits pas les policiers eux-mêmes, mais par un technicien qualifié travaillant dans le laboratoire d'expertise génétique à Montréal. En ce moment, le laboratoire prépare un kit pour les médecins afin d'assurer la précision du prélèvement : communication personnelle avec Léo Lavergne, biochimiste au laboratoire de sciences judiciaires et de médecine légale du Ministère de la Sécurité publique.

critères que le prélèvement effectué sur les lieux du crime ou sur un objet, la première étant une fouille et la seconde étant une perquisition. Cette distinction a été établie par la jurisprudence dans *Hunter c. Southam Inc.*⁷¹ «[...] le mot fouille [...] s'appliquant aux personnes et le mot perquisition aux lieux [...]». Étant donné les conséquences liées à l'utilisation des prélèvements, il est indispensable de s'assurer de la compétence et de la qualification des personnes qui la pratiquent, car le caractère attentatoire et brutal du prélèvement ne disparaît pas pour autant même si la loi le permet. La formulation de l'article pose des problèmes en ce qui concerne les nouveaux pouvoirs accordés aux agents de la paix et de l'application de la loi dans l'ensemble du pays.

Pour l'association des chefs de police, cette disposition est équitable, car il est préférable de laisser la loi assez large que de n'avoir aucun recours⁷². De plus selon certains, cette disposition permet une rapidité d'exécution, car ces techniques de prélèvement ne réclament pas une connaissance professionnelle très poussée. Le travail des forces de police sera rendu très facile, car elles ne seront pas obligées de conduire la personne arrêtée devant un technicien. Certains députés ont fait part de l'obligation que les provinces fassent suivre des cours à leurs agents de paix⁷³. Dès lors on peut se demander si seules les provinces qui assureront une formation à leurs forces de police pourront bénéficier de l'alternative de cette disposition de la loi. Comment contrôler cette compétence des agents de la paix en vertu de la disposition de la loi? Nous éprouvons quelques réserves au sujet des pouvoirs en vertu desquels les agents de la paix pourront

⁷¹ [1984] 2 R.C.S. 145.

⁷² Voir *Délibérations du Comité sénatorial permanent des affaires juridiques et constitutionnelles*, op. cit. note 55.

⁷³ C'est cette solution qui est appliquée en Ontario.

eux-mêmes effectuer des prélèvements d'échantillons. En effet, n'accorde-t-on pas trop de pouvoir à celui-là même qui fait l'arrestation? Comment contrôler la compétence des agents de la paix? En outre, le problème de prélèvement prend une dimension nouvelle en se généralisant. On peut être alors en présence d'un conflit d'intérêt : préserver la santé physique de l'individu et rechercher la preuve. La séparation des fonctions n'aura-t-elle pas pour but de rassurer les personnes prélevées et, indirectement, le public. La prudence demeure donc de mise. En effet, pour être valable au plan médical, éthique et juridique, un prélèvement ne doit pas inspirer une crainte pour la santé de l'individu. Par ailleurs, ainsi que l'écrit la Commission de réforme du droit du Canada: «[...] nous pensons qu'une méthode d'investigation scientifique doit, pour être aussi fiable et humanitaire que possible, être appliquée par un personnel diplômé et qualifié»⁷⁴.

Quant à la question d'avoir à portée de main un médecin ou un technicien qualifié pour le prélèvement, nous pensons qu'une telle formule assure le respect de la sécurité de la personne prélevée et limite considérablement les problèmes posés par le prélèvement. Si l'on se place devant cette alternative : d'une part, peut-on obliger les médecins ou les techniciens à effectuer les prises de sang, en d'autres termes est-ce que le personnel médical devrait être considéré comme agent d'application de la loi? D'autre part, est-ce qu'un médecin qui refuserait de prélever un échantillon biologique pourrait être accusé d'obstruction à la justice? Et enfin, une troisième remarque semble s'imposer : est-ce que la responsabilité de ces personnes est engagée en cas de faute? Ces questions éthiques se sont déjà posées notamment à l'occasion de la modification de la loi portant sur l'ivresse au volant et ont fait l'objet de vives discussions. Il a été affirmé qu'on ne pouvait

⁷⁴ COMMISSION DE RÉFORME DU DROIT DU CANADA, *Les méthodes d'investigation scientifiques*, Document de travail no 34, p. 73.

réquisitionner le personnel médical pour effectuer des prélèvements d'échantillons pour des fins non médicales et que le médecin de son côté ne pouvait prélever un échantillon biologique sans le consentement de la personne concernée et que leur responsabilité ne pouvait être engagée. Cette prise de position a été retenue dans un rapport⁷⁵ de la Commission de réforme du droit du Canada où on peut lire ce qui suit :

«Il convient [...] de souligner encore une fois que nous sommes opposés à l'adoption de dispositions obligeant les médecins et d'autres citoyens à procéder à l'application de techniques d'investigations et que nous reconnaissons que pour s'assurer le concours des personnes qualifiées, il est indispensable de les mettre à l'abri de toute responsabilité juridique [...].»

Cette recommandation est valable pour les prélèvements du *Projet de loi C-104*. Un médecin ne peut forcer quelqu'un pour un prélèvement d'échantillons biologiques et le remettre à la police; cela est contraire à la déontologie médicale qui stipule que tout acte médical doit être posé dans le meilleur intérêt du patient. On pourrait penser que les auteurs de la nouvelle législation considèrent que les énoncés des articles 486.06 et 487.07 sont suffisamment clairs pour qu'on en déduise la non-responsabilité du personnel médical. En tout cas, rien ne nous permet de le croire, aussi nous estimons que le fameux dicton de Talleyrand s'impose : «cela va de soi, cela ira mieux en le disant». Par conséquent, nous suggérons qu'un passage soit intégré *expressis verbis* à la disposition et que les personnes agissant sous l'autorité de l'agent de la paix bénéficient du privilège de non-responsabilité lors de prélèvement d'échantillon. En outre, le médecin ou

⁷⁵ COMMISSION DE RÉFORME DU DROIT DU CANADA, *Les techniques d'investigation policière et les droits de la personne*, op. cit., note 63, p. 46.

technicien qualifié ne peut être trouvé coupable d'infraction s'il refuse de prélever un échantillon biologique; ces personnes devront être exonérées de toute responsabilité civile ou pénale.

Tenant compte de ce qui précède, il faut admettre que la protection de l'inviolabilité du corps exige que la police ne peut prélever elle-même les échantillons provenant du corps, du moins certains types d'échantillons biologiques. Et puisque les prélèvements peuvent être forcés, ne faut-il pas privilégier, lorsque la force doit être employée, seulement certains types de prélèvements qui portent moins atteinte à l'intégrité physique? Bien sûr, comme nous l'avions affirmé dans notre titre II⁷⁶ tous les échantillons biologiques, qu'ils soient intimes ou non, contiennent le code génétique de l'individu.

(B) Le pouvoir d'attenter à la liberté de la personne

Il peut se manifester soit par la détention ou l'arrestation. Le législateur du *Projet de loi C-104* se montre ambigu dans son approche puisque l'article 487.07(2) se lit comme suit : «Pour l'exécution du mandat, l'intéressé peut être détenu à des fins de prélèvement pour la période que justifient les circonstances et peut être contraint d'accompagner l'agent de paix». Cette disposition suscite une clarification : l'intéressé est détenu jusqu'à ce qu'il collabore et même plus, il peut être contraint d'accompagner l'agent de paix. Où? Devant un juge, au poste de police ou dans tout autre lieu? Pendant combien de temps durera cet «accompagnement»? Bref, le libellé de cette disposition semble vouloir générer une ambiguïté. On peut donc à juste titre se demander si la contrainte d'accompagner l'agent de paix ici est différente de la détention ou si elle doit être

⁷⁶ *Supra.*

qualifiée d'arrestation. Nous savons d'ores et déjà que même si ces deux procédures impliquent une restriction à la liberté de mouvements, elles ne sont pas synonymes. En effet, dans l'arrêt *Chromiak*, on peut y lire ce qui suit: «le mot détention ne comprend pas nécessairement l'arrestation»⁷⁷. Cette distinction est aussi reprise dans l'arrêt *Therens*⁷⁸, où la Cour suprême statue que la détention signifie une restriction de la liberté autre qu'une arrestation. Nous examinerons successivement, mais brièvement, ces deux procédures, car elles sont le point de départ de la protection constitutionnelle de l'article 10 de la Charte canadienne⁷⁹. Nous évoquerons par la suite les garanties constitutionnelles qui sont mises en oeuvre.

i) Le concept de détention

La détention est définie comme «toute situation où un suspect n'est pas libre de mettre fin à sa rencontre avec les policiers et de quitter les lieux à sa guise»⁸⁰. La détention ne requiert pas nécessairement une contrainte physique, ni une menace, il suffit que le suspect se soumette à la restriction de liberté en croyant de façon raisonnable qu'il ne peut agir autrement.⁸¹ Il transparaît dans cette jurisprudence une perception subjective de la détention. Cependant comme le souligne madame Viau : «il serait exagéré de conclure qu'il y a détention, chaque fois qu'un policier pose une question à une personne qu'il croise ou qu'il invite à

⁷⁷ [1980] 1 R.C.S., 471 à la p. 478.

⁷⁸ [1985] 1 R.C.S. 613.

⁷⁹ Voir Anne-Marie BOISVERT, «Le rôle de l'accusé dans la poursuite criminelle» dans Gérard A. BEAUDOIN et Errol P. MENDES (dir.), *Charte canadienne des droits et libertés*, 3^{ème} édition, Montréal, Wilson & Lafleur, 1996, p. 648 et ss.

⁸⁰ Voir Louise VIAU dans *Rapport Bellemare*, op. cit., note 45, p. 4.

⁸¹ Voir *R. c. Therens*, [1985] 1 R.C.S. 613.

le rencontrer»⁸². Mais si l'agent de paix contraint le suspect à l'accompagner, pourrait-on parler de détention? Les énoncés contenus dans l'arrêt *McIntyre*⁸³ nous font penser que la réponse serait positive puisque ce sont les restrictions de mouvement qui sont les critères déterminants de la détention.

Ainsi, les critères subjectifs ne sont pas suffisants pour parler de détention, il faut aussi des critères objectifs tels que le stade de la procédure, la nature des questions la modification substantielle des rapports entre le policier et le suspect.⁸⁴ Est-ce qu'il y a une limite temporelle à la détention?

Cette question a été analysé dans l'affaire *Monney*⁸⁵. Dans cette affaire relative à une infraction en matière de douane, la Cour suprême a énoncé que le délai «30 minutes entre le moment où la personne est mise en détention et le début de la fouille est raisonnable».⁸⁶

Bref, on éprouve de la difficulté à distinguer la détention de certaines circonstances qui s'y rapprochent. De façon général, on peut observer que la détention du suspect ne suppose pas nécessairement l'arrestation qui est considérée comme une étape destinée à contraindre le suspect à comparaître devant un tribunal et à subir son procès.

⁸² Voir *Rapport Bellemare*, *op. cit.*, note 45, p. 5.

⁸³ (1994) 2 R.C.S. 480.

⁸⁴ Voir *R. c. Moran*, (1988) 36 C.C.C.(3d), 225; *R. c. Amyot*, (1991) R.J.Q. 954.

⁸⁵ [1999] 1 R.C.S. 652.

⁸⁶ *Id.*, 654.

ii) Le concept d'arrestation

Tout comme la détention, le concept d'arrestation occupe une place importante dans la procédure pénale; toutefois, on remarque que cette notion n'est définie nulle part dans le *Code criminel*. Seule la jurisprudence y a recours, mais elle s'en est peu préoccupée⁸⁷. Ainsi, selon la Cour suprême dans l'arrêt *Whitfeld*⁸⁸,

«L'arrestation consiste à se saisir d'une personne physique ou à la toucher dans le but de la détenir. Le seul fait de lui dire qu'on l'arrête ne constitue pas une arrestation à moins que celui qu'on veut arrêter se soumette et suive l'agent qui procède à l'arrestation.»

L'arrestation suppose qu'on ait recours à la coercition pour priver un individu de sa liberté. En effet selon Gassin, l'arrestation «est l'acte matériel d'appréhension au corps d'un individu le privant momentanément de la liberté d'aller et venir»⁸⁹.

Quelles sont les exigences pour procéder à une arrestation? Faut-il un *articulable cause* ? Qu'entend-on par cette expression? Le concept fut emprunté à la jurisprudence américaine et repris par les tribunaux canadiens⁹⁰. Bon nombre d'auteurs⁹¹ se sont penchés sur ce concept qui a été défini comme des soupçons

⁸⁷ Anne-Marie BOISVERT, *loc. cit.*, note 79, p. 649.

⁸⁸ [1970] R.C.S. 46.

⁸⁹ Raymond GASSIN, «Arrestation» *Répertoire de droit pénal et de procédure pénale*, no 2.

⁹⁰ Voir *R. c. Ladouceur*, [1990] 1 R.C.S. 1257; *R. c. Simpson*, (1993) 79 C.C.C. (3d) 482 (C.A. Ont.); *R. c. Chabot*, (1993) 86 C.C.C. (3d) 309; *R. c. Lee*, (1995) 98 C.C.C. (3d) 326.

⁹¹ Voir Pierre BÉLIVEAU et Martin VAUCLAIR, «Traité général de preuve et procédure pénale», 6ème éd., Montréal, Éditions Thémis, 1999, pp. 402-404. Voir aussi dans le *Rapport Bellemare*, l'article de L. VIAU, *op. cit.*, note 38, p. 13.

raisonnables. Selon certains, «ce critère moins exigeant que celui de motifs raisonnables et probables, peut, sans violer l'article 9, justifier une interception, procédure moins attentatoire à la liberté que ne l'est l'arrestation»⁹². Il est cependant insuffisant pour justifier une arrestation et non une simple détention⁹³.

iii) Les garanties constitutionnelles mises en oeuvre en cas de détention ou d'arrestation

Comme le stipule l'article 10 de la Charte canadienne :

«Chacun a le droit, en cas d'arrestation ou de détention:

a) d'être informé dans les plus brefs délais des motifs de son arrestation ou de sa détention;

b) d'avoir recours à l'assistance d'un avocat et d'être informé de ce droit;

c) de faire contrôler, par habeas corpus, la légalité de sa détention et d'obtenir, le cas échéant sa libération.»

Les droits du suspect sont donc bien protégés en cas de détention ou d'arrestation et les agents de la paix sont tenus de s'y conformer. En revanche rien ne les oblige à s'y conformer si la personne ne se trouve pas dans ces cas.

La cour suprême est venue préciser la nature de l'obligation des policiers et des droits du suspect en ce qui concerne le droit à l'assistance d'un avocat; ainsi dans l'affaire *R. c. Brydges*⁹⁴, le juge Lamer écrit :

⁹² Voir P. BÉLIVEAU et M. VAUCLAIR, *op. cit.*, note 89, p. 402.

⁹³ *R. c. Charley*, (1993) 20 W.C.B. (2d) 4 (C.A. Ont.).

⁹⁴ [1990] 1 R.C.S. 190, 203-204.

«[...] les policiers doivent donner à la personne accusée ou détenue une possibilité raisonnable d'exercer le droit de recourir à l'assistance d'un avocat, [...] le détenu doit exercer avec diligence le droit à l'assistance d'un avocat. Si le détenu ne fait pas preuve de diligence, alors les obligations correspondantes des policiers sont suspendues.»

Dans l'affaire *Ross*⁹⁵, la Cour a ajouté que les policiers doivent permettre à l'individu d'avoir droit à l'assistance d'un avocat de son choix et ce dans un délai raisonnable. Conformément à l'article 10b) l'individu détenu ou arrêté doit avoir recours à l'assistance d'un avocat. Ce droit «sert à protéger le privilège de ne pas s'incriminer, un privilège fondamental à notre justice criminelle [...] reconnu comme "principe de justice fondamentale" [...]».⁹⁶ Il favorise donc le respect d'autres droits⁹⁷. Enfin, dans l'affaire *Bartle*⁹⁸ la question de l'information de l'accès à l'aide juridique et aux services de garde a été abordée. Cependant, l'individu peut renoncer aux garanties constitutionnelles édictées à sa faveur, mais cette renonciation doit être éclairée⁹⁹.

Par ailleurs, rappelons l'application des garanties de l'article 487.07 qui exige que l'agent de paix informe l'intéressé de la teneur du mandat, de la nature et du but du prélèvement, du pouvoir d'utiliser la force nécessaire pour l'exécution du mandat et de la possibilité que les résultats provenant de l'analyse seront présentés en preuve.

⁹⁵ [1989] 1 R.C.S. 3; 46 C.C.C. (3d) 126.

⁹⁶ *R. c. Prosper*, [1994] 3 R.C.S. 236, 271.

⁹⁷ Anne-Marie BOISVERT, *loc. cit.*, note 79, p. 660.

⁹⁸ [1994] 3 R.C.S. 173; 92 C.C.C. (3d) 289.

⁹⁹ *Id.*

(C) Le recours à la force nécessaire

L'article 487.07e) pose le principe que l'agent de paix doit informer l'intéressé qu'il peut recourir à la force nécessaire pour exécuter son mandat. Cette exigence est un mécanisme pour garantir non seulement la coopération du sujet mais aussi pour s'assurer de l'application du mandat. La question est de savoir si c'est le seul mécanisme qu'on peut envisager. Quand est-ce que la force est nécessaire et quel degré de force devrait être employé, en d'autres termes quelles sont les limites de la force nécessaire?

D'entrée de jeu, on peut affirmer que même s'il existe d'autres façons de forcer quelqu'un à se soumettre à l'application d'une technique d'investigation (sanction pour refus d'obtempérer, inférence négative tirée du refus), la coercition par l'emploi de la force vise ici à exécuter une décision judiciaire et ne traduit pas la volonté de la police. Dans ce contexte, elle n'entache pas la régularité de la preuve.

Toutefois, une limite à la force nécessaire réside dans le critère de la proportionnalité. La force utilisée pour l'obtention de l'échantillon biologique ne doit donc pas être excessive eu égard aux circonstances; elle doit être mesurée, c'est-à-dire qu'elle doit être minimale pour atteindre l'objectif prévu qui est ici la prise d'échantillons biologiques. L'article 27 du *Code criminel* est plus explicite, puisqu'elle réfère à «la force raisonnablement nécessaire». Par ailleurs, le code criminel retient la responsabilité criminelle de l'auteur d'une force excessive¹⁰⁰.

¹⁰⁰ Voir l'article 26 du *Code criminel* qui stipule : «Quiconque est autorisé par la loi à employer la force est criminellement responsable de tout excès, selon la nature et la qualité de l'acte qui constitue l'excès.»

Quant au degré de force permis, même s'il semble s'apprécier par rapport à la norme du caractère raisonnable, il ne laisse aucun doute que cette question est problématique pour les agents de paix à cause de l'imprécision du critère. Si le suspect lors du prélèvement oppose une force importante, que doit faire la personne qui est chargée du prélèvement? Jusqu'où peut-il aller? En tout cas, on remarque qu'il n'existe aucun standard pouvant guider les agents de paix dans l'exercice de leurs devoirs. Sans nécessairement vouloir tout réglementer, nous suggérons d'établir certains principes de base pour orienter les policiers dans l'accomplissement de leurs devoirs. À cet égard, nous trouvons intéressante la proposition de certains auteurs¹⁰¹ qui suggèrent qu'il faut attendre un peu, puisque qu'il n'y a pas urgence en ce sens que le matériel biologique ne disparaîtra pas. Ce n'est pas comme dans le cas du prélèvement de sang pour dépistage de l'alcoolémie où un délai assez long peut faire disparaître la preuve. De même, la condamnation du suspect peut aussi être une alternative à examiner. Ces directives explicites et précises ne résoudront pas totalement le problème mais permettront d'éviter certains abus ou excès de force.

SECTION III - DE LA PROTECTION POUR LES JEUNES CONTREVENANTS

Les adolescents bénéficient d'une protection spécifique : outre les garanties générales énoncées par la Charte canadienne qui s'imposent à tout détenu, et particulièrement le droit aux services d'un avocat¹⁰², le législateur a établi des règles particulières à respecter dans le cas d'adolescent. Pour l'exécution

¹⁰¹ Peter J.-P. TAK & Gertrud A. Van EIKEMA HOMMES, «Le test d'ADN et la procédure pénale en Europe» (1993) 4 *Rev. sc. crim.* 689.

¹⁰² Article 10b) Partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982* (annexe B de la *Loi de 1982 sur le Canada* (1982, R.-U., c. 11).

du prélèvement, celui-ci devrait être non seulement avisé de la possibilité de consulter un avocat, un parent ou quelqu'un de proche, mais d'exiger que le mandat ne soit exécuté qu'en présence d'une de ces personnes¹⁰³.

Deux volets se dessinent donc : d'une part, la possibilité d'assistance d'un avocat et, d'autre part, une garantie de présence de l'avocat à la phase d'exécution du mandat. Toutefois, ces garanties ne peuvent être imposées à l'adolescent et celui-ci peut y renoncer; cependant cette renonciation doit être explicite, alors que pour un adulte, la renonciation peut être implicite¹⁰⁴.

(A) Les garanties juridiques à l'égard du jeune contrevenant

i) Le droit aux services d'un avocat

La clarté de la formulation ne laisse aucun doute sur les obligations à l'égard de l'adolescent: il a droit aux services d'un avocat. Ce mécanisme est fondamental dans tout processus judiciaire. Il est imposé par l'article 10b) de la Charte canadienne en cas d'arrestation ou de détention; il est repris dans la *Loi sur les jeunes contrevenants*¹⁰⁵. La nouvelle disposition n'apporte donc rien de nouveau en tant que tel, hormis l'hypothèse de renonciation du jeune contrevenant.

¹⁰³ Article 487.07 (4) du *Code criminel*.

¹⁰⁴ Cependant, la norme d'une renonciation implicite est très exigeante : voir *Clarkson c. La Reine*, [1986] 1 R.C.S. 383, 394: le juge Wilson en parlant de la renonciation écrit : «[...] il est évident qu'il faut examiner avec soin toute allégation de renonciation à ce droit par un accusé et que la connaissance par l'accusé des conséquences de sa déclaration est déterminante. [...] pour qu'une renonciation soit valide, «il faut qu'il soit bien clair que la personne renonce au moyen de procédure conçu pour sa protection et qu'elle le fait en pleine connaissance des droits que cette procédure vise à protéger et de l'effet de la renonciation sur ces droits au cours de la procédure». Pour la validité d'une renonciation au droit de l'avocat, voir *R. c. Smith*, [1991] 1 R.C.S. 714.

