

Terrence Wayne Burlingham *Appellant*

v.

Her Majesty The Queen *Respondent*

INDEXED AS: R. v. BURLINGHAM

File No.: 23966.

1994: November 9; 1995: May 18.

Present: La Forest, L'Heureux-Dubé, Sopinka, Gonthier, Cory, Iacobucci and Major JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR
BRITISH COLUMBIA

Constitutional law — Charter of Rights — Right to counsel — Plea bargaining — Interrogation continuing despite assertion of right to lawyer — Plea bargain made in absence of lawyer — Deal involving accused's telling police where murder occurred and where to find murder weapon — Deal significantly affecting rights and ultimately misunderstood by accused — Police leaving accused with understanding that he would be charged with second-degree murder with right to plead not guilty — Crown's offer requiring accused to plead guilty to second-degree murder — Accused telling third party of what he had told police — Murder weapon admitted as real evidence and third party testifying as to what accused told her — Whether breach of right to counsel — If so, whether gun, evidence of third party and other derivative evidence should be excluded — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 10(b), 24(2).

Criminal law — Powers of court of appeal — Evidence obtained in breach of constitutional right admitted at trial — If wrongly admitted, whether curative provisions of Criminal Code applicable — Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, s. 686(1)(b)(iii).

The appellant, who had been charged with one murder and was suspected in a second, was subjected to an intensive and often manipulative interrogation by the police. He was systematically questioned notwithstanding his stating repeatedly that he would not speak unless he could consult with his lawyer. The police interro-

Terrence Wayne Burlingham *Appellant*

c.

Sa Majesté la Reine *Intimée*

RÉPERTORIÉ: R. c. BURLINGHAM

Nº du greffe: 23966.

1994: 9 novembre; 1995: 18 mai.

Présents: Les juges La Forest, L'Heureux-Dubé, Sopinka, Gonthier, Cory, Iacobucci et Major.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DE LA COLOMBIE-BRITANNIQUE

Droit constitutionnel — Charte des droits — Droit à l'assistance d'un avocat — Négociation d'un plaidoyer — Interrogatoire poursuivi malgré une revendication du droit à l'assistance d'un avocat — Négociation d'un plaidoyer en l'absence de l'avocat — Suivant l'offre, l'accusé devait indiquer à la police l'endroit où le meurtre avait été commis et où se trouvait l'arme du crime — Offre compromettant sérieusement des droits et finalement mal interprétée par l'accusé — Police laissant croire à l'accusé qu'il serait inculpé de meurtre au deuxième degré et pourrait plaider non coupable — Suivant l'offre du ministère public, l'accusé devait plaider coupable à une accusation de meurtre au deuxième degré — Accusé racontant à une tierce personne ce qu'il avait dit à la police — Arme du crime admise à titre de preuve matérielle et tierce personne témoignant quant à ce que l'accusé lui a raconté — Y a-t-il eu atteinte au droit à l'assistance d'un avocat? — Dans l'affirmative, y a-t-il lieu d'exclure l'arme à feu, le témoignage de la tierce personne et les autres éléments de preuve dérivée? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 10b), 24(2).

Droit criminel — Pouvoirs d'une cour d'appel — Admission au procès d'une preuve obtenue en violation d'un droit constitutionnel — Si cette preuve a été admise à tort, les dispositions réparatrices du Code criminel sont-elles applicables? — Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 686(1)b)(iii).

Accusé d'avoir commis un meurtre et soupçonné d'en avoir commis un deuxième, l'appelant a été soumis à un interrogatoire policier serré et souvent manipulateur. Il a été interrogé systématiquement bien qu'il ait déclaré à maintes reprises qu'il ne parlerait pas avant d'avoir pu consulter son avocat. Les policiers qui l'interrogeaient

gators also constantly denigrated the integrity of defence counsel.

The police offered the appellant a "deal": he would be charged with second degree murder if he provided the police with the location of the gun and other ancillary information related to that murder. When the appellant refused to accept the "deal" without consulting his lawyer, the officers continued to badger him about the reliability of his lawyer and informed him this "one-time" chance would be kept open only for the weekend — the period when appellant's counsel was unavailable. The appellant eventually agreed, despite his being advised by another lawyer not to talk to the police, and fulfilled his part of the deal by giving police a full confession, bringing them to the murder site, and telling them where the murder weapon had been thrown. The appellant recounted the events of the day and the information he had given to the police to his girlfriend.

A misunderstanding arose as to the deal. The appellant understood that he would be allowed to plead not guilty to a charge of second degree murder whereas the Crown insisted that he would have to plead guilty to that charge. The trial judge found as a fact that the police officers had made an honest mistake.

The appellant was charged with first degree murder. At trial, the Crown sought to introduce all of the evidence obtained while the appellant had been under the misunderstanding that he was participating in a valid agreement. The trial judge found that appellant's right to counsel (s. 10(b) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*) had been breached and held that appellant's confession, his disclosure of the location of the weapon and his directions and gestures to the police were inadmissible. He admitted the fact of finding the gun, the actual gun, testimony of a witness, testimony identifying the gun and the testimony of his girlfriend regarding the statements appellant made to her. The appellant was convicted of the first degree murder and the Court of Appeal affirmed that decision. At issue here is whether or not appellant was denied his right to counsel guaranteed by s. 10(b) of the *Charter*, and if so, what was the just and appropriate remedy under s. 24(2) of the *Charter*.

Held (L'Heureux-Dubé J. dissenting in part): The appeal should be allowed.

ont aussi constamment dénigré l'intégrité de l'avocat de la défense.

Les policiers ont offert à l'appelant de conclure un marché: il serait accusé de meurtre au deuxième degré s'il acceptait d'indiquer à la police l'endroit où se trouvait l'arme à feu, et de donner des renseignements accessoires sur le meurtre. Face au refus de l'appelant de conclure ce marché sans consulter son avocat, les policiers ont continué à le harceler au sujet de la fiabilité de son avocat et l'ont informé que cette «chance unique» tiendrait pour le week-end seulement, soit le délai pendant lequel l'avocat de l'appelant ne serait pas libre. L'appelant a finalement accepté en dépit du fait qu'un autre avocat lui avait conseillé de ne rien dire aux policiers, et a respecté sa part du marché en faisant des aveux complets aux policiers, en les amenant sur les lieux du meurtre et en leur disant où l'arme du crime avait été jetée. L'appelant a raconté à son amie les événements de la journée et les renseignements qu'il avait donnés à la police.

Un malentendu est survenu quant au marché. L'appelant avait compris qu'il serait autorisé à plaider non coupable à une accusation de meurtre au deuxième degré alors que le ministère public soutenait qu'il devrait plaider coupable à cette accusation. Le juge du procès a tiré la conclusion de fait que les policiers avaient commis une erreur honnête.