¹⁰⁵ L.R.C. (1985) ch. Y-1 : voir les articles 11(1) et 56 (2).

Pour ce qui est des adultes, le Projet de loi ne contient aucune disposition prévoyant le droit à l'avocat alors que cette garantie est explicitement énoncée pour un adolescent. Doit-on y lire comme certains sénateurs¹⁰⁶ une restriction, c'est-à-dire que l'assistance d'un avocat n'est pas requis? Nous en doutons fortement, car ce serait méconnaître les droits constitutionnels de tout individu, surtout lors de son arrestation. En effet, comme nous l'avons souligné, l'article 10b) de la Charte canadienne dispose qu'en cas d'arrestation ou de détention, un individu doit avoir recours sans délai à l'assistance d'un avocat de son choix. Les policiers ne peuvent donc l'empêcher de consulter un avocat avant le prélèvement. De même, la jurisprudence a toujours énoncé clairement ces principes, notamment la Cour suprême dans les arrêts *Brydges*¹⁰⁷ et *Prosper*¹⁰⁸ a décidé que la présence de l'avocat est une prérogative accordée à une personne impliquée dans une affaire pénale. Dans le silence de la loi sur ce point, nous considérons que le régime général en matière de détention est applicable : la communication avec un avocat est nécessaire avant le prélèvement de l'échantillon. D'ailleurs, le Projet de loi énumère une liste de choses que la police doit dire à la personne chez qui on effectuera le prélèvement et devra s'assurer que celle-ci comprenne bien l'information qui lui est donnée ainsi que ses droits. La compréhension peut varier selon les individus et les circonstances. Enfin, le suspect peut renoncer à consulter un avocat.

¹⁰⁶ Voir *Délibérations du comité sénatorial des affaires juridiques et constitutionnelles*, op. cit., note 15, p. 49:12.

¹⁰⁷ [1990] 1 R.C.S. 190, 203 et 204 : «les policiers doivent donner à la personne accusée ou détenue une possibilité raisonnable d'exercer le droit de recourir à l'assistance d'un avocat. La deuxième obligation comporte notamment l'interdiction faite aux policiers de forcer la personne détenue à prendre une décision ou à participer à quelque chose qui pourrait finalement avoir un effet préjudiciable sur un éventuel procès jusqu'à ce que cette personne ait la possibilité raisonnable d'exercer son droit à l'assistance d'un avocat.»

¹⁰⁸ Précité, note 96.

ii) Le droit à la présence d'un avocat ou d'un adulte de confiance

La nouvelle législation précise que l'adolescent a le droit d'exiger que l'exécution du mandat se fasse en présence de l'avocat¹⁰⁹ ou l'une des personnes précitées ci-haut. Leur implication permet non seulement de soutenir le jeune, mais de lui apporter conseil et assistance. En effet, l'état de dépendance matérielle et psychologique dans lequel se trouve le jeune peut nécessiter que les membres de la famille ou l'avocat assistent à l'exécution du mandat. En tout cas, la possibilité de se faire assister implique également la possibilité de se faire influencer. Est-ce que ce droit à la présence d'un avocat ou d'un adulte de confiance peut revêtir un caractère secondaire et être écarté lorsque l'exercice de droit peut empêcher l'exercice du mandat? La question mérite d'autant plus d'être posée, à défaut de toute précision dans le texte légal. Il faut reconnaître que le droit à la présence d'un avocat ou d'un adulte de confiance est un droit fondamental et c'est tout à fait normal que le jeune contrevenant puisse avoir des conseils appropriés quant au choix à faire.

Est-ce que le problème se présente de manière analogue pour l'adulte ou bien est-ce que le législateur a voulu exclure pour cette catégorie de personnes la garantie de présence d'un avocat? En effet, cette procédure de présence d'un avocat pour l'adulte n'est énoncée nulle part dans la nouvelle législation. On ne la retrouve pas non plus dans la garantie juridique enchâssée à l'article 10b) de la *Charte canadienne des droits et libertés*. Si on se fie à la règle d'interprétation

¹⁰⁹ Cette garantie était déjà présente dans la *Loi sur les jeunes contrevenants* : voir l'article 56(2).

Expressio unius est exclusio alterius,¹¹⁰ les adultes ne pourraient bénéficier de ce privilège. Il faut observer ici que la Commission de réforme du droit du Canada, dans un rapport¹¹¹, s'était aussi prononcée sur cette question et avait émis une objection. En effet, on peut y lire ce qui suit :

«[...] nous craignons que tout avantage découlant du droit, prévu dans la loi, à la présence d'un avocat lors de l'application d'une méthode d'investigation scientifique, peut être annulé par les difficultés évidentes que pourrait susciter l'exercice de ce droit. Si l'on adopte les autres garanties de procédure proposées, le droit à la présence d'un avocat ne nous paraît pas nécessaire.»

L'argument de difficulté énoncé par la Commission de réforme du droit peut être contourné, par la suggestion d'avoir un avocat sur place dans les postes de police. Enfin, on peut se demander si les policiers seraient favorables à la présence des avocats et si cela aurait un impact positif pour le prévenu. Il ne faut pas non plus se faire trop d'illusions quant à l'impact de la présence de l'avocat sur l'efficacité du prélèvement.

Bref, dans un esprit de clarification, le comité sénatorial permanent a proposé que la question de présence d'un avocat lors du prélèvement soit examinée dans un avenir rapproché¹¹².

¹¹⁰ Voir Albert MAYRAND, *Dictionnaire de maximes et locutions latines utilisées en droit*, 1985, Cowansville, Éditions Yvon Blais Inc., p. 85 : la mention d'un cas particulier exclut l'autre.

¹¹¹ COMMISSION DE RÉFORME DU DROIT DU CANADA, *Les méthodes d'investigation scientifiques*, op. cit., note 74, p. 73.

¹¹² *Délibérations du Comité sénatorial permanent des affaires juridiques et constitutionnelles*, op. cit., note 15, p. 49:65

(B) La renonciation aux services et à la présence d'un avocat

La renonciation aux droits est un acte qui exige d'une part une information préalable des droits¹¹³, et d'autre part la compréhension, l'acceptation et l'ampleur du risque couru¹¹⁴; il ne peut donc être assimilé à un non-exercice du droit.

La cour suprême, dans l'arrêt *Korponay c. Procureur général du Canada*¹¹⁵ a précisé les conditions de validité de la renonciation :

«il faut qu'il soit bien clair que la personne renonce au moyen de procédure conçu pour sa protection et qu'elle le fait en pleine connaissance des droits que cette procédure vise à protéger et de l'effet de la renonciation sur ces droits au cours de la procédure.»

La renonciation suppose donc que le suspect a «une appréciation véritable des conséquences de la renonciation à ce droit». ¹¹⁶ Cette appréciation véritable a été interprétée restrictivement par la Cour suprême dans l'affaire *R. c. Smith*.¹¹⁷ L'accusé doit avoir seulement une capacité cognitive limitée et non pas une capacité d'analyse pour renoncer à de son droit à l'assistance d'un avocat.¹¹⁸

La renonciation de l'adolescent doit non seulement être expresse, être faite par écrit et comporter une déclaration signée de l'adolescent conformément à l'article 56(4) de la *Loi sur les jeunes contrevenants*, mais un fait nouveau à noter

¹¹³ Le volet information est très important. La lecture de la mise en garde habituelle est une façon parmi d'autres pour les forces de police de s'acquitter de cette obligation.

¹¹⁴ *R. c. Black* [1989] 2 R.C.S. 138, 153; *R. c. Smith*, [1991] 1 R.C.S. 714, 721; *R. c. Borden*, précité, note 10, 166.

¹¹⁵ [1982] 1 R.C.S. 41, 49.

¹¹⁶ *R. c. Clarkson*, [1986] 1 R.C.S. 383, 396.

¹¹⁷ Précitée, note 104.

¹¹⁸ *R. c. Whittle*, [1994] 2 R.C.S. 914, 942.

la nouvelle loi y adjoint une autre forme de preuve de cette renonciation, un enregistrement audio ou vidéo¹¹⁹. C'est un moyen fiable visant à conserver la preuve de la renonciation; encore faut-il que la qualité technique de l'enregistrement soit satisfaisante. Le but de cette disposition étant d'assurer la protection du jeune, la renonciation devra être faite selon les règles de l'art. Le jeune devra être avisé de l'enregistrement et on devra lui permettre de le visionner ou de l'écouter. Nous pensons que cette formalité est indispensable à la protection de la jeunesse, car le jeune dispose du droit de vérifier que son opinion a été correctement reproduite.

Mais qu'en est-il de la vie privée de l'adolescent puisqu'un enregistrement audio ou vidéo pourrait identifier le jeune et lui être préjudiciable notamment s'il est utilisé pour des fins autres que celles pour lesquelles il a été fait? Doit-on s'inquiéter des répercussions que peut générer l'enregistrement audiovisuel? Il ne faut pas perdre de vue que le but recherché est de prouver uniquement la renonciation du jeune.

Bref, avec l'avènement du *Projet de loi C-104*, on voit se dessiner un cadre légal formel à l'obtention d'échantillons biologiques pour l'analyse génétique. Plusieurs exigences ont été incorporées dans le *Projet de loi*. Les pratiques jusqu'à tout récemment jugées arbitraires se trouvent tant soit peu légitimées par les nouvelles dispositions; les garanties procédurales quant aux droits de l'individu sont augmentées. Théoriquement, le *Projet de loi* semble répondre à l'objectif d'efficacité et d'amélioration de la sécurité publique et de respect de la

¹¹⁹ Article 487.7 (5) du *Code criminel*.

dignité humaine et de la vie privée, conformément au souhait du gouvernement¹²⁰, puisqu'un outil de haute technologie est mis à la disposition de la police pour lutter contre la criminalité. Mais la légitimité de la preuve ne se réduit pas uniquement à sa légalité, c'est-à-dire à sa régularité formelle, ni à l'aptitude de la loi à assurer le triomphe des valeurs fondamentales, encore faut-il qu'il en découle une certaine effectivité¹²¹. Donc au-delà de la rhétorique, on doit se demander s'il y a ou aura un décalage entre les dispositions adoptées et leurs observations dans la pratique? En d'autres termes, est-ce que la réalité est différente? Quel est l'impact réel de la réforme? Les pages qui suivent seront consacrées à l'examen de l'effectivité des dispositions du *Projet de loi C-104*.

CHAPITRE II - ANALYSE DE L'EFFECTIVITÉ DU PROJET DE LOI C-104

Le 25 septembre 1997, Andy Scott, le solliciteur général, lors de la présentation d'un projet de loi créant une banque de données génétiques, observait ceci à propos du *Projet de loi C-104*: «Les mesures législatives sur les mandats relatifs au prélèvement d'échantillons génétiques, adoptées en 1995, se sont révélées très efficaces»¹²². Le mot est lancé : efficacité. Qu'entend-on par ce terme? Comment la mesurer alors qu'il existe peu de jurisprudence sur cette

¹²⁰ Voir l'allocution du Ministre de la justice, Allan Rock, dans *Débat des communes*, 22 juin 1995, 14489-14490 : «Cette initiative fait partie d'un train de mesures que nous avons prises pour accroître la sécurité dans notre société et en préserver le caractère paisible. [...] Le gouvernement reconnaît l'importance des empreintes génétiques comme outil d'enquête, mais il reconnaît aussi que les droits et libertés prévus par la Charte à l'égard de la protection de la vie privée exigent que de bonnes garanties soient mises en place.»

¹²¹ Voir *supra* dans l'introduction de la thèse, où nous avons fait une brève exploration de la définition de la légitimité et avons identifié l'approche à laquelle nous faisons référence pour étudier la légitimité de la preuve d'identification génétique. Dans cette approche, l'élément formel joue aussi bien que l'élément matériel.

¹²² Voir SOLLICITEUR GÉNÉRAL CANADA, «Allocution», présentée le 25 septembre 1997, p. 30.

réforme? Devrait-on parler d'efficacité ou d'effectivité? Une clarification préalable des concepts nous paraît nécessaire d'autant que bien d'auteurs les utilisent indifféremment semant ainsi la confusion. Nous nous attacherons aussi à faire quelques observations sur la notion d'effectivité (Section 1).

Nous traiterons par la suite, dans la Section 2, de l'effectivité du *Projet de loi C-104*. Nous ne prétendons pas ici faire une évaluation empirique de cette réforme et des comportements qui en découlent. Nous ne ferons pas non plus une étude d'impact puisque la pratique en la matière est récente. Nous chercherons à cerner l'effectivité du *Projet de loi C-104* en mettant en évidence quelques mécanismes.

SECTION I - LE CADRE CONCEPTUEL DE L'EFFECTIVITÉ

Le concept d'effectivité a suscité de l'engouement et a fait couler beaucoup d'encre. Des auteurs de tout domaine (philosophes, sociologues, juristes) s'y sont intéressés et ont tenté de le définir tant bien que mal. Pourtant, comme l'affirme le Professeur Guy Rocher¹²³, le terme effectivité, bien que souvent employé, est un substantif inexistant dans la langue française¹²⁴ et donc fabriqué de toutes pièces par la sociologie du droit. Jean Carbonnier¹²⁵, quant à lui, affirmera que «l'effectivité n'appartient pas à la règle de droit» puisque même inappliquée la loi n'en reste pas moins la loi.

¹²³ Guy ROCHER, «Effectivité du droit» dans Andrée LAJOIE, Roderick A. MACDONALD, Richard JANDRA et Guy ROCHER (dir.), *Théorie et émergence du droit : pluralisme, surdétermination et effectivité*, Montréal, Éditions Thémis, 1998, p. 135.

¹²⁴ C'est un néologisme du terme anglais «effectiveness» qui signifie efficacité.

¹²⁵ Jean CARBONNIER, *Flexible droit— pour une sociologie du droit sans rigueur*, 7ème éd., Paris, L.G.D.J., 1992, p. 123.

Bref, le concept d'effectivité a fait l'objet d'interprétations aussi bien restrictives qu'élargies. Selon Pierre Lascoumes, la notion d'effectivité signifie «le degré de réalisation, dans les pratiques sociales, des règles énoncées par le droit»¹²⁶, ce qui correspond dans la pratique à un simple constat de la conformité à la loi ou de la correspondance entre les règles de droits et les comportements. La réalisation du droit est donc ici envisagée dans les faits empiriques. Valérie Demers écrit à ce sujet que cette «notion d'effectivité prenant la forme d'un pourcentage permet de mesurer la proportion d'individus qui se conforment ou ne se conforment pas à une norme juridique» et que cette conception est restrictive, car ne constituant qu'un aspect des études d'effectivité¹²⁷. Cette conception traditionnelle qu'elle qualifie de «paradigme dominant de la notion d'effectivité» est fortement critiquée, car elle comprend de nombreuses lacunes¹²⁸. En effet, «l'évaluation approfondie du droit ne peut être rendue possible que par sa réinscription dans le contexte social dans lequel il s'inscrit»¹²⁹. Mme Demers prône une approche plus large, c'est-à-dire que le concept d'effectivité doit être étendu aux effets du droit. Guy Rocher écrira :

¹²⁶ Pierre LASCOUMES, «Effectivité» dans André-Jean ARNAUD (dir.), *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, 2ème éd., Paris, L.G.D.J., 1996, p. 217.

¹²⁷ V. DEMERS, *op. cit.*, note 7, p. 2 et suiv.

¹²⁸ Le courant dominant de la notion d'effectivité focalise sur les normes prohibitives ou prescriptives et l'effectivité est jugée en fonction du ratio des comportements conformes, lorsqu'il existe d'autre types de normes juridiques qui n'ont pour rôle d'établir qu'un cadre d'action : voir Antoine JEAMMAUD, «Les règles juridiques et l'action», (1993) 29 *Recueil Sirey-Dalloz*, Recueil Sirey, 207, 208, ou qui sont facultatives; pour ces dernières : «L'ineffectivité plus ou moins grande de la loi serait manifestée par une utilisation réduite du service mis à la disposition des individus par le législateur; il s'agira de mettre en lumière les facteurs influençant la demande du service étatique chez les individus qui pourraient en bénéficier: voir Jean-Guy BELLEY, «La loi du dépôt volontaire : une étude sociologique juridique», (1975) 16 *Cahiers de droit*, 44. 2) Le courant dominant a une «conception pathologique du droit», (formule utilisée par V. DEMERS dans son ouvrage *Le contrôle des fumeurs, une étude d'effectivité du droit*, *op. cit.*, note 7, p. 43).

¹²⁹ V. DEMERS, *op. cit.*, note 7, p. 53.

«Tenter de comprendre l'effectivité du droit, c'est tout ensemble retracer la diversité de ses effets, voulus et involontaires, recherchés ou accidentels, directs et indirects, prévus et inattendus, sociaux, politiques, économiques ou culturels.»¹³⁰

Certains auteurs, comme Carbonnier¹³¹, analyseront l'effectivité à partir de son antithèse, c'est-à-dire du phénomène d'ineffectivité. L'effectivité d'une loi appelle une ineffectivité soit totale, soit statistique ou individuelle. Et Carbonnier de conclure: «L'effectivité prise en elle-même, n'a pas d'histoire, c'est l'ineffectivité qui est sociologiquement la plus intéressante»¹³². Il est bon de remarquer ici que l'effectivité d'une norme impérative ne se pose pas de la même façon que celle d'une norme facultative, la première étant en fonction de la conformité, la seconde en fonction de l'utilisation¹³³.

Notre étude ici n'est pas de présenter une analyse, ni une revue de littérature sur la théorie de l'effectivité, nous n'avons d'autre ambition que de faire quelques remarques sur cette notion qui nous sera utile pour apprécier la légitimité du *Projet de loi C-104*.

¹³⁰ G. ROCHER, *loc. cit.*, note 116, p. 136.

¹³¹ *Op. cit.*, note 101.

¹³² *Id.*, p. 123.

¹³³ Voir J. CARBONNIER, *op. cit.*, note 118, p 125-127; voir aussi J.-G. BELLEY, «La loi du dépôt volontaire: une étude de sociologie juridique», (1975] 16 *Cahiers de droit* 27, 44. Voir aussi V. DEMERS, *op. cit.*, note 7, pp. 40-43.

Tout d'abord, le concept d'effectivité est voisin et différent à la fois des notions d'efficacité¹³⁴ et d'efficience¹³⁵ avec lesquelles il est souvent confondu¹³⁶. Il est donc bon de les distinguer. Nous nous pencherons sur la trilogie effectivité-efficacité-efficience (A). Ensuite, le concept d'effectivité peut être analysé sous l'angle de ses effets; ceci nous amène à présenter quelques caractéristiques de l'effectivité d'une norme (B).

(A) Les rapports existant entre l'effectivité, l'efficacité et l'efficience d'une norme

Pour saisir ces corrélations, nous procéderons par une approche dualiste; nous examinerons, d'une part, la dichotomie effectivité-efficacité et, d'autre part, celle effectivité-efficience.

i) Effectivité et efficacité

Effectivité et efficacité sont deux notions distinctes mais interreliées. L'effectivité d'une règle est l'écart entre ce texte et sa mise en oeuvre, alors que l'efficacité porte sur la capacité de la règle à modifier les comportements des personnes qui y sont concernées. L'effectivité d'une loi est un préalable à son efficacité, en revanche l'effectivité n'entraîne pas l'efficacité¹³⁷. En droit, la notion d'effectivité a un sens «beaucoup plus étendu et polyvalent» que le terme efficacité

¹³⁴ Selon Bettini, l'efficacité est «le mode d'appréciation des conséquences des normes juridiques et de leur adéquation aux fins qu'elles visent». Voir «Efficacité» dans A.-J. ARNAUD, *op. cit.*, note 118, p. 217.

¹³⁵ Concept économique qui se focalise sur la rentabilité, c'est-à-dire utiliser au moindre coût les ressources disponibles. Selon Valérie DEMERS, *op. cit.*, note 7, p. 21 «la recherche de l'efficience risque de contrarier l'effectivité de la règle de droit.»

¹³⁶ Le traducteur de Kelsen utilise indistinctement les concepts d'effectivité et d'efficacité : Voir Hans KELSEN, *Théorie pure du droit*, Paris, Dalloz, 1962, p. 278 et suiv.

¹³⁷ Voir V. DEMERS, *op. cit.*, note 7, p. 20.

et désigne «tout effet de toute nature qu'une loi peut avoir»¹³⁸. En effet, selon le professeur Rocher, l'auteur d'une loi peut vouloir que cette loi soit inefficace, et mettra tout en oeuvre pour que ce souhait soit réalisé, ce qui ne veut pas dire que cette loi sera jugée ineffective. Pour Steinert¹³⁹, une loi est efficace en autant que les actions visées peuvent être contrôlées et inviter au respect. Selon lui, si la loi est trop vaste, elle risque de ne pas être efficace.

Tout comme l'effectivité, l'efficacité est une notion dynamique; en effet comme l'observent certains auteurs¹⁴⁰, l'efficacité d'une loi «n'est jamais définitivement acquise»; elle est temporaire et évolue au gré des moeurs de la société. Ainsi, une loi peut être efficace lorsqu'elle cadre avec les valeurs sociales de l'époque mais peut devenir inefficace par l'oubli; l'efficacité fait donc appel à un taux de conformité.

ii) Effectivité-efficience

La notion d'efficience est quant à elle, une notion économique; ainsi l'efficience d'une loi se mesure par rapport à son rendement. L'application de la loi sera assujettie au calcul du coût moyen. Plus la loi atteindra le résultat attendu à un coût très bas, plus elle sera jugée efficiente. Or, comme le souligne Valérie Demers, «la recherche de l'efficience risque de contrarier l'effectivité de la règle de droit»¹⁴¹. Enfin, pour statuer sur l'efficience d'une loi on prend en compte son efficacité.

¹³⁸ G. ROCHER, *loc. cit.*, note 116, p. 135.

¹³⁹ STEINERT, «On the Function of Criminal law», (1978) 2(2) *Contemporary Crisis* 167.

¹⁴⁰ Marie-José LONGTIN, «Le législateur : les conditions temporelles d'élaboration des politiques et des textes législatifs — Un mouvement sur quatre temps» dans P.-A. CÔTÉ et J. FRÉMONT (dir.), *op. cit.*, note 17, p. 128.

¹⁴¹ Voir V. DEMERS, *op. cit.*, note 7, p. 21.

(B) Caractéristiques de l'effectivité

Pour Valérie Demers¹⁴², l'effectivité se manifeste sous trois catégories dichotomiques d'effets : premièrement, sous les aspects d'effets concrets et symboliques; deuxièmement, sous forme d'effets immédiats et différés; et enfin troisièmement, sous celle d'effets voulus et non intentionnels. L'effet concret d'une norme s'apprécie par rapport à son action, son influence sur les comportements des «destinataires», bref au résultat social, alors que l'effet symbolique se situe au niveau des représentations : certains auteurs qualifient les effets symboliques «d'impact idéologique implicite»¹⁴³. L'effectivité d'une norme peut varier dans le temps. Ainsi une norme peut avoir des effets tangibles immédiatement ou inversement produire des effets après une certaine durée. Dans cette optique, seule une étude longitudinale permet de saisir adéquatement l'effectivité de la norme. Quant aux effets voulus, ils font référence à l'intention du législateur. Cette intention peut être décryptée par l'analyse des discours, des gestes des silences ou des non-dit, alors que les effets non intentionnels, ce sont les conséquences non attendues.

Monsieur Rocher, quant à lui met en lumière deux grands aspects de l'effectivité : l'effectivité attendue qu'il relie au processus de production de la norme et l'effectivité observée, repérable «dans la suite du droit produit, dans différents secteurs des structures et de la vie sociale et différents niveaux de réalité»¹⁴⁴. L'effectivité attendue peut être comparée à ce que Valérie Demers a qualifié d'effets voulus et donc d'intention du législateur. Mais monsieur Rocher

¹⁴² *Id.*

¹⁴³ *Id.*, p. 74.

¹⁴⁴ G. ROCHER, *loc. cit.*, note 116, p. 138.

ne partage pas ce point de vue, car selon lui, l'effectivité attendue est plus vaste que l'intention du législateur, car elle englobe l'intention du plaideur, du juge, de l'administrateur et même du contractant.

Ces quelques incursions théoriques nous ont permis de voir sous quelle optique se déploie le concept de l'effectivité et de délimiter sous quelle approche nous voulons analyser l'effectivité du *Projet de loi C-104*. Après analyse faite, nous pouvons dire que nous ne nous pencherons pas sur l'effectivité observée, puisqu'au terme de quelques années seulement nous ne pouvons mesurer réellement la modification substantielle des habitudes, ni apprécier les sanctions que les tribunaux déploient à l'encontre des autorités policières en vue de protéger les droits constitutionnels. Comme le dit si bien Kelsen¹⁴⁵, le seul critère de validité d'une règle juridique est son mode d'édition et non son application effective qui n'est qu'une question de survie de la règle. Nous croyons que ce sera davantage du côté de l'effectivité attendue que se situera notre analyse. De manière plus concrète nous nous demanderons s'il y aura un écart, une distorsion entre ce qui a été annoncé, promis lors de l'adoption de ce *Projet de loi* et ce qui sera observé au moment de son application. Enfin, comme l'écrit le Professeur Guy Rocher,

«Rechercher l'effectivité du droit ne signifie pas que l'on ne prenne pas en compte la production du droit; l'effectivité du droit ne naît pas subitement à partir du moment de la sanction de la loi ou de la publication de la décision d'un tribunal ou d'un règlement du pouvoir exécutif. L'idée de l'effectivité fait déjà partie de

¹⁴⁵ H. KELSEN, *op. cit.*, note 129.

l'engendrement de droit à titre d'intention, de projet, de prévision, voire de négation.»¹⁴⁶

SECTION II : L'EFFECTIVITÉ DU PROJET DE LOI C-104

Pour analyser l'effectivité du Projet de loi, notre attention s'est portée sur trois questions, d'une part, le point concernant les infractions désignées (A), d'autre part, les questions relatives à ce que nous qualifions «d'après-saisie» (B). Enfin, l'effectivité d'une loi étant tributaire de la sanction qui peut y découler, nous nous sommes penchés sur la question de compatibilité du *Projet de loi C-104* avec la Charte canadienne (C).

(A) L'énumération des infractions: de bonnes intentions desservies par un mécanisme éloigné de la réalité

Dans le but de rendre la loi efficace, le législateur a dressé expressément une liste d'infractions désignées pour lesquelles un mandat en vue d'un prélèvement d'échantillons biologiques pour les fins d'analyse génétique serait décerné. Cela nous semble une belle initiative pour limiter les dérives policières et une garantie de protection pour la société. De même, l'énoncé de l'objectif par le gouvernement nous semble louable : limiter les infractions à «celles dans le cas desquelles il est fort possible de prélever des substances corporelles qui puissent être considérées comme pertinentes...»¹⁴⁷. Pour qu'un tel objectif soit réalisé, il aurait fallu que la liste d'infractions soit mieux ciblée. Ainsi prenons pour exemple la catégorie des infractions à caractère sexuel : dans le droit fil du mouvement actuel qui tend à prendre conscience de la violence faite aux femmes et aux

¹⁴⁶ Voir G. ROCHER, *loc. cit.*, note 116, p. 137.

¹⁴⁷ *Délibérations du comité sénatorial permanent des affaires juridiques et constitutionnelles, op. cit.*, note 15, p. 49:17.

enfants et à mieux protéger l'enfant victime d'exploitation sexuelle, le législateur a créé en 1988 l'infraction d'incitation à des contacts sexuels¹⁴⁸. Cette infraction est de notion floue et ambiguë car l'invitation peut être verbale ou non, implicite ou précise¹⁴⁹, directe ou indirecte¹⁵⁰; de plus, il peut ne pas y avoir pas de contact physique. Dans ce cadre, il peut y avoir inexistence de substances corporelles sur la scène du crime. Il est donc difficile de saisir le bien-fondé d'avoir un mandat de prélèvement d'échantillon en l'absence de substance biologique laissée par le suspect. Certes, l'article 152 a un grand intérêt sur le plan de la théorie pénale¹⁵¹, mais la règle de preuve nous semble difficilement applicable. En croyant suivre le courant de la nécessité de l'époque, le législateur a ajouté au puzzle de la loi une pièce inutile. En outre, on peut évoquer la pression mise sur les épaules des policiers puisque la loi leur donne la possibilité dans ces cas de saisir ou de prélever des échantillons biologiques.

Par ailleurs, un autre type d'infraction soulève notre critique : c'est celle de l'inceste prévue à l'article 155 du Code criminel. Cette infraction n'est pas nouvelle et de nombreuses recommandations ont été émises soit pour abroger la

¹⁴⁸ Article 152 du *Code criminel*.

¹⁴⁹ Voir *R. c. Camacho*, 22 juillet 1988, Cour provinciale de l'Ontario, où l'infraction prévue à l'article 152 du Code criminel a été jugée réalisée dès que ces mots ont été prononcés : «si un jour tu veux faire l'amour avec moi, je te le dis tout de suite, ma chambre est en haut.»

¹⁵⁰ *R. c. Fong* (1995) 92 C.C.C. (3d) 171, 175 (C.A. Alta) : «[The section 152] covers not only actual touching but also indirect touching.»

¹⁵¹ Cette disposition dont la constitutionnalité a été contestée, mais sans succès, comble un vide juridique en considérant comme une agression le fait pour un individu d'inviter à un contact sexuel et en protégeant les groupes vulnérables que sont les enfants. Voir William SCHABAS, *Les infractions d'ordre sexuel*, Éditions Yvon Blais, 1995, 65-67.

disposition¹⁵², soit pour élargir¹⁵³ la portée de l'article 155. En effet, la disposition requiert un lien de consanguinité entre les personnes ayant des relations sexuelles et une pénétration entre une personne de sexe masculin et de sexe féminin. On sait que la preuve de la consanguinité peut être fournie par l'échantillon biologique, mais alors que des changements substantifs sont survenus dans la cellule familiale québécoise et que la famille sociologique est, de nos jours, une réalité sociale, on peut se demander pourquoi le législateur s'attarde à l'inceste, qui, dans le Code criminel est défini de façon très restrictive et ne rejoint pas la réalité sociologique des nouvelles familles. De même, la définition de l'inceste exclut les relations entre personnes de même sexe. Or, la liste d'infractions désignées ne comprend pas les infractions des articles 159 (relations sexuelles anales), 160 (bestialité) du Code criminel pour ne citer que ceux-là qui sont aussi graves.

La cohésion de l'objectif du législateur est loin de paraître avec la force de l'évidence lorsqu'on examine les infractions désignées. On peut regretter cette liste d'infractions qui a de quoi étonner et nous laisse perplexe, car l'énumération d'infractions du Projet de loi est hétéroclite et déséquilibrée. Il importe donc de revoir en profondeur la liste d'infractions et de formuler un critère uniforme, pour les infractions justifiant le recours à la méthode d'identification par ADN. Pour tendre vers une effectivité, le législateur se trouverait dans une certaine obligation de remettre à jour périodiquement sa liste de base pour qu'elle ne soit pas désuète. Or, on sait que l'inflation législative peut générer des effets inverses recherchés

¹⁵² COMMISSION DE RÉFORME DU DROIT DU CANADA, *Les infractions sexuelles*, Rapport no 10, Ottawa, 1978, p. 17

¹⁵³ COMITÉ PERMANENT DE LA JUSTICE ET DU SOLICITEUR GÉNÉRAL, *Examen de quatre ans des dispositions du Code criminel et de la Loi sur la preuve au Canada sur l'exploitation des enfants*, Ottawa, Ministère de la justice du Canada, 1993, p. 14.

par le législateur originel et la législation n'y gagne pas en efficacité. Selon Pierre Noreau¹⁵⁴, la multiplication des règles remet concrètement en question l'information juridique car «le juriste lui-même ne parvient pas à s'y retrouver». Par conséquent, la législation aura une effectivité relative dans sa mise en oeuvre¹⁵⁵.

(B) À propos de la destruction des échantillons et des données

En vertu de l'article 487(09) la destruction des substances corporelles et des données est une obligation légale à moins d'ordonnance judiciaire. Est-ce que cette prescription sera effectivement appliquée ou respectée?

À première vue, malgré l'importance que le législateur attache à la destruction des résultats, on peut constater qu'il y a peu d'indications sur les moyens à utiliser pour une destruction efficace. De même, la loi n'indique pas comment vérifier le respect de cette directive. Pas de sanction non plus en cas de non-respect. Ces constatations nous amènent à nous interroger sur le sens à donner au mot destruction. Pour ce fait, nous nous sommes reportés à l'article 45(2.3) de la *Loi sur les jeunes contrevenants*¹⁵⁶ qui stipule :

«[...] destruction s'entend :

a) dans le cas des dossiers qui ne sont pas sur support électronique, de leur déchiquetage, de leur brûlage ou de tout autre mode de destruction matérielle;

¹⁵⁴ Pierre NOREAU, *Droit préventif : le droit au-delà de la loi*, (1993), Montréal, Éditions Thémis, pp. 40-41.

¹⁵⁵ Voir Pierre P. LASCOUMES et Évelyne SERVERIN, *Théories et pratiques de l'effectivité du droit*, Droit et Société, 1986, p. 119.

¹⁵⁶ Précité, note 105.

b) dans le cas des dossiers qui sont sur support électronique, de leur élimination, y compris par effacement pour substitution, ou de tout autre moyen empêchant d'y avoir accès.»

Est-ce que ces méthodes de destruction sont répandues? D'après une enquête personnelle faite auprès des techniciens de laboratoire, il est très difficile de détruire tous les résultats quand on sait qu'ils sont traités dans de nombreux documents et sous plusieurs formes (sur papier, sur disquette informatisé, etc....). De plus, selon eux, les données servent parfois à maîtriser l'évolution de la technique et on n'a pas intérêt à les détruire. Certes, on peut effacer les informations nominatives comme l'identité, mais encore. En effet, il peut être essentiel pour un laboratoire de conserver les résultats en prenant les mesures nécessaires pour que les atteintes à la vie privée des citoyens soient réduites au strict minimum. Le codage peut-il être un mécanisme de protection plus adéquat et plus accepté que la destruction? Bref, on peut s'interroger sur l'effectivité d'une telle norme puisqu'il y aura un écart entre l'intention du législateur et la pratique.

(C) Le contrôle de la validité du Projet de loi C-104

Il s'agit d'un mécanisme qui aura des conséquences sur l'application de la loi et des effets concrets sur le comportement. L'article premier de la Charte prévoyant que les droits et libertés ne peuvent être restreints que par une règle de droit, est-ce que le Projet de loi se trouve de ce fait racheté?

Bien qu'il n'y ait pas encore beaucoup de causes concernant le *Projet de loi C-104*, on sait cependant que certaines contestations judiciaires ont commencé

à porter fruit. Ainsi dans *R. v. Brightenes*¹⁵⁷, le juge Murray a reconnu que les articles 487.04 à 487.09 du Code criminel, qui concernent l'analyse génétique à des fins médico-légales, contrevenaient à l'article 7 de la Charte mais que la violation était justifiée en vertu de l'article 1 de la Charte. Les dispositions prises par le législateur sont mesurées à une aulne dont les critères sont maintenant établis. Ces critères sont énoncés dans l'arrêt *Oakes*¹⁵⁸ et sont les suivants : l'objectif doit être suffisant pour aller à l'encontre d'une garantie constitutionnelle, il doit correspondre à une préoccupation urgente et réelle et les moyens mis en oeuvre pour atteindre cet objectif doivent être proportionnels, raisonnables. Une remarque s'impose ici, depuis l'affaire *Chaulk*¹⁵⁹, le test de Oakes a été quelque peu assoupli; en effet, comme le dit le Juge Lamer : «le législateur n'est pas tenu de rechercher et d'adopter le moyen le moins envahissant, dans l'absolu, en vue d'atteindre son objectif». Si l'on applique ce critère de *Chaulk* au *Projet de loi C-104*, on est à bon droit de dire que les restrictions aux droits garantis par la Charte seraient acceptées par les tribunaux.

CONCLUSION

L'arrivée de l'analyse génétique comme preuve dans le domaine criminel a suscité une réflexion et mis en place un dispositif juridique. Les nouvelles dispositions du *Projet de loi C-104* ont été saluées comme une grande conquête et un pas dans la lutte contre la criminalité et comme une protection des droits de la personne. Si la réforme donne une impression d'inachèvement, il convient néanmoins de souligner que malgré des ambiguïtés, elle comble quelques lacunes

¹⁵⁷ (1997) 199 A.R. 161, à la page 178.

¹⁵⁸ *R.c. Oakes* [1986] 1 R.C.S. 103.

¹⁵⁹ [1990] 3 R.C.S. 1303.

du droit actuel. L'un des aspects majeurs est l'amélioration du cadre de la cueillette d'échantillons biologiques en vue de faire une analyse génétique. À la lecture de cette loi, le renforcement des pouvoirs policiers est manifeste. On peut aussi mesurer l'aggravation de la répression à travers la contrainte de la détention. Comme l'énonce le bilan du Commissaire à la protection de la vie privée, la loi «génère un certain optimisme»¹⁶⁰. Cependant, comme nous l'avons déjà dit, les premières observations ne nous permettent pas d'appréhender de manière précise et concrète la portée effective de la loi car pour cela, au-delà des textes, il faudra consulter la pratique. Néanmoins, nous pouvons faire quelques remarques :

1) Le *Projet de loi C-104* nous paraît être davantage une loi politique partielle qu'une réforme de fond. En effet, il constitue des mesures ponctuels de procédure pour répondre à des besoins de pure efficacité du droit criminel et d'accroissement des pouvoirs des agents de la paix.

2) Le *Projet de loi* contient quelques faiblesses comme nous l'avons vu plus haut, faiblesses auxquelles il faut remédier par des amendements si l'on veut que l'objectif voulu par le législateur se concrétise.

3) On peut remarquer que dans tous les documents qui ont conduit à l'élaboration du *Projet de loi C-104*, on retrouve du non-dit. Le non-dit est l'absence de prise de position et d'explication contrairement au dit qui est constitué de commentaires souvent repris par un ou plusieurs acteurs impliqués dans la réforme. Ainsi, on remarquera qu'il n'a pas été discuté de l'impact économique qui résulterait de l'utilisation de cette preuve en procédure pénale. Personne n'a souligné la difficulté qui peut résulter du fait que dans le domaine médical, les lois

¹⁶⁰ COMMISSAIRE À LA PROTECTION DE LA VIE PRIVÉE, *Rapport annuel*, 1994-95, Ottawa, juillet 1995, p. 23.

médicales sont provinciales et que la mise en application ne serait pas uniforme à travers le pays. La question de la réglementation des laboratoires n'a pas été non plus soulevée dans la nouvelle législation. On peut se demander à quoi ça sert de procéder à un prélèvement si on ne s'interroge pas sur la façon dont ce prélèvement sera analysé. En fait, la dimension scientifique aussi a été complètement occultée.

Nous ne saurions terminer cet exposé sans mentionner que, depuis décembre 1998, un autre projet de loi relatif à l'identification génétique fut adopté. Ce projet de loi, intitulé *Projet de loi C-3*, a amendé le Code criminel. Ce texte vise à établir une banque de données génétiques et à créer la structure et l'administration d'une banque de données génétiques. Le *Projet de loi C-3* constitue la seconde phase du *Projet de Loi C-104*. Déposé initialement devant le Parlement sous le titre de *Projet de loi C-94* il resta en plan au feuillet et revint sous le nouveau intitulé le 25 septembre 1997. Il fut l'objet de nombreuses consultations. Cette réforme fut appuyée par les corps policiers mais en général les réactions sont mitigées.

La nouvelle loi énonce, dans une première partie, les règles relative à la constitution d'une banque nationale de données. Dans une deuxième partie, elle apporte des modifications aux articles 487.05 et ss. du Code criminel. En voici quelques-unes qui nous paraissent importantes.

1) article 487.04 : les définitions de analyse génétique et infraction désignée sont remplacées; Les infractions sont classifiées en infractions primaires et secondaires. L'infanticide a été ajouté aux infractions primaires. Quelques infractions à caractère sexuel concernant les enfants, ainsi que des infractions

relatives à la conduite avec facultés affaiblies ont été insérées à la liste des infractions secondaires (voir les nouveaux articles 15(1) et 15 (2) des modifications corrélatives;

2) le paragraphe de 487.05(1) est remplacé; à l'ancienne version on a ajouté les points suivants: d'une part que la demande doit être présentée selon la formule 5.01 et le mandat sera rédigé selon la formule 5.02; d'autre part la substance corporelle doit avoir été recueillie sur le lieu de l'infraction. Cette dernière précision a son importance lorsqu'il s'agit de la provenance de l'échantillon, car la substance ne doit pas seulement avoir été trouvée sur le lieu de l'infraction : voir l'article 16(1) des modifications corrélatives;

3) il y a adjonction des articles 487.051, 487.052, 487.053, 487.055, 487.056, 487.057 et 487.058 à l'ancien article 487.05 : voir l'article 17 des modifications corrélatives;

4) l'article 497.06 est remplacé: on y a ajouté que les prélèvements peuvent se faire aussi suite à l'ordonnance visée aux articles 487.052 ou 487.052 : voir l'article 18 des modifications;

5) l'article 487.07 (1) a été remplacé: il y a un ajout qui nous semble pertinent, à savoir que l'intéressé peut exprimer sa préférence quant à la substance à prélever : voir article 19 des modifications corrélatives;

6) l'artcle 22 modifie l'article 487.09 du Code criminel en ce sens que les résultats de l'analyse génétique sur support électronique seront inaccessibles une fois pour toute, s'il n'y a pas de lien avec le crime, ou si le suspect est acquitté ou a obtenu l'absolution, ou un sursis à l'exécution de la peine. Cette modification va

dans le sens de notre objection puisque nous avons mentionné, en examinant les dispositions du Projet de loi C-104, la difficulté de détruire les données sur support électronique.

Le concept de banque de données d'ADN n'est pas nouveau et existe en Angleterre et dans plusieurs États américains. Sans entrer dans le détail, mentionnons qu'aux États-Unis, des concordances ont été établies à partir de banques de données génétiques et ont abouti à des mises en accusation de suspects ou à des arrestations. Au Canada, la banque de données d'empreintes digitales existe depuis 1911 et, grâce au programme informatique Orion, on peut faire une comparaison exhaustive en 20 minutes.

Les banques de données sont désormais un outil indispensable et très précieux pour les services policiers. En effet, elles permettent de résoudre rapidement certains crimes ou d'établir des liens avec d'autres. Rien d'étonnant donc qu'au niveau international et national, on élabore des mesures législatives permettant de stocker des échantillons biologiques.

Bref, la législation en matière d'analyse génétique faite de plusieurs lois partielles nous paraît donc faite de strates et donne l'image d'une toile qu'on doit retoucher, modifier régulièrement. Cela pourrait rendre inintelligible la matière et nous avons la crainte que la toile devienne bientôt indéchiffrable.

CONCLUSION GÉNÉRALE

Cette étude fait ressortir que l'identification génétique a stimulé une activité remarquable tant aux plans scientifique, judiciaire, éthique que législatif au cours de cette dernière décennie. Les découvertes en biologie moléculaire ont permis d'affiner la technique et de la rendre non seulement plus précise, mais aussi très performante. Cependant l'utilisation de la preuve en droit n'est pas simple et soulève des problèmes éthiques.

La preuve par identification génétique: du pouvoir de la science au pouvoir juridique

Notre analyse dans le titre I a démontré que l'engouement pour cette preuve ne se trouve pas seulement qu'en droit criminel mais aussi en droit de la filiation et que l'utilisation de la preuve d'identification génétique se généralise. La preuve par identification génétique tend à devenir le nouveau moyen d'investigation pour découvrir la vérité pénale ou la vérité biologique. De nombreuses affaires ont défrayé la chronique aussi bien au Canada que dans le monde entier, occidental du moins. Si la preuve d'identification génétique a été qualifiée de «redoutable», on la juge cependant incontournable. Les premières preuves présentées devant les tribunaux criminels canadiens furent souvent admises d'office et ne donnèrent pas lieu à des débats sur la validité de la

technique¹. Peu à peu, des critères de recevabilité apparaissent². Ces critères sont différents selon que l'on est en matière civile ou en matière criminelle. Il faut dire que les enjeux ne sont pas identiques, même si la recherche de la vérité est l'objectif primordial : vérité/sécurité/justice/liberté individuelle en droit criminel mais vérité biologique/vérité affective/stabilité familiale/intérêt de l'enfant en droit de la filiation³. En outre, les actions en filiation, donc en matière civile, se jugent par prépondérance de preuve, alors qu'en droit criminel, l'appréciation de la culpabilité se fait hors de tout doute raisonnable; ce principe du doute raisonnable est affirmé par l'adage «*in dubio pro reo*»⁴. Mais aussi bien en droit de la filiation qu'en droit criminel, l'admissibilité de la preuve dépendra, entre autres, de sa fiabilité — d'où l'importance de l'aspect technique — et de la régularité de la preuve qui doit satisfaire au respect des droits fondamentaux de la personne.