L'appelant a été accusé de meurtre au premier degré. Au procès, le ministère public a tenté de produire tous les éléments de preuve obtenus au moment où l'appelant croyait à tort qu'il était partie à une entente valide. Le juge du procès a conclu que le droit de l'appelant à l'assistance d'un avocat (al. 10b) de la *Charte canadienne des droits et libertés*) avait été violé et que la confession de l'appelant, sa divulgation de l'endroit où se trouvait l'arme, de même que les directives qu'il avait données aux policiers et les signes qu'il leur avait faits étaient inadmissibles. Il a admis en preuve le fait que l'arme à feu avait été trouvée, l'arme à feu elle-même, la déposition d'un témoin, le témoignage identifiant l'arme à feu et le témoignage de l'amie de l'appelant concernant les déclarations que ce dernier lui avait faites. L'appelant a été déclaré coupable de meurtre au premier degré et la Cour d'appel a confirmé cette décision. Il s'agit de savoir s'il y a eu négation du droit à l'assistance d'un avocat, que garantissait à l'appelant l'al. 10b) de la *Charte*, et, dans l'affirmative, quelle était la réparation convenable et juste au sens du par. 24(2) de la *Charte*.

Arrêt (le juge L'Heureux-Dubé est dissidente en partie): Le pourvoi est accueilli.

Per La Forest, Sopinka, Cory, Iacobucci and Major JJ.: The "deal" fundamentally changed the prosecution to involve a different offence and so brought the accused's right to counsel under s. 10(b) of the *Charter* into play. This right was denied in several ways. First, the police refused to hold off and continued to question him despite his repeated statements that he would say nothing without consulting his lawyer. Second, s. 10(b) specifically prohibits the police from belittling an accused's lawyer with the express goal or effect of undermining the accused's relationship with defence counsel. Third, the police acted improperly when they pressured the accused to accept the "deal" without first giving him the chance to consult his lawyer. Their duties were not discharged, given the seriousness of the offence and the context of general trickery, when they allowed the accused to consult a random lawyer.

Les juges La Forest, Sopinka, Cory, Iacobucci et Major: Le marché a changé radicalement l'orientation de la poursuite de sorte qu'elle visait une infraction différente, faisant ainsi intervenir le droit à l'assistance d'un avocat, que garantissait à l'accusé l'al. 10b) de la *Charte*. Ce droit a été nié de plusieurs façons. Premièrement, les policiers ont refusé d'attendre et ont interrogé l'appelant sans relâche bien qu'il ait indiqué, à maintes reprises, qu'il ne dirait rien sans avoir consulté son avocat. Deuxièmement, l'al. 10b) interdit expressément aux policiers de dénigrer l'avocat d'un accusé dans le but ou avec comme résultat exprès de miner la relation de l'accusé avec son avocat. Troisièmement, les policiers ont agi de façon répréhensible lorsqu'ils ont fait pression sur l'accusé pour qu'il accepte leur offre sans lui avoir préalablement donné la possibilité de consulter son avocat. Compte tenu de la gravité de l'infraction et de la supercherie généralisée auquel on a eu recours, ils ne se sont pas acquittés de leurs obligations en permettant à l'accusé d'appeler un avocat au hasard.

Section 10(b) mandates the Crown or police, whenever offering a plea bargain, to tender that offer either to the accused's counsel or to the accused while in the presence of his or her counsel, unless the accused has expressly waived the right to counsel. It is a constitutional infringement to place such an offer directly to an accused, especially when the police coercively leave it open only for the short period of time during which they know defence counsel to be unavailable. Mere expediency or efficiency or the facilitating of the investigatory process was not enough to create an urgency sufficient to permit a s. 10(b) breach. To the extent that the plea bargain is an integral element of the Canadian criminal process, the Crown and its officers engaged in the plea bargaining process must act honourably and forthrightly.

These proceedings should not be stayed; stays should only be limited to the "clearest of cases".

Evidence obtained in a manner that infringes an accused's *Charter* rights, should be excluded under s. 24(2) if, having regard to all of the circumstances, its admission would bring the administration of justice into disrepute. Under the test in *R. v. Collins*, three categories of factors are to be considered: (1) those affecting the fairness of the trial; (2) those relating to the seriousness of the violation; and, (3) those relating to the effect on the reputation of the administration of justice of excluding the evidence. The impact of the evidence on

L'alinéa 10b) exige que le ministère public ou les policiers qui font une offre de négocier un plaidoyer soumettent cette offre soit à l'avocat de l'accusé, soit à l'accusé lui-même en présence de son avocat, à moins que l'accusé n'ait expressément renoncé à son droit à l'assistance d'un avocat. Il est inconstitutionnel de faire une telle offre directement à un accusé, particulièrement lorsque la police, dans le but de forcer la main de l'accusé, ne la maintient que pour le bref laps de temps pendant lequel elle sait que l'avocat de la défense ne sera pas disponible. Les simples motifs de commodité ou d'efficacité ou le fait de faciliter l'enquête ne suffisent pas à créer une urgence suffisante pour justifier une violation de l'al. 10b). Dans la mesure où la négociation d'un plaidoyer fait partie intégrante du processus criminel canadien, le ministère public et ses représentants qui prennent part au processus de négociation doivent agir honorablement et avec franchise.

Il n'y a pas lieu d'arrêter les présentes procédures; les arrêts de procédures ne devraient être ordonnés que dans les «cas les plus manifestes».

Aux termes du par. 24(2), les éléments de preuve obtenus dans des conditions qui portent atteinte aux droits garantis à un accusé par la *Charte* devraient être écartés si, eu égard aux circonstances, leur utilisation est susceptible de déconsidérer l'administration de la justice. Suivant le critère de l'arrêt *R. c. Collins*, trois catégories de facteurs doivent être examinés: (1) ceux qui portent atteinte à l'équité du procès, (2) ceux qui ont trait à la gravité de la violation, et (3) ceux qui se rapportent à l'effet de l'exclusion de la preuve sur la consi-

the fairness of the trial was determined to be the most important consideration in triggering the *Charter's* exclusionary effect.

Self-incriminatory evidence obtained as a result of a *Charter* breach will generally go to the fairness of the trial and should generally be excluded. Trial unfairness strikes at the heart of the reputation of the administration of justice. That the evidence is classified as either real or conscriptive should not be of itself determinative.

Consideration of what evidence should be excluded should begin with that evidence most proximate to the *Charter* breach and then work towards evidence arising more remotely from it. More remote evidence might not be admitted if its admission would have the same effect as admitting the proximate evidence. Here, the contested evidence most proximate to the breach was the finding of the gun because the gun would not have been found but for the unconstitutional behaviour of the police. Appellant's statement voluntarily made to his girlfriend about directing the police to the location of the gun too was derivative evidence flowing from his confused state of mind stemming from the s. 10(b) violations and the critical decisions made in the absence of counsel. It was not mere windfall evidence for the Crown. Nothing would have been said had appellant not been improperly conscripted by the police to provide evidence against himself.