Notre analyse dans le titre I s'est faite aussi sous un angle comparatiste. Il s'agissait de voir comment se posait la question de l'admissibilité de la preuve d'identification génétique dans certains pays et au niveau international. L'exercice du droit comparé nous a amené à évoquer brièvement les principes généraux du droit de la preuve.

En matière pénale dans les systèmes romano-germaniques, la règle est la libre admissibilité de la preuve, mais cette liberté est limitée puisque les preuves dépourvues de fiabilité, méconnaissant les règles de procédure ou obtenues par des moyens illégaux ou attentatoires à la dignité humaine seront jugées

¹ Voir *R. c. Parent*, [1988] A.J. no 1125 (Alta Q.B.)

² Voir *supra*, le titre II de la thèse.

³ *Supra*, le titre I de la thèse.

⁴ Le doute profite à l'accusé.

inadmissibles. En common law, c'est le principe de la pertinence qui prime, mais le juge, en vertu de son pouvoir discrétionnaire, peut écarter la preuve s'il y a atteinte à un droit fondamental et si l'introduction de la preuve est susceptible de déconsidérer l'administration de la justice. Ainsi donc, si la recherche de la vérité est primordiale, celle-ci doit se faire dans le respect des droits et libertés fondamentaux.

En matière civile, dans les pays de tradition romanistes le système est basé sur la reconnaissance volontaire de la filiation et en principe toutes les preuves sont recevables ; toutefois toutes les décisions doivent être prises dans l'intérêt de l'enfant. Dans les pays de tradition germanique, on accorde une place importante aux liens de sang.

La preuve d'identification par ADN étant considérée en matière civile comme en matière pénale comme une preuve d'expertise, ce sont les règles de cette preuve qui s'appliqueront. En droit de la filiation, des divergences subsistent sur l'admissibilité de la preuve hors de toute procédure judiciaire. Au Canada, l'analyse effectuée dans un contexte extrajudiciaire n'est qu'un indice qui sera évalué par le tribunal, alors qu'en France, cette possibilité d'utilisation hors de toute procédure judiciaire de la preuve d'identification est exclue, la *Loi du 24 juillet 1994 relative au statut civil du corps humain* limitant le recours à l'analyse génétique en exécution d'une ordonnance judiciaire. En Belgique, la preuve sera jugée inadmissible, en l'absence de réglementation. En matière pénale, en ce qui concerne le consentement, dans certains pays, comme la Grande-Bretagne le refus de l'accusé de se soumettre au prélèvement sera considéré comme une preuve à charge par le juge et les personnes encourent généralement une sanction. Dans d'autres pays, comme aux États-Unis, un jugement par défaut sera émis. Au

Canada avant le *Projet de loi C-104*, il fallait le consentement libre et éclairé du suspect avant un prélèvement d'échantillons biologiques. Cette position est toujours celle retenue en Belgique puisqu'il n'y a pas de législation en la matière. Le droit français ne dit rien à propos du consentement, mais certains auteurs considèrent qu'il peut y avoir coercition, donc absence de consentement du suspect afin d'établir une identité génétique.⁵

Ainsi pendant les premières années de l'utilisation de la preuve d'identification génétique, nous avons constaté qu'en général les législations étaient inexistantes; seuls certains pays ont pris des mesures préventives, sous forme de directives ou recommandations, mais celles-ci nous semblent parcellaires. Dans ce contexte, nous avons suggéré qu'une intervention législative viendra certainement légitimer la pratique en droit criminel et en droit de la filiation. Cette législation ne devrait pas être un simple encadrement juridique de la pratique mais devrait se fonder sur des considérations éthiques communes à la génétique humaine, tels «les principes d'autonomie, de bienfaisance et de malfaisance»⁶. Ces principes éthiques seraient réévaluées en fonction de l'objectif à atteindre qui est la justice. En effet, l'autonomie de la personne liée au respect de l'intégrité physique de la personne doit se faire mutuelle, c'est-à-dire que l'individu pourrait donner son consentement au prélèvement en témoignage de sa responsabilité civique.

⁵ Voir Vincent LESCLOUS, «Empreintes génétiques et procédures pénales» dans Christian DOUTREMEPUICH (dir.) *Les empreintes génétiques en pratique judiciaire*, Paris, la Documentation française, pp. 111-121; Noël MAZEN, «Tests et empreintes : du flou juridique au flou scientifique», (1994) 149 *Les petites affiches*, 70-78.

⁶ Voir Bartha Maria KNOPPERS, *Dignité humaine et patrimoine génétique*, Ottawa, Commission de réforme du droit du Canada, 1991, pp. 66-79.

En ce qui concerne la bienfaisance ou son pendant la malfaisance, il s'agit de savoir ce qu'on cherche, en d'autres termes quelle est l'utilité recherchée en utilisant la preuve d'identification génétique en pratique judiciaire? Est-ce une justice alliant un certain compromis entre l'intérêt individuel et l'intérêt général?⁷ Ou bien y-a-t-il une hiérarchie des intérêts⁸, en d'autres termes peut-on imposer le prélèvement d'échantillons biologiques pour des fins d'identification génétique à un individu par tous moyens au nom du bien commun ou alors l'imposer à tous? Certes pour le bien commun les objectifs de prévention et de sécurité s'imposent, mais il ne faut pas sacrifier la liberté et la bienfaisance à ces objectifs. En matière d'analyse génétique, il faut toujours veiller au respect de la dignité humaine, ce qui revient à dire que la balance est à chercher entre intérêts individuels et intérêts de la société.

L'admissibilité de la preuve d'identification génétique devant les tribunaux canadiens : le droit applicable

Dans notre titre II nous avons constaté que l'emploi de la preuve d'identification génétique dans le cadre des causes criminelles au Canada s'est manifesté en 1988⁹, ce, en l'absence de toute norme. Les tribunaux criminels, qui, bien souvent ont regardé les preuves scientifiques avec suspicion¹⁰ s'y sont

⁷ La conception utilitariste de Bentham préconise que l'utilité publique implique la renonciation par certains d'une partie de leurs intérêts : Voir Henri BATTIFOL, *La philosophie du droit*, Paris, Presses Universitaires de France, Éditions Que sais-je, pp. 79-80.

⁸ Henri Battifol traduisant l'approche de Jhering sur l'utilitarisme dira qu'il faut subordonner l'intérêt individuel, jugé moins important à l'intérêt général et il ajoute : «La loi ne recherche pas le bien de l'individu comme une fin en soi, mais seulement comme un moyen d'assurer le bien de la collectivité : Voir Henri BATTIFOL, *id.*, pp. 80-81.

⁹ Voir *R. c. Parent*, (1988) 65 Alta L.R. (2d) 18-40.

¹⁰ La Cour suprême a jugé irrecevable la preuve obtenue par polygraphe : voir *R. c. Bédard et Phillips*, [1987] 2 R.C.S. 398.

engouffrés pêle-mêle et ont accordé leur confiance à cette nouvelle technologie. En effet, dans les premières causes canadiennes, on note une évaluation positive de la preuve d'identification génétique presque sans discussion. Il existait aussi une cacophonie au sujet de l'admissibilité de cette preuve, ce qui amena à l'établissement de paramètres afin de contrer cet état de choses. Peu à peu, des critères d'admissibilité se sont dégagés à travers la jurisprudence, allant du critère de *Frye*¹¹, encore appelé théorie de l'acceptation scientifique générale, à la théorie de la pertinence et de l'utilité. Ces critères ont été développés dans notre titre II.

La présentation de cette méthode scientifique en cour a donné lieu à des débats d'experts. De nombreuses interrogations se sont posées quant à la fiabilité de la technique et la qualité des résultats provenant des laboratoires. Plusieurs auteurs se sont inquiétés de cette percée technologique et de son impact sur le respect de la vie privée.

Dans un autre ordre d'idées, on s'est demandé si le prélèvement biologique en l'absence de dispositions législatives pouvait se fonder sur les pouvoirs de common law de procéder à une fouille accessoire à une arrestation. À cette question, la Cour suprême dans beaucoup d'autres affaires, et plus particulièrement dans l'affaire *Stillman*, a répondu négativement puisque le Juge Cory écrit : «Si ce type de fouille et de saisie envahissante relevait du pouvoir de common law [...] le gouvernement n'aurait pas eu besoin de créer une procédure parallèle qui devait être suivie par la police»¹².

¹¹ Cette théorie stipule qu'une nouvelle méthodologie ne peut être introduite en cour que si elle réunit un consensus de la communauté scientifique dans le domaine particulier en cause.

¹² *R. c. Stillman*, [1997] 1 R.C.S. 641.

Nos recherches nous ont permis de constater qu'il y avait un flou juridique et que cela rendait nécessaire la mise en place d'un cadre juridique. Notre hypothèse à savoir qu'il faut, non pas rejeter la preuve d'identification génétique, mais, mettre en place un encadrement adéquat se trouve donc confirmée. Cependant, cet encadrement juridique ne peut être élaboré, d'une part, qu'à la suite d'un débat éthique où tous les acteurs sociaux seront conviés, d'autre part, par des mécanismes de gestion sociale et enfin, en se référant aux expériences législatives étrangères. En effet, il faut noter que déjà dans certains pays, les législateurs ont tranché : les tests d'identification se font dans des cadres légaux bien définis.

La preuve par identification génétique: émergence de la légitimité

La réflexion sur la légitimité nous a amené à examiner le statut de la preuve d'identification génétique. Quelle est la procédure mise en place pour l'encadrer? Et s'il y a loi, celle-ci a-t-elle été faite pour être intégralement appliquée?

Comme nous l'avons vu dans notre titre III, plusieurs facteurs ont favorisé la mise en place de la législation en matière d'identification génétique. Tout d'abord l'action des lobbies qui réclament qu'il y ait un contrôle véritable de la criminalité. En second lieu l'arrêt *Borden*¹³ qui remet en question le bien fondé du prélèvement des échantillons biologiques en l'absence d'un cadre législatif. Enfin, il y a les rapports et recommandations des différentes commissions telles que la Commission de réforme du Droit du Canada.

En 1995, une première série de modifications est donc intervenue. La principale manifestation en est le *Projet de loi C-104* qui a modifié le *Code*

¹³ [1994] 3 R.C.S. 145.

criminel. Ce formalisme a pour effet de mettre l'accent sur les garanties procédurales et les droits de l'individu lors de tout prélèvement d'échantillon biologique pour fins d'analyse génétique. Cette codification législative a eu un impact certain sur les pratiques policières et a contribué à réduire l'arbitraire. Les nouvelles dispositions ont été appliquées rétroactivement, c'est-à-dire à des infractions commises avant l'entrée en vigueur du *Projet de loi C-104*. Cependant des contestations se sont élevées quant à la constitutionnalité de certains articles de cette réforme; ainsi, dans la cause *R.v. Brightenes*¹⁴, le juge Murray a reconnu que les articles 487.04 à 487.09 du *Code criminel*, qui concernent l'analyse génétique effectuée à des fins médico-légales, contrevenaient à l'article 7 de la Charte, mais que la violation était justifiée en vertu de l'article 1 de la Charte.

Toutefois, la reconnaissance de l'utilisation de la preuve d'identification génétique dans le cadre de la procédure criminelle ne doit pas être perçue comme la solution miracle ou comme une panacée à tous les problèmes. Si la nouvelle législation, par ses garanties procédurales, privilégie le respect de la personne humaine, son effectivité réelle n'est pas encore perceptible. En effet, l'expérience judiciaire de quelques années seulement ne nous fournit pas encore assez d'indices pour en juger. La question de l'effectivité réelle pourrait faire l'objet de recherches ultérieures. En attendant, notre questionnement s'est fait sur l'effectivité attendue en se basant sur la théorie développée par le professeur Guy Rocher. Comme nous l'avons mentionné dans notre titre III, on remarque à ce niveau déjà un écart possible entre l'intention du législateur et la mise en application future de cette loi. Il est donc vraisemblable que certaines modifications seront nécessaires afin que les nouvelles dispositions soient adaptées à la réalité et remplissent

¹⁴ (1997) 199 A.R. 161, à la page 178.

adéquatement leur rôle. En effet, une des faiblesses de la nouvelle législation réside probablement dans l'énumération exhaustive des infractions. On sait à ce sujet que le choix des infractions n'est pas cohérent et il faut veiller que leur désignation permette de trouver sur les lieux du crime des échantillons biologiques pour fins de comparaison. Il faut restreindre les nouvelles dispositions aux infractions où elles peuvent avoir une incidence valable. En ce qui concerne la destruction des échantillons et des données stipulées par l'article 487(09), comment cela est-il techniquement possible? L'incertitude demeurera quant à sa réalisation. Quant au respect de la maxime *audi alteram partem*¹⁵ lors de la délivrance du mandat, c'est encore un point de discordance. Si la procédure contradictoire est admise, elle aura un impact sur la pratique quotidienne des policiers. En outre, il faut souhaiter que l'obtention d'un prélèvement biologique soit effectuée uniformément partout au Canada.

Les récents débats en matière d'identification génétique

Comme nous l'avons signalé, la réforme sur l'identification génétique n'est pas globale, elle est faite de strates qui se superposent. Des changements et des «nouveau-tés» interviennent au fil des ans. Ainsi, dans la mouvance du *Projet de loi C-104* qui a modifié le *Code criminel*, un projet de loi (*Projet de loi C-3*) relatif à la constitution d'une banque nationale de données génétiques a été adoptée en 1998. Il est donc pertinent de conclure notre étude en soulignant les points saillants du *Projet de loi C-3* étant donné le rôle que ce texte aura à jouer dans le domaine de la preuve en droit criminel, domaine qui est en évolution constante.

¹⁵ Toutes les parties doivent être entendues et être en mesure de discuter des prétentions de leur adversaire.

Ce projet de loi, déposé initialement devant le parlement sous le titre de *Projet de loi C-94*¹⁶ a été de nouveau présenté en première lecture le 25 septembre 1997. Il constitue la seconde phase de l'action législative du gouvernement en matière d'identification génétique. Contrairement au *Projet de loi C-104*, les premières versions du projet ont fait l'objet de consultations et d'amendements. Comme le souligne le Solliciteur général, Andy Scott, «de légers amendements y ont été apportés afin d'en clarifier certaines dispositions»¹⁷. Ce projet de loi fut modifié¹⁸ par le Comité permanent de la justice et des droits de la personne et présenté en deuxième lecture à la Chambre des communes le 4 mai 1998 et en troisième lecture le 4 juin 1998. L'objet du projet de loi est «l'établissement d'une banque de données génétiques destinée à aider les organismes chargés du contrôle de l'application de la loi à identifier les auteurs présumés d'infractions désignées, y compris celles commises avant l'entrée en vigueur de la présente loi»¹⁹.

La banque de données sera constituée d'un fichier de criminalistique²⁰ et d'un fichier de condamnés²¹ et ne contiendrait que des profils génétiques. Ces profils ne peuvent servir qu'à des fins d'identification et il est exclu qu'ils servent à d'autres fins telles que les fins médicales.

¹⁶ *Loi concernant l'identification par les empreintes génétiques et modifiant le code criminel et d'autres lois en conséquence*, 2ème session, 35e législature. Ce projet de loi est resté en plan au feuillet, en avril 1997, lors de la dissolution du Parlement.

¹⁷ Voir Allocution du Solliciteur Général du Canada, Ottawa, 25 septembre 1997.

¹⁸ Les modifications datent du 27 mars 1998 et portent sur une dizaine d'articles environ du projet de loi dans sa version originale.

¹⁹ Voir article 487.052 du Code criminel.

²⁰ Ce fichier contient les profils génétiques établis à partir de substances corporelles laissées sur les lieux du crime ou sur la victime ou sur toute personne liée à la perpétration de l'infraction : article 5(3) du *Projet de loi*, précité, note 5.

²¹ Article 5 (4) du *Projet de loi C-3*, *id.*

L'essentiel du débat relatif au projet de loi a porté sur la question de constitutionnalité du prélèvement d'échantillons biologiques aux fins de constitution de la banque nationale de données sur des personnes inculpées avec leur consentement et sans autorisation judiciaire, contrairement à ce qui est requis par l'article 487.05(1) du *Code criminel*. Selon l'avis de certains juristes²², le prélèvement sans mandat constituerait une saisie et violerait les articles 7 et 8 de la *Charte canadienne*. La législation sera donc considérée comme inconstitutionnelle, car elle ne serait pas justifiée sous le régime de l'article 1 de la Charte. À notre avis, cette argumentation se justifie, car la Cour suprême dans les arrêts *Borden*²³ et *Stillman*²⁴, pour ne citer que ces deux-là, a souligné la nature envahissante des prélèvements d'échantillons quant à la vie privée d'une personne et a conclu que la saisie constituerait une atteinte grave aux droits de l'accusé.

Le *Projet de loi C-3* prévoit que les dispositions seront appliquées rétroactivement, c'est-à-dire aux contrevenants purgeant une peine et aux délinquants dangereux (article 487.055(1) du *Code criminel*), rétrospectivement, c'est-à-dire aux infractions commises avant l'entrée en vigueur du projet de loi (article 487.052(1) et prospectivement, c'est-à-dire aux personnes qui seront déclarées coupables (article 487.051(1)).

Ce projet de loi soulève aussi d'autres questionnements, parmi lesquels, la conservation des échantillons biologiques, la communication des profils

²² Voir les opinions juridiques des juges Claude Bisson, Martin Taylor et Charles Dubin, opinions en date de mai 1998 et rédigées à la demande du ministère de la justice du Canada.

²³ Précitée, note 13.

²⁴ [1997] 1 R.C.S. 607.

génétiqes, l'établissement et l'exploitation de la banque de données et le choix de l'autorité compétente pour la surveillance de celle-ci.

L'identification génétique représentant un nouveau défi à l'aube de l'an 2000, il est permis de penser que l'impact du *Projet de loi C-3* ne sera pas négligeable au Canada. Si les dispositions offrent des garanties assez suffisantes, la création d'une banque nationale de données génétiques serait un atout important pour assurer la sécurité du public et l'efficacité de la justice.

L'étude présentée ici permet de mesurer les progrès et les limites de la preuve d'identification génétique. Nous aurions souhaité que les modifications du Code criminel en ce qui concerne ce sujet ne se fassent pas à la pièce, ce qui devient problématique et difficile à suivre même pour un juriste²⁵.

Quoiqu'il en soit, nous croyons avoir démontré que la preuve par identification génétique après avoir été jugée admissible devant les tribunaux est entrée dans la phase de légitimation. Bien qu'il ne soit pas possible à l'heure actuelle de prouver de façon absolue l'existence claire d'une légitimité totale, nous n'avons pas moins identifié la l'acquisition d'une certaine forme légitimité. Cette légitimité découle déjà de la reconnaissance législative de la preuve d'identification génétique, ce que certains qualifient de légitimité formelle²⁶, mais encore faut-il que les règles soient sauvegardées par l'article 1 de la *Charte canadienne*, à titre de limite raisonnable et justifiée. Quant à la légitimité matérielle, elle se baserait sur la mise en oeuvre des règles dans la pratique sociale et à ses résultats sociaux,

²⁵ Voir les modifications signalées dans le titre III, modifications que l'on retrouve aux articles 15 et ss. du Code criminel.

²⁶ Michel COUTU, «Max Weber et les rationalités du droit», 15 Droit et société, Paris/Sté Foy, L.G.D.J./Presses de l'Université Laval, 1995, p. 186 et ss.

ce que Pierre Lascoumes²⁷ et d'autres auteurs²⁸ désignent sous le vocable d'effectivité. Considérant le fait que les législations sur la preuve d'identification génétique sont encore à leurs balbutiements et qu'il est difficile de statuer sur la question d'effectivité réelle nous nous sommes attachés à démontrer l'effectivité attendue.

Pour conclure, nous soutenons que l'amélioration de la procédure, le renforcement des garanties procédurales et le respect de la dignité humaine seront les grands principes qui conduiront à une légitimité certaine de la réforme en matière de preuve d'identification génétique.

²⁷ Pierre LASCOUMES, «Effectivité» dans André-Jean ARNAUD et al (dir.), *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, 2e éd., Paris, Librairie Générale de droit et de Jurisprudence, pp 217-219. Voir aussi Pierre LASCOUMES et Évelyne SERVERIN, «Théories et pratiques de l'effectivité du droit», (1986) 2 *Droit et Société* 101.

²⁸ Voir les auteurs cités par Valérie DEMERS lors de l'analyse théorique de la notion d'effectivité, dans son ouvrage intitulé *Le contrôle des fumeurs: une étude d'effectivité du droit*, Montréal, Éditions Thémis, 1996, 1888 p.

BIBLIOGRAPHIE

Doctrine

Monographies et recueils

ARNAUD, A-J et al (dir.), *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, 2e éd., Paris, LGDJ, 1981, 758 p.

ARNAUD, A-J, *Critique de la raison juridique Où va la sociologie du droit?*, Paris, LGDJ, 1981.

ATRENS, J., *The Charter and Criminal Procedure : The Application of Sections 7 and 11*, Butterworths Canada Ltd., 1989.

BANBURY REPORT No 32, *DNA Technology and Forensic Science*, Cold Spring Harbor Laboratory Press, 1989, 367 p.

BATTIFOL, H., *La philosophie du droit*, Éditions Que sais-je, Paris, Presse Universitaires de France, 1989, 127 p.

BEAUDOIN, G.A.et E. RATUSHNY, *Charte Canadienne des droits et libertés*, Montréal, Éditions Wilson et Lafleur, 1989, 1192 p.

BÉLIVEAU, P., *Les garanties juridiques dans les chartes des droits*, Montréal, Éditions Thémis, 1991, 658 p.

BÉLIVEAU, P. et B LETENDRE, *Précis élémentaire de la preuve pénale*, Montréal, Éditions Thémis, 1992, 151 p.

BÉLIVEAU, P., J. BELLEMARE et J.-P. LUSSIER, *Traité de procédure pénale*, Montréal, Éditions Yvon Blais, 1981.

- BÉLIVEAU, P. et M. VAUCLAIR, *Traité général de preuve et de procédure pénales*, 6e édition, Montréal, Éditions Thémis, 1999, 987 p.
- BELLEMARE, J. et L. VIAU, *Droit de la preuve pénale*, mémentos Thémis, Montréal, Éditions Thémis, 1991, 455 p.
- BELLEMARE, J. et L. VIAU, *Recueil d'arrêts en preuve pénale*, Montréal, Éditions Thémis, 1989, 654 p.
- BERNARD, J., *De la biologie à l'éthique : nouveaux pouvoirs de la science, nouveaux devoirs de l'homme*, Paris, Éditions Buchet/Chastrel, 1990.
- CARBONNIER, J., *Flexible droit— pour une sociologie du droit sans rigueur*, 7ème éd., Paris, L.G.D.J., 1992, 419 p.
- CHAYKO, G.M., E. GULLIVER et D. McDOUGALL, *Forensic Evidence in Canada*, Toronto, Canada Law Book, 1991.
- COLVIN, E., *Principles of Criminal Law*, 2ème éd., Toronto, Carswell, 1991.
- COMITÉ PERMANENT DE LA JUSTICE ET DU SOLICITEUR GÉNÉRAL, *Examen de quatre ans des dispositions du Code criminel et de la Loi sur la preuve au Canada sur l'exploitation des enfants*, Ottawa, Ministère de la justice du Canada, 1993.
- COMMISSAIRE À LA VIE PRIVÉE, *Le dépistage génétique et la vie privée*, Ministère des Approvisionnements et Services Canada, 1992, 130 p.
- COMMISSION DE RÉFORME DU DROIT DU CANADA, *Les fouilles, les perquisitions et les saisies*, Rapport no 24, Ottawa, Ministère des approvisionnements et Services Canada, 1984, 86 p.
- COMMISSION DE RÉFORME DU DROIT DU CANADA, *Les techniques d'investigation policière et les droits de la personne*, Rapport no 25, Ottawa, Commission de réforme du droit du Canada, 48 p.
- COMMISSION DE RÉFORME DU DROIT DU CANADA, *Communication de la preuve*, Ottawa, 1974.

COMMISSION DE RÉFORME DU DROIT DU CANADA, *L'arrestation*, Rapport no 29, Ottawa, Commission de réforme du droit du Canada, 1986, 53 p.

COMMISSION DE RÉFORME DU DROIT DU CANADA, *L'interrogatoire des suspect*, Rapport no 23, Ottawa, Ministère des Approvisionnement et Services Canada, 1984.

COMMISSION DE RÉFORME DU DROIT DU CANADA. *Les méthodes d'investigation scientifiques*, Document de travail 34, Ottawa, Ministère des Approvisionnement et Services Canada, 1984.

COMMISSION DE RÉFORME DU DROIT DU CANADA. *Les techniques d'investigation policière et les droits de la personne.*, Rapport 25, Ottawa, Ministère des Approvisionnement et Services Canada, janvier 1985.

COMMISSION DE RÉFORME DU DROIT DU CANADA, *Notre droit pénal*. Rapport., Ottawa, Ministère des Approvisionnement et Services Canada, 1976, 44p.

COMMISSION DE RÉFORME DU DROIT DU CANADA, *Pour une nouvelle codification de la procédure pénale*, rapport no 33, volume 1er, Ottawa, Ministère des Approvisionnement et Services Canada, février 1991, 346 p.

COMMISSION DE RÉFORME DU DROIT DU CANADA, *Pour une nouvelle codification du droit pénal*, Rapport no 31, Ottawa, Ministère des Approvisionnement et Services Canada, 1987, 233 p.

CONGRESS OF THE UNITED STATES OFFICE OF TECHNOLOGY ASSESSMENT, *Genetic Witness : Forensic Uses of DNA Tests*, OTA-BA-438, Washington, Government Printing Office, 1990, 194 p.

CONNORS E., T. LUNDEGRAN, N. MILLER et T. MCEWEN, *Convicted by Juries, Exonerated by Science : Case Studies in the Use of DNA Evidence to Establish Innocence after Trial*, juin 1996, 82 p.

- COTE-HARPER, G., A. MANGANAS et J. TURGEON, *Droit pénal canadien*, 3ème éd., Montréal, Éditions Yvon Blais inc., 1989, 785 p.
- COUTU, M., *Max Weber et les rationalités du droit*, vol. 15, Droit et société, Paris/Ste Foy, L.G.D.J./Presses de l'Université Laval, 1995, 258 p.
- COX, H., *Criminal Evidence Handbook*, Canada Law Book Inc., 1988.
- CROSS, R., *Cross on Evidence*, 6ème éd., London, Butterworths, 1985.
- DEL BUONO, V.M. (dir.), *Procédure pénale au Canada*, Montréal, Éditions Wilson & Lafleur, 1983, 716 p.
- DEMERS, V., *Le contrôle des fumeurs — une étude d'effectivité du droit*, Éditions Thémis, Montréal, 1996, 188 p.
- FAIGMAN, D.L., D.H. KAYE, M.J. SAKS, J. SANDERS, *Modern Scientific Evidence*, vol. 1, West Publishing, 1997.
- FONTANA, J.A., *The Law of Search and Seizure in Canada*, 4ème éd., Toronto, Butterworths, 1997, 698 p.
- FORTIN, J. et L. VIAU, *Traité de droit pénal général*, Montréal, Éditions Thémis, 1982.
- FORTIN, J., *La preuve pénale*, Montréal, Éditions Thémis, 1984.
- FURHMAN, M., *DNA Fingerprinting — Admissible Under Frye*, M.A. Degree, Reno, University of Nevada, 1989, 31 p.
- GALL, G. L., *The canadian Legal System*, 2ème éd., Calgary, Carswell, 1983.
- GIBSON, D., *The Law of the Charter : General Principles*, Toronto, Carswell, 1986.
- GIUDICELLI, A., *Génétique humaine et droit*, Thèse de doctorat, Université de Poitiers, 11 janvier 1993.

GRAWITZ, M. et J. LECA (dir.), *Traité de science politique — La science politique science sociale, l'ordre politique*, Paris, 1985.

GRUBB, A. et D. PEARL, *Blood Testing, AIDS and DNA Profiling : Law and Policy*. Family Law, Bristol, Jordan and Sons Ltd, 1990.

HENNAU-HUBLET, C. et B.M, KNOPPERS (dir.), *L'analyse génétique à des fins de preuve et les droits de la personne — Aspects médico-scientifique, éthique et juridique*, Bruxelles, Éditions Bruylant, 1997, 509 p.

HOGG, P.W., *Constitutionnal Law of Canada*, 3ème éd., Scarborough, Carswell, 1992.

JAFFE, M.D., *A Guide to Pathological Evidence*, 2ème éd., Toronto, Carswell, 1983.

KAPLAN, J-C. et M. DELPECH, *Biologie moléculaire et médecine*, Paris, Médecine-Science Flammarion, 1989.

KELSEN, H., *Théorie pure du droit*, Paris, Dalloz, 1962.

KIRBY, L.-T., *DNA Fingerprinting : An Introduction*, New York, W.H. Freeman and Company, 1992, 365 p.

KNOPPERS, B.M. , *Dignité humaine et patrimoine génétique*, Commission de réforme du droit du Canada, Document d'étude, 1991.

LACERTE-LAMONTAGNE, C, *Le Polygraphe en droit criminel canadien.*, Mémoire de maîtrise, 1983.

LAFAVE, W.R., *Search and seizure : A Treatise on the Fourth Amendment*, vol. 3, 3ème éd., St. Paul Minn., West Publishing Co., 1996.

LAGARDE, I., *Droit pénal canadien*, 2ème, Montréal, Éditions Wilson et Lafleur, 1974.

LEBEUF, M.-E., *Analyse de la production des normes pénales du Code criminel canadien dans le domaine de la circulation routière*, Rapport final,

Université de Montréal, Centre international de criminologie comparé, 1988, 542 p.

LENOIR, N., *Aux frontières de la vie : paroles d'éthique*, Paris, La documentation Française, 1991.

MAYRAND, A., *Dictionnaire de maximes et locutions latines utilisées en droit*, Cowansville, Éditions Yvon Blais inc. 1985.

McCORMICK, *On Evidence*, 2ème éd., West Publishing Co., 1972.

McWILLIAMS, P.K., *Canadian Criminal Evidence*. 3ème éd., Aurora/Toronto, Canadian Law Book, 1990.

MEWETT, A.W. et M. MANNING, *Criminal Law*, 2ème éd., Toronto, Butterworths, 1985.

MOENSSENS, A.A. et F.E. INBAU, *Scientific Evidence in Criminal Cases*, 2ème éd., Mineola N.Y., Foundation Press, 1978.

NATIONAL RESEARCH COUNCIL, *The Evaluation of Forensic DNA Evidence*, 2ème Rapport, mai 1996.

NATIONAL RESEARCH COUNCIL, *DNA Technology in Forensic Science*, Washington D.C. USA, National Academy Press, 1992, 185 p.

NEW TECHNOLOGIES AND FUTURE DEVELOPMENTS, *The Social Power of Biological Information*, New York, Basic Books Inc. Publishers, 1989.

NIELSEN, L. et S. NESPOR, *Genetic Test, Screening and Use of Genetic Data by Public Authorities in Criminal Justice, Social Security and Alien and Foreigners Acts*, The Danish Centre for Human Rights, 1994.

NOREAU, P., *Droit préventif : le droit au-delà de la loi*, Montréal, Éditions Thémis, 1993, 200 p.

- OST, F. et VAN DE KERCHOVE M., *Jalons pour une théorie critique du droit*, Bruxelles, Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, 1987, 602 p.
- PACIOCCO, D.M., *Charter Principles and Proof in Criminal Cases*, Toronto, Carswell, 1987, 616 p.
- PARKER, G., *An Introduction to Criminal Law*, 3ème éd., Toronto, Methuen, 1987.
- PATENAUDE, P. (dir.), *Police, techniques modernes d'enquête ou de surveillance et droit de la preuve*, Édition Revue de Droit, Université de Sherbrooke, 1998, 414 p.
- PATENAUDE, P., *La preuve, les techniques modernes et le respect des valeurs fondamentales — enquêtes, surveillance et conservation de données*, Éditions Revue de Droit, Université de Sherbrooke, 1990, 296 p.
- PERRIN, J., *Introduction à la sociologie du droit privé*, Genève, Centre d'étude, de technique et d'évaluation législative, 1988 (document polycopié).
- PINEAU, J., *La famille. Droit applicable au lendemain de la «Loi 89»*, Montréal, Presses de l'Université de Montréal, 1982.
- PRADEL, J., *Droit pénal comparé*, Éditions Dalloz, 1995.
- PRADEL, J., *Procédure pénale comparée dans les systèmes modernes : rapport de synthèse des colloques de l'ISIS*, Éditions Érés, 1998.
- ROULAND, N., *Introduction historique au droit*, Coll. «Droit fondamental — Droit politique et théorie», Paris, Presses universitaires de France.
- SALHANY, R.E., *The Police Manual of arrest, Seizure & Interrogation*, 6ème éd., Scarborough, Carswell, 1994.
- SALHANY, R.E., *A Basic Guide to Evidence in Criminal Cases*, 2ème éd. Carswell Publication, 1991.

- SALHANY, R.E., *Canadian Criminal Procedure*, 6ème, éd., Aurora Ont., Canada Law Book (loose-leaf updated February 1996, release No.4), 1994.
- SCHABAS, W., *Les infractions d'ordre sexuel*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1995.
- SHEPPARD, A. F., *Admissibility and Technology*, La technologie, le droit et les tribunaux, Institut canadien d'administration de la justice, 1989.
- STUART, D. et R. DELISLE, *Learning Canadian Criminal Law*, 3ème éd., Toronto, Carswell, 1990.
- STUART, D., *Canadian Criminal Law*, 2ème éd., Toronto, Carswell, 1987.
- SUZUKI, D. et P. KNUTDSON, *Genethics : The Ethics of Engineering Life*, Stoddart, 1988.
- SVENSSON, A. et O. WENDELL, *Techniques of Crime Scene Investigation*, American Elsevier Publishing Company Inc., 1965.
- THAYER, A., *A Preliminary Treatise on Evidence at the Common Law*, 1898.
- TIMSILT, G., *Les noms de la loi*, Paris, Presses Universitaires de France, 1991.
- U.S. CONGRESS, OFFICE OF TECHNOLOGY ASSESSMENT, *Genetic Witness : Forensic Uses of DNA Tests*, OTA-BA-438 (Washington (D.C.) : U.S. Government Printing Office, juillet 1990), 196 p.
- U.S. DEPARTMENT OF JUSTICE, *VNTR Population Data : A Worldwide Study*, Quantico, Virginia, Forensic Science Research and Training Center, FBI Academy, 1993.
- WATSON J., M. GILMAN et al, *Recombinant DNA*, New York, W. H. Freeman and Company, 2ème édition, 1992.
- WATSON, J.D., *The Double Helix*, Atheneum, New York, 1968.
- WIGMORE J.H., *Evidence in Trials at Common Law*, vol. 8, révisé par John T. McNaughton, Boston, Little, Brown & Co., 1961.

WIGMORE, J.H., *Wigmore on Evidence*, 3ème éd., Boston, Little, Brown & Co., 1940, 1961, révision.

ZUCHERMAN, A.A.S., *The Principles of Criminal Evidence*, Clarendon Law Series, Oxford University Press, 1989.

Articles de périodiques

«Academy's About-Face on Forensic DNA», (1996) 272 *Science* 803.

«Blood Spatter Expert Qualified», (1990) 7(10) *West Criminal Law News* 5.

«Chimpanzee DNA Profiles on Trial», (1994) 367 *Nature* 692.

«DNA Fingerprint Doubts», (1991) 338 *The Lancet* 689.

«DNA Fingerprinting Admissible in Alabama», (1990) 7(10) *West Criminal Law News* 5.

«DNA Fingerprints», (1991) 338(23) *The Lancet* 1327.

«DNA Testing Provides Sperm Evidence», *Globe and Mail*, juillet 1993

«Guideliness for body searches», (1989) 63 *Law Institute Journal* 1130.

«Howard's Paternity and Pandora's Box», (1993) 2 *Cambridge Quarterly of Healthcare Ethics* 229.

«Seduced by the Gene Genie», *The Independent II*, mars 1994, p. 21.

ACTUALITES INTERNATIONALES DE MEDECINE LEGALE, «Méthodes d'identification génétique à finalité judiciaire», (1990) 33(5) *Journal de médecine légale & Droit médical* 372-375.

AD HOC COMMITTEE ON DNA TECHNOLOGY, A.S.H.G., «DNA Banking and DNA Analysis : Points to Consider», (1989) 427 22(9) *Journal of Health and Hospital Law* 282-283.

AD HOC COMMITTEE ON INDIVIDUAL IDENTIFICATION BY DNA ANALYSIS, A.S.H.G., «Individual Identification by DNA Analysis : Points to Consider», (1990) 46 *Am. J. Hum. Genet.*, 631-634.

ADEMA, A.P., «DNA Fingerprinting Evidence : The Road to Admissibility in California», (1989) 26 *San Diego Law Review* 377.

AKANE, A., K. MATSUBARA et al, «Paternity Testing : Blood Group Systems and DNA Analysis by Variable Number of Tandem Repeat Markers», (1990) 35 (5) *Journal of Forensic sciences*, 1217-1225.

ALDHOUS, P., «Congress Reviews DNA Testing», (1991), 351 *Nature* 684.

ALFORD, R., H. HAMMOND et al, «Rapid and Efficient Resolution of Parentage by Amplification of Short Tandem Repeats», (1994) 55 *Am. J. Hum. Genet.*, 190-195.

ALLDRIDGE, P., «Recognizing Novel Scientific Technique : DNA as a Test Case», (1992) *Crim. L. Rev.* 687.

ANDERSON, C.E., «DNA Evidence Questioned : Bronx Judge Rules Lab Failed to Use Accepted Techniques», *ABA Journal*, octobre 1989, pp. 18-19.

ANNAS, G.J., «Using Genes to Define Motherhood. The California Solution», (1992) 326 *The New England. J. Med.* 417.

ANNAS, G.-J., «DNA Fingerprinting in the Twilling Zone», *Hasting Center Report*, mars/avril 1990, pp. 35-37.

APPENZELLI, T., «Democratizing the DNA Sequence», (1990) 247 *Science* 1030-1032.

ARCHIBALD, B.P., «Le droit relatif à l'arrestation» dans DEL BUONO V.M., (dir.), *Procédure pénale au Canada*. Montréal, Éditions Wilson & Lafleur, 1983, 143.

- BAKER, R., «A Critical Approach To the Admissibility and Weight of DNA Evidence In Canada», (1993) 20 *C.R.* (4th), 212.
- BALDING, D.J. et P. DONNELLY, «How Convincing Is DNA Evidence», (1994) 368 *Nature* 285.
- BARINAGA, M., «Biotech Nightmare : Does Cetus Own PCR?», (1991) 251 *Science* 739.
- BARR, J.-J., «The use of DNA Typing in Criminal Prosecutions : A Flawless Partnership of Law and Science?», (1989) 34 *New York Law School Review*, 485-530.
- BASSAN, D., «Bill C-104 : Revolutionizing Criminal Investigations or Infringing on Charter Rights?», (1996) 54(2) *University of Toronto Faculty of Law Review* 246.
- BEACHTEL, MONSON et al., «Tracking the Violent Criminal Offender Through DNA Typing Profiles — A National Database System Concept» dans *DNA Fingerprinting : Approaches and Applications*, T. Burke et autres (éd.), Basel (Suisse), Birkhauser Verlag, 1991, 356.
- BEELER, L. et W. WIEBER, «DNA Identification Tests and the Courts», (1989) 63 *Wash. L. Rev.* 609.
- BÉLIVEAU, P., «La vie, la liberté et la sécurité de la personne et la charte des droits», (1990) 24(2) *Revue Thémis*, 207-209.
- BELLEY, J.G., «La loi du dépôt volontaire : une étude de sociologie juridique», (1975] 16 *Cahiers de droit* 27.
- BEREANO, PH.L., «DNA Identification Systems : Social Policy and Civil Liberties Concerns», (1990) 1(3) *J. Inter.Bioéth/ Intern. Bioéth.*, 146-155.
- BERGEL, J.-L., «Le temps et le droit — Conférence inaugurale» dans COTÉ P.-A. et J. FRÉMONT (dir.), *Le temps et le droit, Actes du 4ème congrès international de méthodologie juridique*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1996, p. 6.

- BERGER, M., «The Self-Incrimination Debate», (1990) *Criminal Justice* 7-10.
- BINDMAN, S., «Program to Battle Bum Raps», *The Gazette*, 21 juillet 1997, p. A-1.
- BLAKE, E.T., «Scientific and Legal Issues Raised by DNA Analysis» dans J. BALLANTYNE, G. SENSABAUGH et J. WITKOWSKI (dir.), *DNA Technology and Forensic Science*, 32 Banbury Report, 1990, pp. 109-115.
- BOBIO, N., «Sur le principe de légitimité» dans *L'idée de légitimité*, Annales de philosophie politique VII, Paris, Presses universitaires de France, 1967.
- BOISVERT, A.-M., «Le rôle de l'accusé dans la poursuite criminelle», dans G.-A. BEAUDOUIN et E.P. MENDES (dir.), *Charte canadienne des droits et libertés*, 3ème édition, Montréal, Wilson Lafleur, 1996, pp. 695-715.
- BOLLE, P.H., «Le droit suisse», (1992) 63 *Revue internationale de droit pénal* 345.
- BOURGEAULT, G., «Identification génétique : enjeux éthiques et politiques» dans C. HENNAU-HUBLET et B.M. KNOPPERS (dir.), *L'analyse génétique à des fins de preuve et les droits de la personne — Aspects médico-scientifique, éthique et juridique*, Bruxelles, Éditions Bruylant, 1997, pp. 101-122.
- BRILLINGER, D., «Expert Evidence About Samples is Admissible : Ont. C. A. Says», (1991) 10 *The Lawyers Weekly* 8.
- BRODSKY, G., «DNA : The Technology of the Future Is Here», (1993) 36 *Crim. L.Q.* 10.
- BURK, D., «DNA Identification : Possibilities and Pitfalls Revisited», (1990) 31(1) *Jurimetrics* 60.
- BURLEY, E.G., «A Study in Scarlet : Criminal DNA Typing Reaches the Court and Legislatures», (1990) 6 *Jour. of Law & Pol.* 755.

BUSQUE, L., D. DESMARAIS, S. PROVOST, J. W. SCHUMM, Y. ZHONG et R. CHAKRABORTY, «Analysis of Allele Distribution for Six Short Tandem Repeat Loci in the French Canadian Population of Québec», (1997) *Journal of Forensic Sciences*, 1147-1153.

BUSUTTIL, A., «Immigration Problems and DNA Profiling», (1990) 35 *Journal of the Law Society of Scotland*, 286-287.

CAMPBELL, A., «Charter of Rights — S. 24(2), dans *Criminal law and the Charter of Rights and Freedoms — An Update*», Department of Education, The Law Society of Upper Canada, Toronto, Osgoode Hall, 1985, p. A-12

CAPLAN, A., «A History of DNA», (1978) 8 *Hastings Center Report* 49.

CHACON, R.M., «La Genetica Lucha Contra El Crimen», *La Nacion*, 27 janvier 1992, p. 10.

CHARLES, G., «Génétique : tous en fiches», (1992) *Express*, 20 mars, p. 46.

CHERFAS, «Science Gives Ivory a Sense of Identity», (1989) 246 *Science* 1120.

CLAY, J., «Genetic Evidence in Canadian Courtrooms : A Summary of DNA Technology and its Legal Applications», (1993) *The Barrister* 5.

COHEN, S.A., «Search Incident to Arrest», (1989-90) 32 *Crim. L.Q.* 366.

COHEN, J.E., «Forensic DNA Tests and Hardy-Weinberg Equilibrium», (1991) 253 *Science* 1037.

COLIN, N., «Maine Case Deals Blow to DNA Fingerprinting», (1989) 246 *Science* 1556-1558 .

COLLINS, R. et A. MACLEOD, «Denials of Paternity : The Impact of DNA Tests on Court Proceedings» (1991) *J. Soc. Wel. & Fam. L.* 209.

COLLINS, C., «DNA Testing by a Hair Breadth», *The Australian*, 16 octobre 1991.