Evidence lying in close proximity with the *Charter* breach is excluded because it detracts from the integrity of the trial and thereby infringes both the principles of fairness and of reliability. Here, the Crown sought to introduce the statement at trial precisely because doing so allowed it to do indirectly what the trial judge had ruled it could not do directly: introduce evidence that the appellant knew where the gun was hidden. Excluding the gun while including the statements effectively eviscerates the *Charter* of most of its protective value to the accused in this case.

Where the impugned evidence flows from a violation of the s. 10(b) right to counsel, the Crown must demonstrate on a balance of probabilities that, regarding the unfairness of the trial component of the test under s.

dération dont jouit l'administration de la justice. L'effet de la preuve sur l'équité du procès a été jugé comme étant le facteur le plus important pour ce qui est de déclencher l'effet d'exclusion prévu par la *Charte*.

La preuve auto-incriminante obtenue à la suite d'une violation de la *Charte* compromettra généralement l'équité du procès et devrait généralement être écartée. L'iniquité du procès touche au cœur même de la considération dont jouit l'administration de la justice. Le fait de qualifier la preuve de preuve matérielle ou de preuve obtenue en mobilisant l'accusé contre lui-même ne devrait pas être déterminant en soi.

Pour déterminer quels éléments de preuve devraient être écartés, il convient de considérer d'abord les éléments de preuve ayant le lien le plus étroit avec la violation de la *Charte*, pour en venir aux éléments de preuve qui ont un lien moins direct avec celle-ci. Il se pourrait que la preuve qui a un lien moins direct avec la violation soit écartée dans le cas où son utilisation aurait le même effet que l'utilisation de la preuve qui a un lien étroit avec la violation. En l'espèce, la preuve contestée qui découle le plus directement de la violation est la découverte de l'arme à feu car cette arme n'aurait jamais été découverte n'eût été le comportement inconstitutionnel des policiers. La déclaration volontaire de l'appelant à son amie voulant qu'il ait guidé la police vers l'endroit où se trouvait l'arme à feu est également une preuve dérivée découlant de la confusion que les violations de l'al. 10b avaient engendrée dans son esprit et des décisions cruciales qu'il avait prises en l'absence de son avocat. Il ne s'agissait pas d'une simple aubaine pour le ministère public. L'appelant n'aurait rien dit si la police ne l'avait pas irrégulièrement mobilisé pour qu'il fournit une preuve contre lui-même.

Si les éléments de preuve qui ont un lien étroit avec la violation de la *Charte* sont écartés, c'est parce qu'ils portent atteinte à l'intégrité du procès, violant ainsi les principes de l'équité et de la fiabilité. En l'espèce, le ministère public a tenté de produire la déclaration au procès précisément parce qu'elle lui permettait de faire indirectement ce que le juge du procès lui avait interdit de faire directement: produire la preuve que l'appelant savait où était cachée l'arme à feu. Exclure cette arme tout en admettant les déclarations dépourvues effectivement la *Charte* de la plus grande partie de sa valeur protectrice à l'égard de l'accusé dans la présente affaire.

Dans les cas où les éléments de preuve contestés ont été obtenus par suite d'une violation du droit de consulter un avocat, garanti à l'al. 10b), le ministère public doit démontrer, selon la prépondérance des probabilités,

24(2), the accused would not have consulted counsel even if properly advised. The Crown did not meet this burden here.

Given the serious nature of the *Charter* breach, the admission of the impugned evidence would bring the administration of justice into disrepute. The violation was wilful and flagrant and there was no element of urgency. The effect of excluding the evidence on the reputation of the administration of justice will be incidental and far outweighed by the negative consequences that would follow were this unconstitutional evidence to be included. The fact that the impugned evidence played only a minor role in the trial was irrelevant to a s. 24(2) analysis. The effect of evidence at the trial may be relevant in a consideration of the effects of excluding the evidence on the reputation of the administration of justice but no framework has been established to consider the effect of including the evidence. Such a framework should not be created here.

Section 686(1)(b)(iii) of the *Criminal Code* (the curative provision) should not be applied here because the admission of unconstitutionally obtained evidence at trial amounted to a "substantial wrong". There was a reasonable possibility that the impugned evidence could have weighed significantly in the conviction.

Per Sopinka, Cory, Iacobucci and Major JJ.: The reasons and conclusion of Iacobucci J. were agreed with. These reasons address L'Heureux-Dubé J.'s point that this Court has departed from *R. v. Collins* in favour of a rule of automatic exclusion.

Differing opinions exist among both commentators and the public as to the appropriate approach to the exclusion of evidence under s. 24(2) of the *Charter*. With respect to the suggestion that this Court is out of step with public opinion, individual rights are not to be submitted to an adjudication by the majority. Furthermore, there is no accurate assessment of public opinion. The test with respect to what could bring the administration of justice into disrepute is grounded in longer term community values rather than the public passion of the moment. These values are to be assessed in terms of the views of the hypothetical, reasonable, well-informed and dispassionate person in the community.

This Court's s. 24(2) jurisprudence, subsequent to *Collins*, has generally evolved with due respect for *stare*

qu'en ce qui concerne le volet «iniquité du procès» du critère applicable à un examen fondé sur le par. 24(2), l'accusé n'aurait pas consulté l'avocat même s'il avait été bien informé de son droit de le faire. Le ministère public ne s'est pas acquitté de ce fardeau dans la présente affaire.

Étant donné la gravité de la violation de la *Charte*, l'utilisation de la preuve contestée déconsidérerait l'administration de la justice. La violation était volontaire et flagrante, et il n'y avait aucune urgence. L'effet de l'exclusion de la preuve sur la considération dont jouit l'administration de la justice sera secondaire et beaucoup moins grave que les conséquences négatives qu'entraînerait l'utilisation de cette preuve inconstitutionnelle. Le fait que la preuve contestée n'a joué qu'un rôle mineur au procès ne revêt aucune importance relativement à une analyse fondée sur le par. 24(2). Bien que l'effet de la preuve au procès puisse être pertinent pour ce qui est d'examiner les effets de l'exclusion de la preuve sur la considération dont jouit l'administration de la justice, aucun cadre n'a été établi qui permette d'examiner l'incidence de l'admission de la preuve. Il n'y a pas lieu ici de créer un tel cadre.

Le sous-alinéa 686(1)b)(iii) du *Code criminel* (la disposition réparatrice) ne devrait pas être appliquée en l'espèce puisque l'utilisation au procès de la preuve obtenue inconstitutionnellement a causé un «tort important». Il était raisonnablement possible que la preuve contestée ait pesé lourd dans la déclaration de culpabilité.

Les juges Sopinka, Cory, Iacobucci et Major: Les motifs et la conclusion du juge Iacobucci sont acceptés. L'argument du juge L'Heureux-Dubé, selon lequel notre Cour s'est écartée de l'arrêt *R. c. Collins* en faveur d'une règle d'exclusion automatique, est traité.