- COLVIN, E., «Section Seven of the Canadian Charter of Rights and Freedoms», (1989) 68 *The Canadian Bar Review* 560.
- CORTES, G., «Le droit néerlandais»(1993) 63 *Revue Internationale de droit pénal* 285.
- COUTU, M., « Légitimité du droit et transformation de la culture juridique» dans B. MELKEVIK (dir.) *Transformation de la culture juridique québécoise*, Presses de l'université Laval, 1998, 67-82.
- CRICK, F., «Bref résumé de la biologie moléculaire classique» dans *Une vie à découvrir : de la double hélice à la mémoire*. Paris, éditions Odile Jacob, 1988, 229-239.
- D., J.-C., «Le typage de l'ADN vers l'automatisation des empreintes génétiques», (1992) 1(8) *Médecine/Sciences*, 78-79.
- DAISLEY, B., «Uses of Databases Has Sparked Controversy Over DNA Typing», (1993) 40 *The Lawyers Weekly* 17.
- DAN, C., «Convicts' DNA Prints Added to US Police Files», (1991) *New Scientist* 19.
- DE GORGEY, A., «The Advent of DNA Databanks : Implications for Information Privacy», (1990) 16(3) *Am. J. Law & Medecine*, 381-398.
- DE LINVAL, R.C., «C'est toi mon papa?», *Le Journal du Barreau*, novembre 1993, p. 3.
- DE LUCAS, F.J., «Légitimité» dans André-Jean ARNAUD et al (dir.), *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie de droit*, 2ème éd., Paris, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1993, p. 343
- DEBENHAM, P., «The Use of Genetic Markers for Personal Identification and the Analysis of Family Relationships» dans R. CHADWICK, BOCK et al (dir.) *Human Genetic Information : Science, Law and Ethics*, Londres, Ciba Fondation Symposium no 149, 1990, p. 37-43

- DESMARAIS, D., Y. ZHONG, R. CHARKRABORTY, C. PERRREAULT et L. BUSQUE, «Developpent of a Highly Polymorphic STR Marker for Identity Testing Purposes at the Human Androgen Receptor Gene (HUMARA)», (1998) 43(5) *J. Forensic Sci.*, 1042-1045.
- DEUTSCH, E. et R. FULLMICH, «Gene Technology in Medical Diagnostics and Criminal Procedure and Liability for Malpractice in Germany», (1990) 9(2) *Medicine and Law*, 755-766.
- DEVLIN, B., «Forensic DNA Tests and Hardy-Weinberg Equilibrium», (1991) 253 *Science*, 1037-1041.
- DIX, J.D., STOUT, S.D. et al, «Bones, Blood, Pellets, Glass, and No Body», (1991) 36(3) *Journal of Forensic Sciences*, 949-953.
- DODD, B.E., «DNA Fingerprinting in Matters of Family and Crime», (1986) 26 *Med Sci Law* 5.
- DONOVAN, K.F., «Florida Courts Receptive to DNA Evidence.(William Kennedy Smith)», 13 *The National Law Journal* 6.
- DOVER, G. A., «Mapping Frozen Accidents», (1990) 344 *Nature*, 812-813.
- DREYFUS, J.-C., «Les empreintes génétiques : la révolution permanente», (1990) 6 *Médecine /Sciences* 690.
- DREYFUS, J.-C., «Le typage de l'ADN : vers l'automatisation des empreintes génétiques», (1992) 8 *Médecine/Sciences*, 8-9.
- DREYFUS, J.-C., «Heurs et déboires des empreintes génétiques en médecine légale», (1989) 5 *Médecine/Sciences*, 593-595.
- DWORKIN, R.B., «The New Genetics», (1986) 2 *Biolaw* 89.
- ELSAS, J.L., «A clinical Approch to Legal and Ethical Problems in Human Genetics», (1990) 39 *Emory Law Journal*, 850-853.

ERICKSON, D., «Do DNA Fingerprints Protect the Innocent», (1991) *Scientific American*, August 18.

FEDERICO, R.G., «'The Genetic Witness' : DNA Evidence and Canada's Criminal Law», (1991) 33(2) *Criminal Law Quarterly* 204.

FLEURY, J.C., «Le vivant sous brevet», *Québec Science*, février 1992, pp. 26-31.

FOLLANA-MASSOT, M. et B. LASSALLE, «Le recours aux examens génétiques selon le projet de réforme du Code civil», (1993) 2 *Revue de la Recherche Juridique* 369.

FRECKELTON, I., «DNA Profiling : Forensic Science under the Microscope», (1990) 14 *Crim. Law Journal*, 23-41.

FREDERICO, R.G., «The Genetic Witness : DNA Evidence and Canada's Criminal Law», (1990-1991), 33 *Crim. L.Q.* 204.

FRENEY, J. et D. FLORET, «Utilisation des sondes nucléiques en bactériologie», (1ère partie) (1990) 45 *Pédiatrie*, 13-20.

FRIED, C., «Privacy», dans *The Right of Privacy and the Ninth Amendment* ; (1968) 77 *The Yale Law Journal*

G., C., «Les truands trahis par les gènes», *L'Express*, 5 décembre 1991, p. 25.

GAENSSLEN, R.E. et K.M. BERKA, «A Polymerase Chain Reaction (PCR) Method for Sex and Species Determination with Novel Controls for Deoxyribonucleic Acid (DNA) Template Length», (1992) 37(1) *Journal of Forensic Sciences*, 6-20.

GALLOUX, J.-C., «L'empreinte génétique : la preuve parfaite?», (1991) 12 *La semaine juridique* 104

GALLOUX, J.-C. et J.-N. MAZEN, «Les données de la carte génétique reflet de la personne ou élément du patrimoine», *Biofutur*, octobre 1990, pp. 77-79.

- GALLOUX, J-C., «L'empreinte génétique : la preuve parfaite?», (1991) 12(1) *Semaine juridique*, 104-110.
- GASSIN, R., «Arrestation» dans *Répertoire de droit pénal et de procédure pénale*, no 2.
- GIANNELLI, P.C., «The Admissibility of Novel Scientific Evidence : Frye v. United States, a Half-Century Later», (1980) 80 *Colum. L. Rev.* 1197.
- GILL, P. EVETT, I. W. et al, «Databases, Quality Control and Interpretation of DNA Profiling in the Home Office Forensic Science Service», (1991) 12 *Electrophoresis* 204-209.
- GOLD, S., «DNA Explosion», (1987) 27 *New Law Journal* 110.
- GRAHAM, T., «DNA Fingerprinting», (1988) 340 *Nature* 672.
- GREEN, P., «Population Genetic Issues in DNA Fingerprinting», (1992) 50 *Am. J. Hum.Genet.*, 440- 441.
- GRUNBAUM, B.W., «Comments on the Admissibility of DNA Typing Evidence in American Courts of Law», (1990) 4 *BFE* 305.
- GUAY, H. et B.M. KNOPPERS, «Information génétique : qualification et communication en droit québécois», (1990) 21 *R.G.D.*, 546-606.
- GUGLICH, E.A., P.J. WILSON et B.N. WHITE, «Application of DNA Fingerprinting to Enforcement of Hunting Regulations in Ontario», (1993) 38 *Journal of Forensic Sciences* 48.
- GYLLENSTEN, U.B. et al, «DNA Typing of Forensic Material with Mixed Genotypes Using Allele-Specific Enzymatic Amplification», (1992) 52 *Forensic Science International* 149.
- HAGERMAN, P.J., «DNA Typing in Forensic Arena», (1990) 47 *Am. J. Hum. Genet.*, 876-877.

- HAGLUND, W. D., D. T. REAY et al, «Identification of Decomposed Human Remains by Deoxyribonucleic Acid (DNA) Profiling», (1990) 35 *Journal of Forensic Sciences*, 724-729.
- HALL, A., «DNA Fingerprints — Black Box or Black Hole?», (1990) 140 *New Law Journal*, 203-206.
- HALL, S.S., «James Watson and the Search for Biology's Holy Grail», (1990) *Smithsonian* 41.
- HÉBERT, J.-C., «L'expertise en droit pénal» dans *Développements récents en droit criminel (1990)*, Éditions Yvon Blais, pp. 3-28.
- HENNAU-HUBLET, C. et B.M. KNOPPERS, «La preuve génétique et les droits de l'Homme : des points de médiation» dans HENNAU-HUBLET C. et B.M. KNOPPERS (dir.), *L'analyse génétique à des fins de preuve et les droits de la personne*, Bruxelles, Éditions Bruylant, 1997, pp. 427-446.
- HENNAU-HUBLET, C., «Les demandes officieuses de comparaison d'empreintes génétiques et le droit de la filiation», (1991) 72 *Athéna*, 35-36.
- HIBBS, M., «Applications of DNA Fingerprinting -Truth Will Out-», (1989) 139 *New Law Journal* 619.
- HIGUCHI, R., «Human Error in Forensic DNA Typing», (1991) 48 *Am. J. Genet.*, 1215-1216.
- HOEFFEL, J.C., «The Dark Side of DNA Profiling : Unreliable Scientific Evidence Meets the Criminal Defendant», (1990) 42 *Stanford Law Review* 465.
- HOELZEL, A.R., J.K. FORD et G.A. DOVER, «A Paternity Test Case for the Killer Whale (*Orcinus Orca*) by DNA Fingerprinting», (1991) 7 *Marine Mammal Science* 35.
- HONMA, M., T. YOSHII et al, «Individual Identification From Semen by the Deoxyribonucleic Acid (DNA)Fingerprint Technique», (1989) 34 *Journal of Forensic Science*, 222-227.

HOWLETT, R., «DNA Forensics and the FBI», (1989) 341 *Nature*, 182-183.

HUET, S., « Au-delà des apparences », *Science et Avenir*, février 1992, pp. 46-50.

HUEY et HALL, «Hypervariable DNA Fingerprinting in Escherichia Coli : Minisatellite Probe From Bacteriophage M13», (1989) 171 *J. Bacteriology* 2528.

HUNERFELD, P., «Le droit allemand», (1993) 63 *Revue internationale de droit pénal* 75.

IMWINKELRIED, E.J., «The Evolution of the American Test for the Admissibility of Scientific Evidence», (1990) 30 *Med. Sci. Law* 60.

JEAMMAUD, A. «Les règles juridiques et l'action», (1993) 29 *Recueil Sirey-Dalloz* 207.

JEFFREYS, A.J., «DNA Typing : Approaches and Applications», (1993) 33 *Journal of the Forensic Science Society* 204.

JEFFREYS, A.J., V. WILSON et S.L. THEIN, «Individual-Specific Fingerprints of Human DNA», (1985) 316 *Nature*, 76-79.

JEFFREYS, A.J., M. TURNER et P. DEBENHAM, «The Efficiency of Multilocus DNA Fingerprint Probes for Individualization and Establishment of Family Relationships, Determined from Extensive Casework», (1991) 48 *Am. J. Hum. Gen.*, 824-840.

JEFFREYS, V. WILSON et S.L. THEIN, «Hypervariable 'Minisatellite' Regions in Human DNA», (1985) 314 *Nature*, 67-73.

JODOUIN, A., «La légitimité des sources du droit pénal (réflexions d'un agnostique sur les certitudes fondamentales du droit répressif)», Texte de conférence, Faculté de droit, Université de Montréal, 1999, 26 p.

KERNALEGUEN, F., «La diffusion intra et inter-familiale de l'information génétique» dans *La génétique humaine : de l'information à l'informatisation*, Éditions Thémis et Litec, 1992, pp. 249-264.

KING, M., «Cigarette Butts Led to Man's Conviction for Killing Neighbor», *The Montreal Gazette*, 4 juin 1994, p. A-3.

KING, M.C., «Invited Editorial : Genetic Testing of Identity and Relationship», (1989) 44 *Am. J. Hum. Genet.* 179.

KNOLL, P., «An Auspicious Beginning for DNA Genotyping (Fingerprinting) in Canada», (1989)(2d) *Alta. L.R.*, 26-41.

KNOPPERS, B.M. et S. LE BRIS, «Ethical and Legal Concerns : Reproductive Technologies 1990-1993», (1993) 5 *Current Opinion in Obstetrics and Gynecology*, 630-635.

KNOPPERS, B.M. et S. LEBRIS, «Recent Advances in Medically Assisted Conception : Legal, Ethical and Social Issues», (1991) 17(4) *American Journal of Law and Medicine*, 329-361.

KNOPPERS, B.M., M.A. GRIMAUD, L. BUSQUE et D. DESMARAIS, «L'apport des technologies de l'ADN en droit familial : aspects techniques et juridiques» dans *Congrès annuel du Barreau du Québec*, Montréal, Service de la formation permanente, 1997, pp. 329-346.

KNOPPERS, B.M. et C.M. LABERGE, «DNA Sampling and Informed Consent», (1989) 140 *C.M.A.J.*, 1023-1028.

KOLATA, G., «DNA Fingerprinting Called too Unreliable for Court Use», *The Gazette*, 29 janvier 1990, p. B-I.

KRAWCZAK, M. et B. BOCKEL, «DNA-Fingerprinting : A Short Note on Mutation Rates», (1991) 87 *Human Genetics* 632.

KREILING, K.R., «Review Comment : DNA Technology in Forensic Science», (1993) 33 *Jurimetrics* 476.

LABEAU, P.-C., «Problèmes et nouvelles perspectives de la preuve d'identification», *Le Journal Barreau*, 19 octobre 1989.

LAGROVE, J. «La légitimation» dans GRAWITZ, M. et J. LECA (dir.), *La science politique, science sociale, L'ordre politique*, Paris, Presse Universitaires de France, pp. 395-468.

LAJOIE, A., «Le droit, l'État, la société civile, le public, le privé : de quelques définitions interreliées», (1991) 25 *Revue Juridique Thémis* 109.

LANDER, E., «DNA Fingerprinting : Science, Law and the Ultimate Identifier» dans D.J. KEVLES et L. HOOD (dir.), *The Code of Codes — Scientific and Social Issues in the Human Genome Project*, Cambridge, Harvard University Press, 1992, p. 193.

LANDER, E.S., «DNA Fingerprinting on Trial», (1989) 339 *Nature*, 501-505.

LANDER, E.S., «Invited Editorial : Research on DNA Typing Catching Up With Courtroom Application», (1991) 48 *Am. J. Hum. Genet.*, 819-823.

LANGANEY, A., « Des parentés paradoxales », *Science et Avenir*, février 1992, pp. 51-55.

LAPERRIÈRE, R. , «La loi sur la protection des renseignements personnels dans le secteur privé — commentaire et guide d'interprétation» dans *Vie privée sous surveillance : la protection des renseignements personnels en droit québécois et comparé*, Éditions Yvon Blais, 1994, pp. 141-254.

LAROCHELLE, J., «Le droit à la vie privée et la charte canadienne des droits et libertés» dans *Développements récents en droit criminel (1990)*, Éditions Yvon Blais, pp. 117-151.

LARSON, E., «Human Gene Therapy and the Law : An Introduction to the Litterature», (1990) 39 *Emory Law Journal* 855-859.

LASCOUMES, P. et E. SERVERIN, «Théories et pratiques de l'effectivité du droit», (1986) 2 *Droit et Société* 101.

LASCOUMES, P., «Effectivité» dans ARNAUD, A-J (dir.), *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, 2ème édition, Paris, L.G.D.J., 1996, pp. 217-219.

- LAURENDI, N., «Opposition to the Admissibility of Lie Detector Test in Criminal Cases» dans E.J. IMWINKELRIED (dir.), *Scientific and Expert Evidence*, 2ème éd., New York, Practising Law Institute, 1981, p. 805.
- LAUZON, J., «Alcoolémie et tests symptomatiques», *Le Journal du Barreau*, 5 mai 1991.
- LAVERGNE, L., «Données génétiques, méthodes d'évaluation et vision d'ensemble de l'utilisation du profil génétique» dans C. HENNAU-HUBLET et B.M. KNOPPERS (dir.), *L'analyse génétique à des fins de preuve et les droits de la personne — Aspects médico-scientifique, éthique et juridique*, Bruxelles, Éditions Bruylant, 1997, pp. 21-37.
- LAVERGNE, L., «L'expertise du profil génétique : ses limites» dans P. PATENAUDE (dir.), *Police, techniques modernes d'enquête ou de surveillance et droit de la preuve*, Sherbrooke, Revue de Droit de l'Université de Sherbrooke, 1998, pp. 200-218.
- LETOURNEAU, G. et A. MORON, «Technologie nouvelle et droit pénal canadien», (1989) 49(5) *Revue du Barreau*, 832-833.
- LOMHOF, I.W., «By their DNA, so Shall Ye Know Them», *California Lawyer*, 8-9 février 1987.
- LONGTIN, M.-J., «Le législateur : les conditions temporelles d'élaboration des politiques et des textes législatifs — Un mouvement sur quatre temps» dans CÔTÉ P.-A. et J. FRÉMONT (dir), *Le temps et le droit*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1996, pp. 115 -130.
- LUCAS, D.M. et al, «DNA Profiling, a Primer for Crown Attorneys», (1988) 4 *Crown's Letter* 38.
- LUDES, B.P., P.B. MANGIN et al, «Parentage Determination on Aborted Fetal Material Through Deoxyribonucleic Acid (DNA) Profiling», (1991) 36(4) *Journal of Forensic Sciences*, 1219-1223.

- LUSSIER, M., «Tailoring the Rules of Admissibility : Genes and the Canadian Criminal Law», (1992) 71 *R. du B. can.* 319.
- MANGIN, P., B. LUDES et al, «Recherche de paternité sur fœtus extrait après interruption de grossesse pour viol», (1991) 34(1) *Journal de Médecine Légale Droit Médical*, 47-50.
- MARKOWICZ, K. et al, «Use Deoxyribonucleic Acid (DNA) Fingerprints for Identity Determination : Comparison with Traditional Paternity Testing Methods», Part II, *Journal of Forensic Sciences*, 1270-1276.
- MASSICOTTE, G., «Les conditions d'application de l'article 24(2) de la charte canadienne des Droits et Libertés», (1990) *Revue juridique des étudiants et étudiants de l'Université Laval*, 4-29.
- MAYR, W.R., «DNA Markers in Forensic Medicine», (1995) 2(4) *Transfusion Clinique et Biologique* 325.
- MAZEN, N-J., «Problèmes juridiques liés aux applications médico-industrielles de la carte génétique humaine», (1991) *Revue de la recherche juridique*, 365-384.
- MAZEN, N-J., «Tests et empreintes génétiques : du flou juridique au pouvoir scientifique», (1994) 14 *Les petites affiches*, 70-78.
- MAZEN, N-J., «Réflexions juridiques sur le matériel génétique de l'homme», (1988) *Bioéthique et Droit*, Paris, P.U.F., 194-208.
- McCORMACK, H., et S. FOOTE, «A New Type of identification Evidence : the Admissibility of DNA Typing», (1992) (4th) 7. *C.R.* 77.
- McCABE, E.R.B., «Applications of DNA Fingerprinting in Pediatric Practice», (1992) 120 *Journal of Pediatrics* 499.
- McDONALD, R., «Juries and Crime Labs : Correcting the Weak Links in the DNA Chain», (1998) 24 *American Journal of Law & Medicine*, 345-363.

- McELFRESH, K.C. , D. VINING-FORDE, et I. BALAZAS, «DNA-Based Identity Testing in Forensic Science», (1993) 43(3) *BioScience* 149.
- McEWAN et REILLY, «A Review of State Legislation on DNA Forensic Data Banking», (1994) 54 *American Journal of Human Genetics* 941.
- McGOURTY, C., «New York State Leads on Genetic Fingerprinting», (1989) 341 *Nature* 90.
- McLAY, W.D., «Helping the Lab to Help Up», (1991) 84 *Journal of the Royal Society of Medicine*, 756-757.
- MEISOL, P., «DNA Test Gains Stature in Courtroom», *St Petesburg Times*, Section B, 27 décembre 1987.
- MELILLO, W., «Genetic Record Will Help Identify Unknow Soldiers», *Washington Post Health*, 14 janv. 1992.
- MEUNIER, C., *les représentations sociales et les imaginaires sociaux de la nouvelle génétique tels que perçus à travers les différents niveaux de la vulgarisation écrite*, Mémoire de Maîtrise, Université de Montréal, 1993.
- MITCHELL, G. E., «The Supreme Court of Canada on the Exclusion of Evidence in Criminal Cases under Section 24 of the Charter», (1987-88), 30 *Crim.nal Law Quaterly* 165.
- MONSON, K.L., J.-P. MOISON, O. PASCAL M. MCSWEEN, D. AUBERT, A. GIUSTI, B. BUDOWLE et L. LAVERGNE, «Description and analysis of Allele Distribution for Four VNTR Markers in French and French Canadian Populations», 45 *Hum. Hered.* 1995, 135.
- MORENO, R.F.et al, «Enhanced Conditions for DNA Fingerprinting with Biotinylated M13 Bacteriophage», (1990) 35(4) *Journal of forensic Sciences* 831-837.
- MORGAN, L.W., «Attacking Blood Tests in Paternity Testing», 4 (1992) *Divorce Litigation* 89.

MORRIS, J.W., A.I.SANDA et al, «Biostatistical Evaluation of Evidence for Continuous Allele Frequency Distribution Deoxyribonucleic Acid (DNA) Probes in Reference to Disputed Paternity and Identity», (1989) 6 *Journal of Forensic Sciences*, 1311-1317.

MORTON, N.E., «DNA Forensic Science», (1995) 3 *Eur. J. Genet.* 139.

MOSS, D. C., «DNA - The New Fingerprints», (1988) 74 *ABA Journal*, 66-70.

MOSS, D. C., «DNA Proof», *ABA Journal.*, 20 janvier 1989.

MOSS, D. C., «Free at Last», *ABA journal*, 19 octobre 1989.

MULLEN, C., «DNA Tests Proved Twin Sisters Are Identical», *Edmonton Journal*, 23 août 1992, p. 11.

NAU, J-Y., «Les victimes de la catastrophe du mont Sainte-Odile ont été identifiées grâce aux empreintes génétiques», *Le Monde*, 31 mars 1992, p. 3.

NEUFELD, P.J., et N. COLMAN, «When Science Takes the Witness Stand», (1990) 262(5) *Scientific American* 46.

NEWMARK, P., «Dispute over who should do DNA Fingerprint in Murder Hunt», (1987) 325 *Nature*, 97.

NEWMARK, P., «DNA Fingerprinting to Be Used for British Immigrants», (1988) 331 *Nature* 556.

NISHIMI, R.Y., «Forensic Uses of DNA Tests», (1990) 264 *JAMA* 2616.

NISHIMI, R.Y., K.W. O'CONNOR et al, «Genetic Witness : Forensic Uses of DNA Tests», (1991) 2(1) *Jal Inter. Bioéth.* 29-32.

OUGH, R., « Pointing the Finger at DNA», (1990) 140 *New law Journal* 484.

PACIOCCO, D. M., «The Constitutional Right to Present Defence Evidence in Criminal Cases», (1985) 63 *R. du B. Can.* 519.