Les auteurs et le public diffèrent d'opinions sur la façon d'envisager l'exclusion de la preuve en vertu du par. 24(2) de la *Charte*. Quant à l'idée qu'il y a décalage entre notre Cour et l'opinion publique, les droits individuels ne doivent pas être assujettis à la décision de la majorité. De plus, il n'existe aucune évaluation juste de l'opinion publique. Le critère relatif à ce qui est susceptible de déconsidérer l'administration de la justice repose sur des valeurs de la société qui sont plus durables que la passion publique du moment. Ces valeurs doivent être évaluées par rapport aux opinions de l'hypothétique personne raisonnable, objective et bien informée.

Après l'arrêt *Collins*, la jurisprudence de notre Cour relative au par. 24(2) a généralement évolué dans le res-

decisis but also with due regard for the fact that as an early comprehensive statement of principles, it did not purport to be exhaustive or immutable. The key words in that judgment, "conscripted against himself through a confession or other evidence emanating from him", necessitated further definition in subsequent cases. Whether it was ever so intended, it soon became apparent that real evidence and evidence emanating from the accused were not mutually exclusive categories. It is unfair for the Crown to make out its case in whole or in part by the use of evidence that it obtained in breach of the rights of the accused and involving his or her participation. The participation of the accused in providing incriminating evidence involving a breach of *Charter* rights is the ingredient that tends to render the trial unfair as he or she is not under any obligation to assist the Crown to secure a conviction. Serious breaches of the *Charter* which do not involve the participation of the accused may result in the exclusion of the evidence under the second branch of the *Collins* test.

The application of the Reliability and the Fairness Principles as suggested L'Heureux-Dubé J. does not constitute a return to *Collins*. Nowhere in *Collins* is the fairness of the trial equated with the reliability of the evidence. The description used in *Collins* as to the kind of evidence that could render a trial unfair was "a confession or other evidence emanating from him". Even the admissibility of a "confession" is not determined solely on the basis of reliability. Prior to the *Charter* and at common law, reliability ceased to be the exclusive basis for excluding confessions. The fairness of the trial was also a factor in the exclusion of involuntary confessions. The reliability principle would, therefore, impose a more restrictive exclusionary rule than that which existed at common law. Its preoccupation with the probative value of the evidence would also appear to be a close relative of the rule in *R. v. Wray*. This case was widely criticized, has not been followed by this Court and was not the basis for the exclusionary power adopted by the *Charter* in s. 24(2).

The first branch of the *Collins* test cannot be accurately characterized as an automatic rule of exclusion with respect to all self-incriminating evidence. While a finding that admission of illegally obtained evidence would render the trial unfair will result in exclusion, the court must first conclude that "in all the circumstances" the admission of the evidence would render the trial unfair.

pect du *stare decisis* tout en tenant bien compte du fait que ce premier énoncé général de principes n'était pas censé être exhaustif ou immuable. Les mots clés dans cet arrêt, «conscrit contre lui-même au moyen d'une confession ou d'autres preuves émanant de lui», commandaient plus ample définition dans des affaires subséquentes. Que cela ait été voulu ou non, il est rapidement ressorti que la preuve matérielle et la preuve émanant de l'accusé n'étaient pas mutuellement exclusives. Il est injuste que le ministère public présente une partie ou la totalité de sa preuve au moyen d'éléments de preuve obtenus en violation des droits de l'accusé et exigeant sa participation. La participation de l'accusé qui fournit une preuve incriminante dans le contexte d'une violation de ses droits en vertu de la *Charte* est l'ingrédient qui tend à rendre le procès inéquitable puisque l'accusé n'a aucune obligation d'aider le ministère public à obtenir une déclaration de culpabilité. Les graves violations de la *Charte* qui n'impliquent aucune participation de l'accusé peuvent entraîner l'exclusion de la preuve sous le second volet du critère énoncé dans *Collins*.

L'application des principes de la fiabilité et de l'équité, comme le suggère le juge L'Heureux-Dubé, ne constitue pas un retour à l'arrêt *Collins*. Nulle part dans *Collins* l'équité du procès n'est associée à la fiabilité de la preuve. La description dans *Collins* de la catégorie de preuve qui pourrait rendre le procès inéquitable était «une confession ou d'autres preuves émanant de [l'accusé]». Même l'admissibilité d'une «confession» n'est pas déterminée uniquement en fonction de sa fiabilité. Avant l'avènement de la *Charte*, et en common law, la fiabilité a cessé d'être l'unique motif d'exclusion des confessions. L'équité du procès jouait également dans l'exclusion de confessions faites involontairement. Le principe de la fiabilité imposerait par conséquent une règle d'exclusion plus stricte que celle qui existait en common law. Le fait que ce principe soit axé sur la valeur probante de la preuve l'apparenterait également à la règle énoncée dans *R. c. Wray*. Cet arrêt, fort critiqué, n'a pas été suivi par notre Cour et n'est pas à l'origine de l'adoption du pouvoir d'exclusion prévu au par. 24(2) de la *Charte*.

Il est inexact de qualifier le premier volet du critère énoncé dans *Collins* de règle d'exclusion automatique relativement à tous les éléments de preuve auto-incriminants. Si la conclusion que l'utilisation d'éléments de preuve obtenus illégalement rendrait le procès inéquitable entraîne l'exclusion, la cour doit d'abord conclure qu'«eu égard aux circonstances» l'utilisation des éléments de preuve rendrait le procès inéquitable.

The discoverability or "but for" test can be traced to *Collins*. While the Court has not decided the extent to which discoverability is relevant in all aspects of the *Collins* test, it has been applied to admit as well as to exclude evidence. The distinction made in *Collins* between real evidence and evidence emanating from the accused was based, at least in part, on the rationale that real evidence (or things) can be discovered without the participation of the accused. They pre-existed the state action which is called into question, and were there to be discovered by investigative means not involving the accused. Where this distinction is blurred, discoverability has been used to place the evidence in one or other of these two categories. If the evidence was discoverable without the participation of the accused, then it has the attributes of real evidence. Conversely, evidence that clearly emanates from the accused such as statements has not been subjected to the discoverability analysis.

The distinction between real and conscriptive evidence is thus not determinative and greater emphasis has been placed on the discoverability or "but for" test. The law relating to s. 24(2) should be developed on this basis rather than the new approach advocated by L'Heureux-Dubé J. This approach to date is more consistent with *Collins*, and therefore with *stare decisis*.

Per Gonthier J.: The reasons of L'Heureux-Dubé J., read together with the comments of Sopinka J., contribute to a proper understanding of the principles governing the exclusion of evidence under s. 24(2) of the *Charter*. Evidence of the accused's statement to his girlfriend, evidence of the gun and of its location, all of which were made possible by this statement, were to be excluded for its admission would tend to bring the administration of justice into disrepute in the eyes of a reasonable person, dispassionate and fully apprised of the circumstances. The statement was intimately connected to that deal which was obtained through the highly egregious conduct of the police officers in pressuring the accused to confess and in systematically undermining the role of defence counsel. This conduct was a *Charter* violation of the most serious kind, bringing into play both the Reliability and the Fairness Principles referred to by L'Heureux-Dubé J., although other evidence served to allay concern as to reliability. The curative provisions of s. 686(1)(b)(iii) of the *Criminal Code* should not be applied.