- PACIOCCO, D.M. « Self-Incrimination : Removing the Coffin Nails », (1989), 35 *R.D. McGill* 73.
- PACIOCCO, D.M., «The Judicial Repeal of s. 24(2) and the Development of the Canadian Exclusionary Rule», (1980-90), 32 *Crim. L.Q.* 326.
- PAETZ, L., «DNA Fingerprinting and the Law», (1991) *Health Law News* 4-5.
- PAIKIN, L., «La norme du caractère raisonnable dans le droit de la perquisition et de la saisie» dans DEL BUONO V. (dir.), *Procédure pénale au Canada*, Montréal, Éditions Wilson & Lafleur, 1983, p. 107.
- PATENAUDE, P., «De l'admissibilité des preuves fondées sur des techniques non consacrées par la communauté scientifique», (1983) 43 *R. du B.* 51.
- PATENAUDE, P., «L'inviolabilité de la pensée : de l'utilisation de l'hypnose ou du polygraphe à des fins d'enquête et de surveillance» dans *Mélanges Jean Beetz*, Montréal, Éditions Thémis, 1995, pp. 887-899.
- PERSALL, A., «DNA Printing : The Unexamined «Witness», in Criminal Trials», (1989) 77 *California Law Review* 665.
- POMERANCE, R. M., «Body of Evidence : Section 487.01 of the Code, Bodily Integrity and the Seizure of Biological Samples», (1995) 2 *Crown's Newsletter* 1.
- POMERANCE, R. M., «Bill C-104 : A Pratical Guide to the DNA Warrants», 39 *C.R.* (4th) 244.
- QINGEN, Y. et al. «Typing Study of Human Semen DIA3 by Isoelectric Focusing — Distribution in the Wuhan Population, China», (1990) 44 *Forensic Science International*, 203-207.
- RANKIN, J.J., «DNA Fingerprinting», *Journal of the Law Society of Scotland* avril 1988, pp. 124-126.
- RICHARDS, R.J., «DNA Fingerprinting and Paternity Testing», (1989) 22 *U. C. Davis Law Review* 609.

- RITCHIE, P.C., «Search and Seizure in Criminal Law : Current Issues», (1986) *The Continuing Legal Education Society of British Columbia*, 2.1.01-2.1.18.
- RITTNER, C., U. SCHACKER, G. RITTNER et P.M. SCHNEIDER, «DNA Polymorphism in Paternity Testing : Chances, Risks and Strategies», (1989) 4 *Biotech. Bull.* 2.
- ROCHER, G., «Le droit et la sociologie du droit chez Talcott Parsons», (1989) 21 *Sociologie et Sociétés* 143, 146.
- ROCHER, G., «L'effectivité du droit» dans LAJOIE A., MACDONALD R.A., JANDA R. et ROCHER G. (dir.), *Théories et émergence du droit : pluralisme, surdétermination et effectivité*, Montréal, Éditions Thémis, 1998, pp. 135-171.
- ROWE, P. M., «Support for use of DNA profiles as forensic evidence», (1996) 347 *The Lancet* 1321.
- ROEWER, L. et al, «Stain Analysis Using Oligonucleotide Probes Specific for Simple Repetitive DNA Sequences», (1990) 47 *Forensic Science International*, 59-70.
- ROSLAK, J., «R. v. Parent», *Alberta Law Reports*, 65 alta. L.R. (2d), 19-26.
- SAJANTILA, A. et B. BUDOWLE, «Identification of Individual With DNA Testing», (1991) 23 *Annals of Medicine*, 637-642.
- SARAFIAN, V., «Nouvelles techniques : les STR» dans P. PATENAUDE (dir.), *Police, techniques modernes d'enquête ou de surveillance et droit de la preuve*, Sherbrooke, Revue de Droit de l'Université de Sherbrooke, 1998, pp. 219-230.
- SAUER, M. et U. BERLKINER, «Innocence : Lost - and Found», *San Diego Union Tribune*, 11 décembre 1994, D1-D3.
- SCHMITZ, C., «Drug Evidence is Inadmissible when Charter Violated : S.C.C.», (1990) 9(48) *The Lawyers Weekly* 26-27.

- SCHMITZ, C., «DNA Fingerprinting», (1989) 8 *The Lawyers Weekly* 1.
- SCHWARTZ, T.R., E.A. SCHWARTZ et al, «Characterization of Deoxyribonucleic Acid (DNA) Obtained from Teeth Subjected to various Environmental Conditions», (1991) 36 *Journal of Forensic Sciences* 979.
- SHAPIRO, E., D. REIFLER, STEWART et C.L. PSOME, «The DNA Paternity Test : Legislating the Future Paternity Action», (1992-1993) 7 *Journal of Law and Health* 1, 41.
- SHAPIRO, M., «Imprints on DNA Fingerprints», (1991) 353 *Nature* 121.
- SHEARD, B., «DNA Profiling», (1990) 58(4) *Medico-Legal Journal* 189.
- SHIBATA, D., M. KUROSU et al, «Fixed Human Tissues : A ressource for the Identification of Individuals», (1991) 36(4) *Journal of Forensic Sciences*, 1204-1212.
- SLATER, N., «DNA Fingerprinting : Dick Tracy of the '90S», (1989) 4 *St Johns Journal of Legal Comment*, 183-203.
- SMITH, D.M., «Genetic Witness : By thy DNA So Shall Ye Be Known», (1993) 1 *Health Law Journal* 207.
- SPAN, P., «The Gene Team : Innocence Project Fights Injustice with DNA Testing», *The Washington Post*, 14 décembre 1994.
- STEINERT, H., «On the Function of Criminal law», (1978) 2(2) *Contemporary Crisis* 167.
- STUART, D., «Burlingham and Silveira : New Charter Standards to Control Police Manipulation and Exclusion of Evidence», (1995) 38 *C.R.* (4th) 386.
- SUMMERS, «DNA Polymorphisms in Human Population Studies», (1987) 14 *Ann. Hum. Bio.* 203.
- TAK, J.-P. et G. A. VAN EIKEMA HOMMES, «Le test ADN et la procédure pénale en Europe, (1993) 4 *Rev. sc. crim*, 679-693.

- TANDE, C.M., «DNA Typing : A New Investigatory Tool», (1989) *Duke Law Journal*, 474-494.
- TANOVICH, D.M., «The Admissibility of Novel Scientific Evidence under Mohan : the Case of DNA Typing», (1996) *Revue canadienne de droit pénal* 221.
- TASSANAKAJON, A. et C. WONGTEERASAPAYA, «Improved Resolution and Sensitivity of Human DNA Fingerprinting by Specific-Primed Labelling of M13 DNA», (1991) *5 Molecular and cellular Probes*, 111-115.
- TAYLOR, G., «DNA Fingerprinting», (1989) 340 *Nature* 672.
- THE NEW GENETICS, «Biotechnology and the Law», *Biolaw*, avril 1989, p. U:1330.
- THE NEW GENETICS, «Genethics», *Biolaw*, 1989, pp. U:1408-1409.
- THOMPSON, W. C. et S. FORD, «DNA Typing : Acceptance and Weight of the New Genetic Information Tests», (1989) 45 *Va. L. Rev.* 45 .
- THOMPSON, D., «A Trial of High-Tech Detectives», *Time*, 5 juin 1989, p. 55.
- THOMPSON, M., «DNA Wins in Court : Anticipating an Age of Genetic Fingerprinting, Police are Planning their Own High-Tech Labs», (1989) 36 *California Lawyer*.
- THOMPSON, M., «The Myth of DNA Fingerprints», (1989) 9 *California Lawyer*, 34-35.
- THOMPSON, W.C. et S. FORD, «DNA Typing; Promising Forensic Technique Needs Additional Validation», (1988) *Trial*, 56-64.
- THOMPSON, W.C. et S. FORD, «A Question of Identity : Some Reasonable Doubts About DNA "Fingerprints"», *The Sciences*, janv./fév. 1990, pp. 37-43.

- TIMSILT, G., « L'engendrement du droit », (1988) 104 *Revue du droit public et de la science politique en France et à l'étranger* 46.
- TONELLI, L.A., K.R. MARKOVICZ et al, «Use of Deoxyribonucleic Acid DNA Fingerprints for Identity Determination : Comparison With Traditional Paternity Testing Methods-Part I & II», (1990) 35 *Journal of Forensic Sciences*, 265-1276.
- TURENNE, M, «La fiche génétique au service de la police», (1989). *La Presse*, 9 Juillet, B - Sciences et techniques.
- VERBOVAYA, L., IVANOV P.L., «Sexing Deoxyribonucleic Acid (DNA) on DNA Fingerprint Gel : An Internal Control for DNA Fingerprint Evidence», (1991) 36(4) *Journal of Forensic Sciences* 991-998.
- VOGEL, S., «The Case of the Unraveling DNA», *Discover*, janvier 1990, p. 46.
- WALSH, J., «Current Issues of DNA Typing : Strange New World Revisted», (1992) 25 *Can. Soc. Forensic Sci. J.* 207.
- WALSH, J., «Legal Issues of DNA Identification : A Canadian Perspective», (1991) 24 *Can. Sci Forensic Sci. J.* 247.
- WALSH, J., « The Population Genetics of Forensic DNA Typing : Could It Have Been Someone Else? », (1991-1992) 34 *C.L.Q.* 469.
- WASHIO, K, S. UEDA et al, «Effects of Cytosine Methylation at Isoelectric Focusing-Distribution in the Wuhan Population, China», (1990) 44 *Forensic Science International*, 203-207.
- WATTIAUX, H., «Identification génétique : réflexions morales» dans HENNAU-HUBLET C. et KNOPPERS B.M. (dir.), *L'analyse génétique à des fins de preuve et les droits de la personne*, Bruxelles, Éditions Bruylant, 1997, pp. 123-137.
- WAYE, J.S. «Discussion of Recent Application of DNA Analysis to Issues Paternity», (1990) 35(1) *Journal of Forensic Sciences*, 5-6.

- WAYE, J.S., MICHAUD, D. et al, »Sensitive and Specific Quantification of Human Genomic Deoxyribonucleic Acid (DNA) in Forensic Science Specimen : Casework Examples», (1991) 36(4) *J. of Forens. Sci.*, 1198-1203.
- WEIR, B.S. «Populations genetics in the forensic DNA debate» (1992) 89 *Proc Natl. Acad. Sci.*, 11654-11659.
- WEBB, D., «The Use of Blood Grouping and DNA Fingerprinting Tests in Immigration Proceedings», (1986) *Immigration and Nationality Law Practice*, 53-61.
- WERETT, D. et J. LYGO, «The Role of DNA Profiling in the Courts», (1989) *Law Society Gazette* 35.
- WIEHL, L., «Paternity : DNA Tells All», *The Gazette*, 20 août 1989.
- WINKLER, J.K., «DNA Fingerprinting», (1990) 247 *Science* 1018.
- WOFFINDEN, B., «Evidence to the Contrary», *The Independent*, 21 avril 1989.
- ZAPF, M. B.C., «Blood Report Seizure Illegal but Samples are Admissible», *The Lawyers Weekly*, 21 juin 1991, p.18.
- ZIGAYER, M., «La banque canadienne de données génétiques» dans P. PATENAUE (dir.), *Police, techniques modernes d'enquête ou de surveillance et droit de la preuve*, Sherbrooke, Revue de Droit de l'Université de Sherbrooke, 1998, pp. 259-290.

Table de jurisprudence

Canada

- Adey v. Simon*, [1992] N.B.J. No. 616, 3.
- Amyot c. La Reine*, (1990) 58 C.C.C. (3d) 312, 78 C.R. (3d) 129 [1991] R.J.Q. 954, (C.A.).

Attorney General for Québec c. Bégin, (1955) RCS 593.

B.D.H. v. J.L.R., [1993] O.J. No.2345, 9.

B.E.P. v. S.D.P., [1993] O.J. No.203, 13.

Bauman v. Bauman, (1985) 58 B.C.L.R. 358.

Bauman v. Kovacs, (1986) 10 B.C.L.R. (2d) 218.

Bouchard c. La Reine, R.J.P.Q. 91-244, J.E. 91-766 (C.A.).

Britch v. Britch, [1990] B.C.J. No.2647.

C.B. v. M.I., [1994] O.J. No.294, 5.

C.H. v. W.H., [1993] O.J. No.3253.

C.S. v. V.L., [1992] O.J. No. 1632, 6-8.

Campbell v. Campbell, [1993] B.C.J. No. 155.

Carnaby v. Millar, [1993] B.C.J. No.311, 8.

Cayen-Lacombe c. Laverdière, [1970] R.P. 298.

Clarke v. Roumanis, [1993] B.C.J. No.65, 17.

Clarkson c. La Reine [1996] 1 R.C.S. 393.

Cloutier c. Chrétien, [1974] C.S., 433.

Cloutier c. Langlois, [1990] 1 R.C.S. 158.

Conseil de bande des Mohawks de Kanawake c. P.G. du Québec, [1988] R.L.
563 (C.A.).

D'Isendoorn a Blois v. Vanhell, [1993] B.C.J. No.82, 5.

D.A.D. v. M.D., [1992] O.J. No. 1984.

D.D.S. v. R.H., [1993] A.J. No.364, 30.

D.H. c. D.W., [1992] O.J. No.1737 (Q.L.).

D.H. v. J.K., [1992] B.C.J. No. 899, 20.

D.P.D. v. J.A.K., [1992] B.C.J. No. 2369, 20.

D.R. v. P.M., [1992] B.C.J. No.2340, 12

Dagenais c. Société Radio-Canada, [1994] 3 R.C.S. 835.

Dion c. P.G. du Canada, [1986] R.J.Q. 2196 (C.S.).

Droit de la famille 989, [1991] R.J.Q. 1343 (C.S.)

Droit de la famille 737, ([1990] R.J.Q. 85, 86 (C.A.),

Droit de la famille 737 [1993] R.J.Q. 1.

Droit de la famille 206, [1985] C.S. 998.

Droit de la famille 1859 [1993] R.J.Q. 2303 (C.A.).

Droit de la famille 2219, [1995] R.D.F. 432 (C.S.).

Droit de la famille 2530, [1996] R.D.F. 913 (C.S.).

Droit de la famille 2552, [1996] R.D.F. 889 (C.S.).

Droit de la famille 102, [1984] C.S. 83, 91

Droit de la famille 1059, [1990] R.D.F. 385.

Dubois c. La Reine, [1990] R.J.Q. 681, 54 C.C.C. (3d) 166 (C.A.).

Duval c. P.G. du Québec, [1984] C.S. 410.

E.(M.A.) v. L.(C.), (1993) 82 B.C.L.R. (2d), 21.

E.B. v. D.R., [1993] P.E.I.J. No.44, 5.

Exposito, (1985) 24 C.C.C. 9 (3d) 88 (C.A. Ont).

F(S) v. Canada (Attorney General), (1998) 11 C.R. (5th) (Cour de l'Ont., Div. gén.).

F.(M.) v. S.(R.), [1991] O.J. No. 2454.

Francis v. Robertson [1987] O.J. No. 1513, 19.

Goudie v. Goudie, [1993] B.C.J.No.1049.

Grow v. McMynn, [1989] B.C.J., No 1233, 30.

Hardie v. Hardie, [1993] B.C.J. No.1249, 14.

Higgins v. Reid, [1990] N.B.J. No. 149.

Higgins v. Reid, [1990] N.B.J. No. 149.

Hill c. Église de scientologie de Toronto, [1995] 2 R.C.S. 1130.

Hipkiss v. Kane, [1992] B.C.D. Civ. 1566.1-02, 4.

Hogan c.R., (1975) 2 R.C.S. 574.

Howard c. Bates, (1994), 72 A. Crim. R. 96.

Hunter c. Southam Inc., [1984] 2 R.C.S., 145, 14 C.C.C. (3d) 97.

Ingham v. Wilhelmsen, [1994] B.C.J. No.306.

J.R. v. D.W., [1992] B.C.J. No.1610.

Jackson v. Joyceville Penitentiary Disciplinary Tribunal, (1990) 55 C.C.C. (3d) 50.

Kellar c. Burke, [1989] O.J. No. 656, 8.

King c. McLellan, [1974] V.R. 773.

Korolyk v. London, [1988] M.J. No. 24, 4.

Koryk v. Jackson, (1991) 96 Sask. R. (2d) 175.

Kuruma c. The Queen, [1995] A.C. 197.

L.(T.W.) v. K.(L.) [1986] B.C.J. No. 2850, 10.

L.G.S. v. G.H., [1993] B.C.J. No.1595, 6.

Le Procureur général de la Nouvelle-Écosse c. MacIntyre [1982] 1 R.C.S. 175.

Leary v. Schlamp, [1990] M.J. No.262.

Lee v. Horne, [1993] B.C.J. No.1894.

Leigh c. Cole, (1853), 6 Cox C.C 329.

Longson v. Dunn, [1987] B.C.J. No. 2837, 9.

M.(I.K.) v. D.(P.L.), ((1987) D.R. No.1572-86.

M.C. v. L.A.C., [1990] B.C.J. No.134, 20.

Marcoux et Solomon c. La Reine, [1976] 1 R.C.S. 763.

McCartney v. Amell, 35 O.R. (2d).

McIntosh v. Eccles, ([1987] O.J. No. 1804, 5.

Mohammed v. Ali, [1987] O.J. No.1817.

Morris c. Gantous, (1941) 47 R. de J. 150.

Morris c. La Reine, [1983] 2 R.C.S. 190.

N.G.H. v. A.S., [1993] B.C.J. No.2052, 5.

P.(L.) v. J.(W.), [1989] N.B.J. No. 619, 5.

Pakka v. Nygard, [1988] O.J. No.1049, 3.

Palmateer v. Daley, [1990] O.J. No. 2196, 8.

Panaccione v. McNab, (1976) 28 R.F.L. 182.

Parkin v. MacMillan, [1990] B.C.J. No.2312, 5.

Perron c. La Reine, (1990) 20 M.V.R. (2d) 217 (C.Q.).

R. c. Alderton, (1985) 17 C.C.C. (3d) 204 (C.A. Ont.).

R. c. Arp [1995] B.C.J. No 882 (QL).

R. c. B. (C.R.), [1990] 1 R.C.S. 717.

R. c. Baptiste, (10 février 1994), (C.A.C.B) [non publié]

R. c. Bartle, [1994] 3 R.C.S. 173.

R. c. Beare & Higgins et al., [1988] 2 R.C.S. 387, 45 C.C.C.(3d) 57, (1989) 66C.R. (3d) 97(C.S.C.).

R. c. Beaudry et Soobrian, (1993), O.J. N o 702 (Cour de l'Ont., Div. gén.).

R. c. Beaulieu, [1992] A.Q. No. 2046.

R. c. Béland et Philips, R.J.P.Q. 88-152, [1987] 2 R.C.S. 398, (1988) 36 C.C.C. (3d) 481.

R. c. Belnavis, (1996), 107 C.C.C. (3d) 195.

R. c. Black, [1989] 2 R.C.S. 138.

R. c. Borden, [1994] 3 R.C.S. 145; 92 C.C.C. (3d) 404.

R. c. Bourguignon, 14 janvier, 1991, (Ont. C.), [non publié].

R. c. Bowen, (1990) 59 C.C.C. 515.

R. c. Brezack, (1949), 96 C.C.C 97.

R. c. Brighteyes , [1997] 199 A.R. 161.

R. c. Brown, R.J.P.Q. 90-252 (C.S.).

R. c. Broyles, [1991] 3 R.C.S. 595.

R. c. Brydges, [1990] 1 R.C.S. 190.

R. c. Buckingham, (1943), 86 C.C.C 76.

R. c. Burlingham, [1995] 2 R.C.S. 206.

R. c. Chaulk, [1990] 3 R.C.S. 1303.

R. c. Colarusso, [1994] 1 R.C.S. 20.

R. c. Collins, [1987] 1 R.C.S. 265.

R. c. Corbett, [1988] 1 R.C.S. 670.

R. c. Debot [1989] 2 R.C.S. 1140.

R. c. Dersch, [1993] 3 R.C.S. 768.

R. c. Dorfer, (11 février 1994), (C.S.C.-B) [non publié].

R. c. Dorion, 17 décembre 1992, Cour Supérieure, n°500-01-019135-919, [non publié].

R. c. Downey, [1992] 2 R.C.S. 10.

R. c. Duguay, Murphy and Sevigny, (1985), 18 C.C.C. (3d) 289

R. c. Duguay, [1989] 1 R.C.S. 93.

R. c. Dymont, [1988] 2 R.C.S. 417; (1988) 45 C.C.C. (3d) 244.

R. c. Elshaw, [1991] 3 R.C.S. 24.

R. c. Evans, [1996] 1 R.C.S. 8.

R. c. Filteau, R.J.P.Q. 88-216 (C.S.P.).

R. c. Fong, (1995) 92 C.C.C. (3d) 171.

- R. c. Foster*, (24 janvier 1994), (C.S.C.-B) [non publié].
- R. c. Gagné* [1990] R.J.Q. 2165 (C.A.).
- R. c. Garcia*, [1992] R.J.Q. 2716.
- R. c. Good*, (1995), C.C. 950145 (C.S. C.-B.) [non publié].
- R. c. Grant* [1993] 3 R.C.S. 223.
- R. c. Greffe* [1990] 1 R.C.S. 755.
- R. c. Guevara*, 7 Octobre 1993, (C. prov. C.-B.) , [non publié].
- R. c. Hamill*, [1987] 1 R.C.S. 301.
- R. c. Harper*, [1994] 3 R.C.S. 343.
- R. c. Hebert*, [1990] 2 R.C.S. 151.
- R. c. Jack* [1994] 2 R.C.S. 310.
- R. c. Jacoy*, [1988] 2 R.C.S. 548.
- R. c. Johnston*,(1992) 69 C.C.C. (3d) 395 (Cour de l'Ont., Div. gén.).
- R. c. Jones*, [1994] 2 R.C.S. 229.
- R. c. Keenan et Hunt*, (10 décembre 1990), (C. div. gén. Ont.) [non publié].
- R. c. Kokesch*, [1990] 3 R.C.S. 3.
- R. c. Lafferty*, (1993), 80 C.C.C. (3d) (C.S.T.N.-O.).
- R. c. Laframboise*, (1985-86) 35 M.V.R. 262 (C.S.P.)
- R. c. LeBlanc*, (1981), 64 C.C.C. (2d) (C.A.N.-B.).
- R. c. Légère*, (16 décembre 1994) (C.A.N.-B.) [non publié].
- R. c. Légère*, (1989) 226 A.P.R. 361 (N.B.C.A.); [1988] 43 C.C.C. (3d) 502.

R. c. Lerke, (1986), 49 C.R. (3d) 324.

R. c. Lim, (No. 2) (1990), 1 C.R.R (2d) 136.

R. c. Love, (8 avril 1994), (B.R.Alb.) [non publié].

R . c. Paul Joseph McNally, (5 avril 1989) D.C. Ontario [non publié].

R. c. Manninen, [1987] 1 R.C.S. 1233, 34 C.C.C. (3d) 385, 58 C.R. (3d) 97.

R. c. Medvedew, (1978) 43 C.C.C. [2d] 434, 6 C.R. (3d) 185 (Man. C.A.)

R. c. Mellenthin, [1992] 3 R.C.S. 615

R. c. Michael John Keenan and Philipp Timothy Hunt , 11 décembre 1990, Ont, C.) [non publié].

R. c. Miller, (1987), 38 C.C.C. (3D) 252.

R. c. Moffet, R.J.P.Q. 90-200 (C.Q.).

R. c. Mohan,[1994] 2 R.C.S. 9.

R. c. Morgentaler, [1988] 1 R.C.S. 30, 37 C.C.C. (3d) 449.

R. c. Morin, (195), 37 C.R. (4th) 395.

R. c. Morrison, (1987), 58 C.R. (3d) 63.

R. c. Nikolovski, [1996] 3 R.C.S. 1197

R. c. Nowakowski , (1977), 40 C.R.N.S. 144.

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

R. c. Parent , (1989) Alberta Law reports 65 Alta L.R.(2d) 18.

R. c. Paul , (12 décembre 1994), (C.A.N.-B.) [non publié].

R. c. Plant, [1993] 3 R.C.S. 281.

- R. c. Pohoretsky*, (1987) 1 R.C.S. 945.
- R. c. Potvin*, [1989] 1 R.C.S. 525.
- R. c. Prosper*, [1994] 3 R.C.S. 236.
- R. c. Rao*, (1984), 12 C.C.C. (3d) 97.
- R. c. Rivest*, (1990) 20 M.V.R. (2d) 196 (C.Q.).
- R. c. Rochon*, 10 juin 1993 (B.R. Man.) [non publié].
- R. c. Ross*, [1989] 1 R.C.S. 3.
- R. c. S. (R.J.)*, [1995] 1 R.C.S. 451
- R. c. Santerre*, 23 octobre 1991, Cour Supérieure, n°500-01-017961-902, [non publié].
- R. c. Schweir et al.*, 14 avril 1993 (Cour de l'Ont., Div. gén.) [non publié].
- R. c. Seaboyer*, [1991] 2 R.C.S. 519.
- R. c. Sieben*, [1987] 1 R.C.S. 295.
- R. c. Silveira*, [1995] 2 R.C.S. 297.
- R. c. Simmons*, (1988) 45 C.C.C. (3d) 296; [1988] 2 R.C.S. 495.
- R. c. Singh*, (1er avril 1993), (C.S.C.-B.) [non publié].
- R. c. Smellie*, (1994), 95 C.C.C. (3d) 9.
- R. c. Smith*, 11 mars 1994 (Cour de l'Ont., Div. gén.) [non publié]
- R. c. Smith*, [1991] 1 R.C.S. 714.
- R. c. Speid*, (1991), 8 C.R.R. (2d) 383.
- R. c. Stillman*, (1995) 97 C.C.C. (3d) 164 (N.B.C.A.); [1997] 1 R.C.S. 607.

R. c. Stinchcombe, (1991) 130 N.R. 277.

R. c. Storrey, [1990] 1 R.C.S. 241.

R. c. Strachan, [1988] 2 R.C.S. 980.

R. c. Therens, [1985] 1 R.C.S. 613.

R. c. Thompson, R.J.P.Q. 91-273 (C.Q.).

R. c. Tremblay, [1996] R.J.Q. 187 (C.Q.).

R. c. Trottier, octobre 1992, Cour Supérieure, n° 500-01-25883-908, [non publié].

R. c. Terceria, [1991] O.J. n° 2664 ; (6 octobre 1992), (C. div. gén. Ont.) [non publié] ; (1998) O.J. No 428. (C.A. ont.).

R. c. Voyne Mathias Baptiste, 14 mars 1991, 38 (C.S.C.-B), [non publié]; 10 février 1994 (C.A.C.-B), [non publié]

R. c. Widman, [1984] 2 R.C.S. 311, 14 C.C.C. (3d) 321., 12 D.L.R. (4th) 641.

R. c. Wiley, [1993] 3 R.C.S. 263.

R. c. Williams, (1993), 76 C.C.C. (3d) 385 (C.S.C.-B.).

R. c. Wills, 1992, 12 C.R. (4 th) 58 (C.A. Ont.).

R. c. Whittle, [1994] 2 R.C.S. 914.

R. c. Wray, (1971)R.C.S. 272.

R. c. Young, 7 décembre 1993 (C.S. T.-N.) [non publié].

R. v. Jackson, 22 février 1994 (Cour de l'Ont., Div. gén.)[non publié].

R. v. Mac Donald, (1987), 2 W.C.B. (2d) 125 (alta. S.C.).

R. v. Metropolitan Stipendiary Magistrate, Ex Parte Director of Public Prosecutions, CO/782/93, le 18 juin 1993 (Q.B).

R. v. Richards, 27 mai 1994 (C.S. C.-B.) [non publié].

R.B. v. L.G., [1992] O.J. No. 1654, 10.

R.J. v. S.M., [1990] B.C.J. No. 348, 10.

Re Bagaric v. Juric et al, 29 O.R. (2d) 481.

Re H. and H., (1979) 25 O.R. (2d).

Re Ledyit and Alford, (1985) 53 O.R. (2d) 311, 6.

Re N and D, [1986] O.J. No. 275, 23.

Re Section 94 (2) of the Motor Vehicle Act (B.C.), [1985] 2 R.C.S. 486.

Re Soenen and Thomas et al, (1983) 8 C.C.C. (3d) 224 (Alta QB).

Re Wilson and Stewart, (1982) 45 O.R. (2d) 95, 1.

Richards v. Watson, [1991] S.J. No. 632, 5.

Roumieu v. Martin, [1993] B.C.J. No.2805, 2.

S. (K.) c. M. (D.), ([1989] A.Q. No. 2028, 26.

S. c. S., (1973) C.S. 530.

S. v. Mc., (1970) 1 All E.R. 1162 confirmée par la *House of Lords S. v. S.*, (1973) 11 R.F.L. 142.

S.(J.W.) v. M.(N.C.), (1993) 12 *Alta. L. R.* (3d) 379.

S.M. v. J.S., [1993] O.J. No.2959.

SDGMR c. Dolphin Delivery Ltd., [1986] 2 R.C.S. 573.

Silverberg v. Silverberg, [1990] O.J. No. 294, 8.

Thomson Newspapers c. Directeur des enquêtes et recherches, [1990] 1 R.C.S. 425.

Tollefsen v. MacKay, [1990] B.C.J. No. 437, 3.

TTT, An Infant, [1980] B.C.D. Civ. 1521-03, 4.

Validity of section 92(4) of the Vehicles Act, 1957 (Sask.), [1958] R.C.S. 608.

Vincelli v. Lorenzetto, [1993] B.C.J. No.2011, 9.

Z. (T.) v. W. (A.L.), [1992] N.W.T.R. 100, 106.

Zbirun v. Zbirun, ([1991] S.J. No. 587, 2.

États-Unis

Andrews v.State, FLA, 57 United States Last Week 1077(20 oct.1988).

Arias v. Kalensnikofff, 74 P.2d 1043, 1047 (Cal. 1937).

Breese v. Dewey, 4 Dist.; Ill.Dec. 490, 584 N.E.2d 924; 223 Ill.App.3d 356 (1991).

Chisolm v. Eakes, 573 So.2d 764, Miss. 1990.

Coppolino v. State, 2d. 379 U.S. 92. 1970.

Daubert v. Merrel Dow Pharmaceuticals inc., 113, S.Ct. 2786 (1993)

Debra L. v. William J., 1993 N.Y. App. Div. LEXIS 2271 (App. Div. 1993).

Frye v. United States, 293 F. 1013 (1923).

Hill v. State, 535, So. 2d 354 (Fla. Dist Ct. App. 1988).

Holt v. United States, 218 U.S. 245 (1910).

In Interest of B.G., N.D., 477 N.W.2d 819 (1991).

In re Baby Girl S., 140 Misc. 2d 299, 532 N.Y.S.2d 643 (Sup. Ct. 1988).

In re Marriage of Ross, 783 P.2d 331, 245 Kansas. 591 (1989).

In re Paternity of J.K.L., 151 Wis. 2d 566, 445 N.W. 2d 673 (Ct. App. 1989).

Johnson v. Calvert, Cal. Super. Ct., Orange Co., Dept. 11, No. X633190 (Oct 22, 1990).

Kennedy v. State, 545 So. 2d 214 (Ala. Ct. App. 1989).

King v. Tanner, 142 Misc. 2d 1004, 539 N.Y. S. 2d 617 (1989).

M.F. v. N.H., 599 A.2d 1297, 252 N.J.Super. 420 (1991).

Matter of Estate of Rogers, 583 A.2d 782, 245 N.J.Super. 39 (1990).

N.Y. v. Callace, (1991) 151 Misc. 2d 464 (Co. Ct.).

N.Y. v. Dabbs, (1991) 154 Misc. 2d 671 (Sup. Ct.).

People v. Axell, No. CR-23911 (Ventura super. Ct.).

People v. Bailey, 140 Misc. 2d 306, 533 N.Y.S. 2d 643 (County Ct. 1988).

People v. Castro, Supreme Court of the State of New York, Country of Bronx, 14 august 1989 (Unreported).

People v. Gonzalez, N.Y.L.J. Aug. 18, 1989, at 22, col. 2 (County 1989).

People v. Huang, 546 N.Y.S.2d 920 (Ct. 1989).

People v. Kelly, 17 Cal. (3d) 24 (1976).

People v. Wesley, 140 Misc. 2d 306, 533 N.Y.S. 2d 643 (Co. Ct. 1988).

Purificati v. Paricos, 154 A.D.2d 360, 545 N.Y.S.ad 837 (1989).

Reynen c. Antonenko, (1975) 20 C.C.C. (2d) 342.

S.S. v. E.S., 590 A.2d 1180, 124 N.J. 391 (1991).

Scott c. The Queen, (1975) , 24 C.C.C. (2D) 261.

Spaeth v. Warren, (1991) 478 N.W.2d 319.

Spence c. State, 795 S.W.2d 743 (1990).

Spencer v. Commonweath, 238 Va 563, 385 S.E.2d 850 (1989), cert denied, 110 S. Ct 759 (1990).

State c. Cobb, 243 S.E.2d 759 (1978).

State ex rel. Goodno v. Cobb, Ala.Civ. App., 567 So.2d 376 (1990).

State of Maryland v. Cobey, 80 M.D. App. 31, 559 (1989).

State of New York v. Castro, 545 N.Y.S. (2d) 986 (1989).

State v. Dascenzo, No. 88-CR-1057 (Montgomery County Ct. July 23, 1988).

State v. Ford, no.88-65-2245(georgetown, S.C.Apr 1988).

State v. Jones, N° 87-1695-CF-M (Putman County, Fla, Mar 1988.)

State v. Martinez, 549 So 2d 694 (Fla dist. ct. App. 1989).

State v. McCarthy, No. 87CRS5081 (Duplin County Ct. , Mar.1988).

State v. Pennel, N° IN-88-12-0051 (De. Super. Ct. sept. 25 1989).

State v. Pioletti, No. 87-2017 (Wichita, Kan. May 9, 1988).

State v. Reynolds, 6 Va. App. 157, 367 S.E. 2d 176 (1988).

State v. Schwartz, 447 N.W. 2d 422 (Minn.1989).

State v. Woodal, 385 S.E. 2d 253 (W. Va. 1989).

United State v. Weir, 657 F.2d 1005 (1981).

United States v. Brown, 557 F, 2d 541 (6th Cir.1977).

United States v. jakobetz F. Supp.250 (D. Vt. 1990).

Yorke v. State, 331 Md. 386, 535 A.2d 465 (1988) retrial denied , 315 Md. 578, 556 A.2d 230 (1989).

France

Civ. 1re, 29 juin 1965, *D.* 1966. 20, note Rouast; *Rev. trim. dr. civ.* 1966. 20.

Civ. 1re, 2 avr. 1968, *D.* 1968. 705, note Rouast.

Civ. 1re, 18 mars 1981, *Bull. civ. I*, no 94.

Civ. 1re, 21 juill. 1987, *Bull. civ. I*, no 245.

Civ. 1re, 18 oct. 1989, *D.* 1990. 145, note Bénabent.

Civ. 1re, 14 févr. 1990, *Bull. civ. I*, no 46.

D. 1982 IR. 254, obs. Huet-Weiller.

Defrénois 1990. 690, obs. Massip.

J.C.P. 1969. II. 15785, note Mourgeon.

Paris, 24 nov. 1981, *D.* 1982. 355, note Massip.

TGI Paris, 24 janv. 1983, *D.* 1983. IR. 327 (1re esp.), obs. Huet-Weiller.

Belgique

Bruxelles (9e ch.), 31 octobre 1991.

Liège (1ère ch.), 19 décembre 1989.

Tribunal civil de Liège, 17 avril 1989, *Journal des procès*, n° 158, 20 octobre 1989, 32.

Grande-Bretagne

Gillick v West Norfolk and Wisbech Health Authority, [1986] AC 112, [1985] 1 All ER 533.

Hodgkiss v. Hodgkiss and Walker, [1984] FLR 563.

In re FS (A Minor), [1981] Fam. 22.

Re F (A Minor) (Wardship), [1988] 1 FLR 65.

S. v. S., [1972] A.C. 24.

Autres documents

Canada

CANADA, MINISTÈRE DE LA JUSTICE *opinion juridique sur la constitutionnalité du prélèvement d'échantillons d'empreintes juridiques sur des personnes inculpées*, opinions rédigées par les Honorables juges : Martin R. Taylor, Claude Bisson et Charles L. Dublin, à la demande du Ministère de la Justice, mai 1998 [non publié].

CANADA, MINISTÈRE DE LA JUSTICE, *Collecte de preuve et entreposage des preuves médico-légales à caractère génétique — Document de consultation*, Ottawa, septembre 1994.

CANADA, PARLEMENT, CHAMBRE DES COMMUNES (1995), *Débats des communes*, vol. 133, no 124, 1ère session, 35e législature, 22 juin 1995, pp. 14489-14497.

CANADA, PARLEMENT, CHAMBRE DES COMMUNES (1998), *Débats des communes*, vol. 135, no 115, 1ère session, 36e législature, 4 juin 1998, pp. 7616-7621.

CANADA, PARLEMENT, CHAMBRE DES COMMUNES (1998), *Débats des communes*, vol. 135, no 098, 1ère session, 36e législature, 4 mai 1998, pp. 6450-6465.

CANADA, PARLEMENT, SÉNAT (1995), *Débats du Sénat*, 27 juin 1995, 1ère session, 35e législature, pp. 1949-1951.

CANADA, PARLEMENT, SÉNAT (1995), *Débats du Sénat*, 11 juillet 1995, 1ère session, 35e législature, p. 1995.

CANADA, PARLEMENT, SÉNAT (1995), *Délibérations du comité permanent des affaires juridiques et constitutionnelles*, 11 juillet 1995, 1ère session 35e législature, Fascicule no 49, pp. 49:7-49:66.

CANADA, SOLLICITEUR GÉNÉRAL, *Une banque nationale de données génétiques - Document de consultation*, Ministère des Approvisionnements et Services Canada, Ottawa, 1996.

CANADA, SOLLICITEUR GÉNÉRAL, *Une banque nationale de données génétiques - sommaire des consultations sur le Projet de loi C-94*, Ministère des Approvisionnements et Services Canada, Ottawa, 1997.

GROUPE DE TRAVAIL CHARGÉ D'EXAMINER LES PRATIQUES EN MATIÈRES D'ENQUÊTES CRIMINELLES AU SEIN DES CORPS DE POLICE DU QUÉBEC, *Les pratiques en matière d'enquêtes criminelles au sein des corps de police du Québec*, Rapport final déposé au ministre de la Sécurité publique Monsieur Robert Perreault, novembre 1996, ci-désigné sous le nom de Rapport Bellemarre.

France

COMITÉ CONSULTATIF NATIONAL D'ÉTHIQUE POUR LES SCIENCES DE LA VIE ET DE LA SANTÉ, *Avis relatif À l'Application des tests génétiques aux études individuelles, études familiales et études de populations (problème des «banques d'ADN, des «banques de cellules et de l'informatisation des données)», (24 juin 1991) 7 Médecine/Sciences 842.*

COMITÉ CONSULTATIF NATIONAL D'ÉTHIQUE POUR LES SCIENCES DE LA VIE ET DE LA SANTÉ, *Avis relatif à la diffusion des techniques d'identification par analyse de l'ADN (technique des empreintes génétiques, Paris, 15 décembre 1989.*

Danemark

DANISH BOARD OF TECHNOLOGY, *Final Report of the Consensus Conference on the Application of Knowledge Gained from Mapping the Human Genome*, November 1-3, 1989.

Documents internationaux

ASSEMBLÉE GÉNÉRALE DES NATIONS UNIES, *Convention internationale relative aux droits de l'enfant*, Résolution A/44/25, adoptée le 20 décembre 1989.

CONSEIL DE L'EUROPE, *Convention pour la protection des Droits de l'Homme et de la dignité de l'être humain à l'égard des applications de la biologie et de la médecine : Convention sur les Droits de l'Homme et de la biomédecine*, Oviedo, 4 juillet 1997.

CONSEIL DE L'EUROPE, *Recommandation No R(92(1) du comité des ministres au États membres sur l'utilisation des analyses de l'Acide désoxyribonucléique(ADN) dans le cadres du système de justice pénale*, Strasbourg.

COUNCIL FOR INTERNATIONAL ORGANIZATIONS OF MEDICAL SCIENCES (CIOMS), *International Guidelines for Ethical Review of Epidemiological Studies*, Genève, 1991.

Table de législation

Canada

Textes constitutionnels

Charte canadienne des droits et libertés, Partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982* [annexe B de la *Loi de 1982 sur le Canada* (1982) R.U., c. 11)].

Loi constitutionnelle de 1867, 30-31 Vict., R.U., c. 3 .

Loi constitutionnelle de 1982, annexe B de la Loi de 1982 sur le Canada, 1982, R-U., c. 11.

Textes fédéraux

Code criminel, L.R.C., 1985, ch. C-46, art. 487.05 [aj. 1995, ch. 27, art. 1].

Loi d'interprétation, L.R.C., 1985, C. I-21.

Loi sur l'identification des criminels, L.R.C., 1985, c. I-1.

Loi sur la preuve au Canada, L.R.C., 1985, c. C-5.

Loi sur les jeunes contrevenants, L.R.C., 1985, ch. Y-1.

Projet de loi C-331, *Loi modifiant le Code criminel (prélèvements d'échantillon de substance corporelle)* 1ère session, 35e législature.

Projet de loi C-104, *Loi modifiant le Code criminel et la Loi sur les jeunes contrevenants (analyse génétique à des fins médico-légales)*, 1ère session, 35e législature.

Projet de loi C-94, *Loi concernant l'identification par les empreintes génétiques et modifiant le Code criminel et d'autres lois en conséquence*, 2ème session, 35e législature.

Projet de loi C-3, *Loi concernant l'identification par les empreintes génétiques et modifiant le Code criminel et d'autres lois en conséquence*, 1ère session, 36e législature.

Textes provinciaux

Charte des droits et libertés de la personne, L.R.Q. c. C-12.

Child and Family Services and Family Relations Act, R.S.N.B. 1980, c. C-2.1.

Child Status Act, R.S.P.E.I. 1988, c. C-6.

Children's Act, R.S.Y. 1986, c. 22, art. 15.

Children's Law Act, R.S.N. 1990, c. C-13.

Children's Law Act, S.S. 1990, c. C-8.1.

Children's Law Reform Act, R.S.O. 1990, c. C.12.

Code civil du Québec, L.Q. 1991, c.64.

Code de procédure civile du Québec

Family and Domestic Relations Statutes Amendment Act, S.A. 1991, c.11.

Family Maintenance Act, R.S.M. 1987, c. F-20.

Family Maintenance Act, R.S.N.S. 1989, c. 160.

Loi médicale, L.R.Q., c. M-9.

Parentage and Maintenance Act, S.A. 1990, c. P-0.7.

Provincial Court (Family) Rules, (1993) (C.B.).

États-Unis

13 Delaware Code.

19 Maine R.S.A.

Alabama Code.

Arkansas Code Ann.

California Penal Code, 1991.

Connecticut Gen. Stat. Ann.

DNA Identification Act, 1994, 42 U.S.C.

Georgia Code Ann.

Hawaii Rev. Stat.

Indiana Code Ann.

Kansas S.A.

Kansas Stat. Ann.

Louisiana Civil Code.

Louisiana Revised Statute.

Maine, R. S. A.

Michigan Comp. Stat. Ann.

Minnesota Stat. Ann.

Mississippi Code, 1972.

Montana, Code Ann.

Nevada R.S.

New Hampshire RSA. New Jersey S.A.

New Jersey S.A.

New Mexico, Stat. Ann.

North Dakota C.C.

Ohio, R.C.

Rhode Island, Gen. Laws.

Status of Children Act, 1978, No.30.

The Genetic Privacy Act, 1995.

Utah C.A., 1953.

V.A.Missouri S.

West's Ann. California, Civil Code.

West's Colorado R. S. A..

West's RC Washington A

Wyoming S.

France

Loi no 94-653 du 29 juillet relative au respect du corps humain, J.O. 30 juillet 1995.

Code civil.

Code pénal.

Loi no 78-17 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés (J.O. 7 et rect. 25 janvier 1978).

Grande-Bretagne

Blood Tests (Evidence of Paternity) Amendment Regulations, 1971 (S.I. 1971/1861) tel qu'amendé par (S.I. 1989/776).

Criminal Justice and Public Order Act 1994, R.-U., 1994, ch.33, art.35.

Family Law Reform Act, 1987.

Family Law Reform Act, 1969.

Magistrates' Courts (Blood Tests) Rules, 1971 (S.I. 1971/1991).

Police and Criminal Evidence act 1984, R.-U., 1984, ch. 60.

The Human Organ Transplants (Establishment of Relationship) Regulations (SI 1989/2107).

Belgique

Proposition de Loi relative à la procédure d'identification par analyses génétiques dans la cadre de la justice pénale, Chambre des représentants de la Belgique, session ordinaire 1998-1999, 18 février 1999, no 1047/6-96/97.

Code civil belge