Le critère de la possibilité de découverte ou critère du «n'eût été» peut être relié à l'arrêt *Collins*. Si la Cour ne s'est pas prononcée sur la pertinence de la possibilité de découverte relativement à tous les aspects du critère énoncé dans l'arrêt *Collins*, on a tenu compte de cet élément tant pour admettre que pour exclure des éléments de preuve. La distinction établie dans *Collins* entre la preuve matérielle et la preuve émanant de l'accusé était fondée, du moins en partie, sur le fait que la preuve matérielle (ou les objets) peut être découverte sans la participation de l'accusé. Cette preuve préexistait à l'action contestée de l'État, et pouvait être découverte par des moyens d'enquête ne faisant pas intervenir l'accusé. Lorsque cette distinction s'estompe, on a eu recours à la possibilité de découvrir la preuve pour classer la preuve dans l'une ou l'autre de ces deux catégories. Si la preuve pouvait être découverte sans la participation de l'accusé, elle présentait alors les attributs de la preuve matérielle. À l'inverse, la preuve émanant clairement de l'accusé, comme les déclarations, n'a pas été soumise à l'analyse de la possibilité de découverte.

La distinction entre la preuve matérielle et la preuve obtenue en mobilisant l'accusé contre lui-même n'est donc pas déterminante et on a davantage tenu compte du critère de la possibilité de découvrir la preuve, ou critère du «n'eût été». Le droit relatif au par. 24(2) devrait être élaboré sur ce fondement plutôt que d'adopter la nouvelle position avancée par le juge L'Heureux-Dubé. Cette position actuelle est plus conforme à l'arrêt *Collins* et, partant, au *stare decisis*.

Le juge Gonthier: Les motifs du juge L'Heureux-Dubé, conjugués aux observations du juge Sopinka, permettent de bien comprendre les principes qui régissent l'exclusion d'éléments de preuve en vertu du par. 24(2) de la *Charte*. La preuve de la déclaration de l'accusé à son amie, de même que celle de l'arme à feu et de l'endroit où elle se trouvait, que cette déclaration a permis de découvrir, doivent être écartées puisque leur utilisation est susceptible de déconsidérer l'administration de la justice aux yeux d'une personne raisonnable, objective et pleinement informée des circonstances. La déclaration était étroitement liée au marché qui a été conclu grâce à l'inconduite très grave dont les policiers ont fait preuve en pressant l'accusé de passer aux aveux et en minant systématiquement le rôle de l'avocat de la défense. Il s'agissait là d'une violation des plus sérieuses de la *Charte*, qui mettait en cause les principes de la fiabilité et de l'équité mentionnés par le juge L'Heureux-Dubé, même si d'autres éléments de preuve permettaient de dissiper des préoccupations quant à la fiabilité. Il n'y a pas lieu d'appliquer les dispositions réparatrices du sous-al. 686(1)b)(iii) du *Code criminel*.

Per L'Heureux-Dubé J. (dissenting in part): The police conduct constituted a serious violation of the s. 10(b) *Charter* right to counsel. The Crown or police, when offering a plea bargain, must tender the offer to either the accused's counsel or the accused while in the presence of his or her counsel, unless the accused has expressly waived the right to counsel.

Certain of the evidence derived from the *Charter* breach need not be excluded under s. 24(2) of the *Charter*. Section 24(2) is not to be apprised according to the views of the reasonable lawyer, but simply according to the reasonable person, dispassionate and fully informed of the circumstances. Under s. 24(2), a court's duty to preserve the integrity and repute of the judicial system in the eyes of the Canadian community must prevail if in conflict with its more general duty under the *Charter* to vindicate the rights guaranteed therein. There is some evidence to suggest that a material gap has developed between the views of the community and those of the Court with respect to the exclusion of unconstitutionally obtained evidence. In particular, this is attributable to the broad interpretation that this Court has given to the term "trial fairness" in the first branch of the *Collins* test, and the virtually absolute exclusionary consequences that follow from a finding of "trial unfairness". This approach to "trial fairness" is inconsistent with the first principles laid down by this Court in *Collins* and with the courts' obligation under s. 24(2) to adjudicate upon the exclusion of the impugned evidence "having regard to all the circumstances". The nature of the evidence (real or self-incriminatory, or discoverable or undiscernable) should not be determinative of "trial fairness", and therefore of almost automatic exclusion. "Trial fairness" should not be so broadly defined as to allow the "trial fairness" tail to wag the s. 24(2) dog.

At the time that s. 24(2) was enacted, the common law in Canada was in the process of recognizing two different bases for the exclusion of evidence. The first was reliability. The second was the integrity of the justice system. This constituted the legal context in which s. 24(2) was enacted, and against which the approach to s. 24(2) in *Collins* was elaborated. Two fundamental principles are identified as flowing from the common law and the *Charter*, and as underlying the Court's approach to s. 24(2). The first, the Reliability Principle, is engaged whenever anything done by the authorities

Le juge L'Heureux-Dubé (dissidente en partie): La conduite de la police constituait une violation grave du droit à l'assistance d'un avocat garanti à l'al. 10b) de la *Charte*. Lorsque le ministère public ou la police offrent de négocier un plaidoyer, cette offre doit être présentée à l'avocat de l'accusé ou à l'accusé lui-même en la présence de son avocat, à moins que l'accusé n'ait expressément renoncé à son droit à l'assistance d'un avocat.

Il n'y a pas lieu d'écartier, en vertu du par. 24(2) de la *Charte*, certains éléments de preuve obtenus à la suite de la violation de la *Charte*. Il ne faut pas apprécier le par. 24(2) à l'aune des opinions de l'avocat raisonnable, mais simplement avec les yeux de la personne raisonnable, objective et bien informée des circonstances. En vertu du par. 24(2), les tribunaux doivent d'abord s'efforcer de maintenir l'intégrité et la légitimité du système judiciaire aux yeux de la collectivité canadienne si ce devoir entre en conflit avec le devoir plus général, en vertu de la *Charte*, de donner effet aux droits qui y sont garantis. Il existe certaines indications qu'il y a un écart notable entre l'opinion de la collectivité et celle de la Cour en ce qui concerne l'exclusion de la preuve obtenue inconstitutionnellement. Ceci est attribuable en particulier à l'interprétation large que notre Cour a donnée à l'expression «équité du procès» dans le premier volet du critère de larrêt *Collins* et au caractère pratiquement absolu de l'exclusion comme conséquence d'une conclusion d'*«iniquité du procès»*. Cette approche de l'*«équité du procès»* est incompatible avec les principes de base énoncés par notre Cour dans *Collins* et avec l'obligation des tribunaux en vertu du par. 24(2) de statuer sur l'exclusion de la preuve contestée *«eu égard aux circonstances»*. La nature de la preuve (matérielle ou auto-incriminante, susceptible ou non d'être découverte) ne devrait pas être déterminante quant à l'*«équité du procès»* et donc susceptible d'exclusion automatique. L'*«équité du procès»* ne devrait pas être définie si largement que cette notion en vienne à régir l'application du par. 24(2).

À l'époque de l'adoption du par. 24(2), la common law au Canada en était à reconnaître deux fondements différents à l'exclusion de la preuve. Le premier était la fiabilité. Le second était l'intégrité du système judiciaire. Tel était le contexte juridique de l'adoption du par. 24(2), le contexte dans lequel a été élaborée la méthode d'analyse du par. 24(2) dans *Collins*. Deux principes fondamentaux découlent de la common law et de la *Charte*, et fondent la méthode d'analyse du par. 24(2) utilisée par la Cour. Le premier, le principe de la fiabilité, entre en jeu dès que ce qu'ont fait les autorités

casts some doubt as to the accused's having been induced to make a possibly unreliable statement. In such circumstances, there may be a concern that the trier of fact could be misled, or an innocent person convicted, as a result of the authorities' activities. These circumstances potentially affect the fairness of the actual adjudicative process, and therefore relate to the first set of factors to be considered under *Collins*. The admission of evidence whose reliability may be suspect as a result of state activity would almost inevitably bring the administration of justice into disrepute. The second principle is the Fairness Principle. This principle is engaged whenever the state uses methods to advance its case against an accused in a manner that undermines values that are fundamental to a free and democratic society. Judicial condonation of acts that violate this principle undermine the integrity of the justice system, and could bring the administration of justice into disrepute. Thus, where the objection to the admission of unconstitutionally obtained evidence is not so much that it could mislead a trier of fact but pertains rather to the manner in which the evidence was obtained, this objection relates to the Fairness Principle. All considerations relating to the Fairness Principle are better considered within the rubric of the second branch of the *Collins* test: the impact of the seriousness of the rights violation on the reputation of the justice system. Analysis under this branch of *Collins* must be undertaken "having regard to all of the circumstances". Whether or not the evidence could have been discovered "but for" the rights violation is a serious, albeit not determinative, consideration within this set of factors. Finally, under the third branch of the *Collins* test, courts must ensure that there is a sense of proportionality between the competing interests and effects at issue in the s. 24(2) determination.

jette un doute quant à savoir si l'accusé a été incité à faire une déclaration qui pourrait ne pas être fiable. Dans ces circonstances, on peut craindre que le juge des faits soit induit en erreur ou qu'un innocent soit déclaré coupable en raison des agissements des autorités. Ces circonstances pourraient avoir une incidence sur l'équité du processus réel de prise de décision et se rattachent donc à la première série de facteurs à considérer en vertu de *Collins*. L'utilisation d'une preuve dont la fiabilité peut être mise en doute en raison des activités de l'État serait presqu'inévitablement susceptible de déconsidérer l'administration de la justice. Le second principe est celui de l'équité. Ce principe entre en jeu quand l'État recourt, pour bâtir une preuve contre un accusé, à des méthodes contraires à des valeurs fondamentales dans une société libre et démocratique. La tolérance judiciaire d'actes qui violent ce principe mine l'intégrité du système de justice et pourrait discréditer l'administration de la justice. Ainsi, lorsqu'on s'oppose à l'utilisation de la preuve obtenue en violation de la Constitution non pas parce qu'elle risque d'induire en erreur le juge des faits, mais plutôt à cause de la façon dont elle a été obtenue, l'objection relève alors du principe de l'équité. Il vaut mieux prendre en compte toutes les considérations relatives au principe de l'équité dans le cadre du deuxième volet du critère de l'arrêt *Collins*: l'incidence de la gravité de la violation des droits sur la réputation du système de justice. L'analyse dans le cadre de ce volet de l'arrêt *Collins* doit se faire «*eu égard aux circonstances*». La question de savoir si la preuve aurait pu être découverte ou pas sans la violation des droits est un facteur important qui n'est toutefois pas déterminant dans une telle situation. Enfin, selon le troisième volet du critère de l'arrêt *Collins*, les tribunaux doivent veiller à ce qu'il y ait un sens de proportionnalité entre les droits et les effets opposés visés dans l'analyse en vertu du par. 24(2).

En l'espèce, le «lien étroit» entre la violation de l'al. 10b) et la déclaration volontaire de l'accusé à son amie est suffisant pour assujettir cette déclaration à une analyse fondée sur le par. 24(2). Cependant, le simple fait que la déclaration ait un lien étroit avec la violation des droits, ou qu'elle n'aurait peut-être pas été faite sans la violation, ne mène pas inévitablement à la conclusion qu'il faut l'exclure parce que son utilisation rendrait le procès inéquitable. Bien que l'accusé ait été incarcéré à l'époque, la déclaration a été faite librement et volontairement, sans qu'aucun élément de contrainte par l'État n'introduise la possibilité d'un manque de fiabilité et donc la possibilité d'iniquité du procès.

In this case, the "proximate connection" between the s. 10(b) violation and the accused's voluntary statement to his girlfriend is sufficient to bring that statement within the purview of a s. 24(2) examination. The mere fact that the statement is proximately connected to the rights violation or may not have been made but for the violation does not, however, inevitably lead to the conclusion that it must be excluded since its admission would render the trial unfair. Although the accused was incarcerated at the time, the statement was freely and voluntarily made with no element of state compulsion to taint it with the possibility of unreliability, and therefore with the possibility of unfairness to the trial.

Turning to the impact of the seriousness of the rights violation on the reputation of the justice system, it is noted that the direct and intended fruits of the officers' unconstitutional conduct were properly excluded by the trial judge. The voluntary statement to a third party was, however, an evidentiary windfall, and its admission is therefore less likely to bring the administration of justice into disrepute over the long term. Admittedly, if this statement would not otherwise have been made by the accused, then it could affect the integrity of the judicial system to admit such a statement at trial. This consideration is not, of itself, determinative of the question of exclusion. In this case, having regard to the seriousness of the offence and the fact that it was incidental to the officer's unconstitutional conduct, the exclusion of this reliable evidence would bring the administration of justice into greater disrepute than its inclusion.

The impugned statement tends to connect the accused more closely with the crime, and could give rise to an inference of consciousness of guilt. That its admission may create a danger that the trier of fact will be misled does not relate to "trial fairness" in any way that is relevant to s. 24(2). Trial fairness will only be connected to the rights violation, and therefore subject to special scrutiny under the first branch of the *Collins* analysis, when there is some possibility that the evidence is unreliable or otherwise likely to lead to the conviction of an innocent person, and when this unreliability is somehow attributable to the state's unconstitutional conduct. Such was not the case here. Under the circumstances, there was no reasonable possibility of unreliability in the statement. If there is nonetheless a possibility that the statement is prejudicial in the evidentiary sense, in that it could mislead a trier of fact by causing it to follow an inappropriate chain of logic, then that problem must be addressed within the context of the traditional balancing test which inquires into whether the probative value of the evidence outweighs its prejudicial effect.

Since the voluntary statement to the third party was admissible under s. 24(2) of the *Charter*, the admission of the gun and the fact of finding the gun would not bring the administration of justice into disrepute.

Section 24(2) of the *Charter* and the curative provision of the *Criminal Code*, s. 686(1)(b)(iii), are not co-extensive. First, s. 686(1)(b)(iii) only requires that the appellate court consider the particular circumstances

Pour ce qui est de l'incidence de la gravité de la violation des droits sur la réputation du système judiciaire, il faut noter que le juge du procès a, à juste titre, écarté les fruits directs et intentionnels du comportement inconstitutionnel de la police. La déclaration volontaire à un tiers était cependant une aubaine en matière de preuve et son utilisation est donc moins susceptible de déconsidérer à long terme l'administration de la justice. Il est vrai que, si l'accusé n'avait pas fait cette déclaration, l'utilisation de cette déclaration au procès pourrait avoir un effet sur l'intégrité du système judiciaire. Ce facteur n'est pas déterminant en soi quant à l'exclusion. En l'espèce, compte tenu de la gravité de l'infraction et du fait que la déclaration était accessoire au comportement inconstitutionnel du policier, l'exclusion de cette preuve fiable serait susceptible de déconsidérer davantage l'administration de la justice que son utilisation.

La déclaration en cause tend à relier l'accusé plus étroitement au crime et pourrait porter à conclure qu'il était conscient de sa culpabilité. Le fait que son utilisation risque d'induire en erreur le juge des faits ne touche à l'"équité du procès" d'aucune façon qui soit pertinente quant au par. 24(2). L'équité du procès ne sera liée à la violation des droits, et donc assujettie à une analyse spéciale fondée sur le premier volet de l'analyse *Collins*, que s'il existe une possibilité que la preuve ne soit pas fiable ou qu'elle soit, par ailleurs, susceptible d'entraîner la déclaration de culpabilité d'une personne innocente, et que si cette absence de fiabilité est en quelque sorte attribuable au comportement inconstitutionnel de l'État. Ce n'était pas le cas en l'espèce. Il n'y avait aucune possibilité réelle de manque de fiabilité de cette déclaration, compte tenu des circonstances. S'il existe néanmoins un risque que la déclaration ne soit préjudiciable dans le contexte de la présentation de la preuve du fait qu'elle pourrait induire en erreur un juge des faits en l'amenant à adopter un raisonnement logique inapproprié, ce problème doit alors être abordé dans le contexte du test traditionnel de pondération qui examine si la valeur probante de la preuve l'emporte sur son effet préjudiciable.

Puisque la déclaration volontaire au tiers est admissible en vertu du par. 24(2) de la *Charte*, l'admission de l'arme à feu et du fait de sa découverte n'est pas susceptible de déconsidérer l'administration de la justice.

Le paragraphe 24(2) de la *Charte* et la disposition réparatrice du *Code criminel*, le sous-al. 686(1)b(iii), n'ont pas la même portée. Premièrement, le sous-al. 686(1)b(iii) exige seulement que la cour d'appel exa-

before it, whereas s. 24(2) involves long-term considerations in any determination made as to admissibility. Second, the French version of s. 24(2), on which the *Collins* framework is based, requires that evidence be excluded "if its admission could bring the administration of justice into disrepute". A conclusion that the administration of justice could be brought into disrepute by the admission of certain evidence does not necessarily mean that its admission led to a "substantial wrong" or "miscarriage of justice". Third, the two provisions further different objectives and so have different focuses. The primary purpose of s. 24(2), which focuses on whether the inclusion or exclusion of evidence obtained in violation of the *Charter* would bring the administration of justice into further disrepute, is protection of the integrity of the judicial system. By contrast, the primary purpose of s. 686(1)(b)(iii), which focuses on the outcome of the particular proceedings, is to enable appellate courts to feel unhindered in clarifying errors of law committed by the trial judge. It reflects a careful balancing of collective interests in the effective and efficient conclusion of litigation against the right of the individual accused to a full and fair trial.

Given the strength of the Crown's case, the curative provisions of s. 686(1)(b)(iii) could be properly invoked notwithstanding a finding that evidence should have been excluded under s. 24(2). Moreover, the trial judge warned the jury as to the limited probative value of both the gun and the impugned statement. There is no reasonable possibility that the verdict would have been different had the impugned evidence been excluded under s. 24(2) of the *Charter*.

A stay of proceedings was not appropriate because the conduct of the authorities, while contemptible, did not amount to one of the "clearest of cases" of abuse of process. The Crown, however, did act with *male fides* by charging the accused with first degree murder notwithstanding the fact that the Crown was aware that the police had misled the accused and that he had fulfilled his half of the bargain in full reliance of the deal offered by the police. This conduct violates basic principles of decency and fair play. The principle of fundamental fairness under s. 7 of the *Charter* was therefore breached. It would be appropriate and just under s. 24(1) of the *Charter* to require the Crown to uphold its half of the "deal"; a conviction for the lesser included offence

mine les circonstances particulières dont elle est saisie, alors que le par. 24(2) fait appel à des considérations à long terme dans toute décision relative à l'admissibilité. Deuxièmement, le texte français du par. 24(2), sur lequel se fonde le cadre exposé dans l'arrêt *Collins*, exige que la preuve soit écartée «si son utilisation est susceptible de déconsidérer l'administration de la justice». Une conclusion que l'utilisation de certains éléments de preuve est susceptible de déconsidérer l'administration de la justice ne signifie pas nécessairement que leur utilisation a engendré un «tort important» ou «une erreur judiciaire grave». Troisièmement, les deux dispositions sont nettement axées sur des choses différentes, dans la poursuite d'objectifs différents. Le paragraphe 24(2), qui est axé sur la question de savoir si l'utilisation ou l'exclusion d'éléments de preuve obtenus en violation de la *Charte* est susceptible de déconsidérer davantage l'administration de la justice, vise d'abord et avant tout à préserver l'intégrité du système judiciaire. En revanche, le sous-al. 686(1)b(iii), qui est axé sur l'issue d'une instance particulière, vise d'abord et avant tout à permettre aux cours d'appel de se sentir libres de clarifier des erreurs de droit commises par le juge du procès. Il reflète un équilibre entre les droits collectifs au règlement efficace et efficient des litiges et le droit d'une personne à un procès juste et équitable.

La preuve du ministère public est si accablante qu'il convient d'invoquer les dispositions réparatrices du sous-al. 686(1)b(iii), malgré une conclusion que des éléments de preuve auraient dû être écartés en vertu du par. 24(2). En outre, le juge du procès a mis le jury en garde quant à la valeur probante limitée de l'arme à feu et de la déclaration en cause. Il n'existe aucune possibilité raisonnable que le verdict eût été différent même si les éléments de preuve contestés avaient été écartés en vertu du par. 24(2) de la *Charte*.

Le comportement des autorités, bien que certainement méprisable, n'était pas l'un des «cas les plus manifestes» d'abus de procédure requérant un arrêt des procédures. Toutefois, le ministère public a agi de mauvaise foi en inculpant l'accusé de meurtre au premier degré, en dépit du fait qu'il savait que la police avait induit l'accusé en erreur et que, sur la foi totale du «marché» proposé par la police, il en avait rempli sa part. Cette conduite viole les principes fondamentaux de décence et de franc-jeu. Il y a donc eu violation du principe d'équité fondamentale au sens de l'art. 7 de la *Charte*. Il est juste et approprié, au sens du par. 24(1) de la *Charte*, d'obliger le ministère public à remplir sa part du «marché»; il y a lieu de substituer à l'actuelle déclaration de

of second degree murder should be substituted for the present conviction of first degree murder.

Cases Cited

By Iacobucci J.

Considered: *R. v. Mellenthin*, [1992] 3 S.C.R. 615; *R. v. Strachan*, [1988] 2 S.C.R. 980; **distinguished:** *R. v. Black*, [1989] 2 S.C.R. 138; *R. v. Hodge* (1993), 133 N.B.R. (2d) 240; **referred to:** *R. v. Prosper*, [1994] 3 S.C.R. 236; *R. v. Matheson*, [1994] 3 S.C.R. 328; *R. v. Brydges*, [1990] 1 S.C.R. 190; *R. v. Evans*, [1991] 1 S.C.R. 869; *R. v. Power*, [1994] 1 S.C.R. 601; *R. v. L. (W.K.)*, [1989] B.C.J. No. 1700 (C.A.) (Q.L.), aff'd [1991] 1 S.C.R. 1091; *R. v. Collins*, [1987] 1 S.C.R. 265; *R. v. Gladstone* (1985), 22 C.C.C. (3d) 151; *R. v. Jacoy*, [1988] 2 S.C.R. 548; *R. v. Wigman*, [1987] 1 S.C.R. 246; *R. v. Broyles*, [1991] 3 S.C.R. 595; *R. v. Hebert*, [1990] 2 S.C.R. 151; *R. v. Elshaw*, [1991] 3 S.C.R. 24; *R. v. Bevan*, [1993] 2 S.C.R. 599; *R. v. Ross*, [1989] 1 S.C.R. 3; *Thomson Newspapers Ltd. v. Canada (Director of Investigation and Research, Restrictive Trade Practices Commission)*, [1990] 1 S.C.R. 425; *R. v. Colarusso*, [1994] 1 S.C.R. 20; *R. v. S. (R.J.)*, [1995] 1 S.C.R. 451; *R. v. Bartle*, [1994] 3 S.C.R. 173; *R. v. Grant*, [1993] 3 S.C.R. 223; *R. v. Pozniak*, [1994] 3 S.C.R. 310; *R. v. Therens*, [1985] 1 S.C.R. 613; *John v. The Queen*, [1985] 2 S.C.R. 476.

By Sopinka J.

Considered: *R. v. Collins*, [1987] 1 S.C.R. 265; *R. v. Ross*, [1989] 1 S.C.R. 3; *Thomson Newspapers Ltd. v. Canada (Director of Investigation and Research, Restrictive Trade Practices Commission)*, [1990] 1 S.C.R. 425; **referred to:** *R. v. Genest*, [1989] 1 S.C.R. 59; *Rothman v. The Queen*, [1981] 1 S.C.R. 640; *R. v. Hebert*, [1990] 2 S.C.R. 151; *R. v. Whittle*, [1994] 2 S.C.R. 914; *R. v. Sang*, [1980] A.C. 402; *R. v. S. (R.J.)*, [1995] 1 S.C.R. 451; *R. v. Tremblay*, [1987] 2 S.C.R. 435; *R. v. Mohl*, [1989] 1 S.C.R. 1389; *R. v. Dersch*, [1993] 3 S.C.R. 768; *R. v. Black*, [1989] 2 S.C.R. 138; *R. v. Mellenthin*, [1992] 3 S.C.R. 615; *R. v. Strachan*, [1988] 2 S.C.R. 980; *R. v. Elshaw*, [1991] 3 S.C.R. 24; *R. v. Bartle*, [1994] 3 S.C.R. 173; *R. v. Meddoui* (1990), 61 C.C.C. (3d) 345; **disapproved:** *R. v. Wray*, [1971] S.C.R. 272.

By L'Heureux-Dubé J. (dissenting in part)

R. v. Collins, [1987] 1 S.C.R. 265, rev'd (1983), 5 C.C.C. (3d) 141; *Rothman v. The Queen*, [1981] 1

culpabilité de meurtre au premier degré une déclaration de culpabilité de l'infraction moindre et incluse de meurtre au deuxième degré.

Jurisprudence

Citée par le juge Iacobucci

Arrêts examinés: *R. c. Mellenthin*, [1992] 3 R.C.S. 615; *R. c. Strachan*, [1988] 2 R.C.S. 980; **distinction d'avec les arrêts:** *R. c. Black*, [1989] 2 R.C.S. 138; *R. c. Hodge* (1993), 133 R.N.-B. (2^e) 240; **arrêts mentionnés:** *R. c. Prosper*, [1994] 3 R.C.S. 236; *R. c. Matheson*, [1994] 3 R.C.S. 328; *R. c. Brydges*, [1990] 1 R.C.S. 190; *R. c. Evans*, [1991] 1 R.C.S. 869; *R. c. Power*, [1994] 1 R.C.S. 601; *R. c. L. (W.K.)*, [1989] B.C.J. No. 1700 (C.A.) (Q.L.), conf. par [1991] 1 R.C.S. 1091; *R. c. Collins*, [1987] 1 R.C.S. 265; *R. c. Gladstone* (1985), 22 C.C.C. (3d) 151; *R. c. Jacoy*, [1988] 2 R.C.S. 548; *R. c. Wigman*, [1987] 1 R.C.S. 246; *R. c. Broyles*, [1991] 3 R.C.S. 595; *R. c. Hebert*, [1990] 2 R.C.S. 151; *R. c. Elshaw*, [1991] 3 R.C.S. 24; *R. c. Bevan*, [1993] 2 R.C.S. 599; *R. c. Ross*, [1989] 1 R.C.S. 3; *Thomson Newspapers Ltd. c. Canada (Directeur des enquêtes et recherches, Commission sur les pratiques restrictives du commerce)*, [1990] 1 R.C.S. 425; *R. c. Colarusso*, [1994] 1 R.C.S. 20; *R. c. S. (R.J.)*, [1995] 1 R.C.S. 451; *R. c. Bartle*, [1994] 3 R.C.S. 173; *R. c. Grant*, [1993] 3 R.C.S. 223; *R. c. Pozniak*, [1994] 3 R.C.S. 310; *R. c. Therens*, [1985] 1 R.C.S. 613; *John c. La Reine*, [1985] 2 R.C.S. 476.

Citée par le juge Sopinka

Arrêts examinés: *R. c. Collins*, [1987] 1 R.C.S. 265; *R. c. Ross*, [1989] 1 R.C.S. 3; *Thomson Newspapers Ltd. c. Canada (Directeur des enquêtes et recherches, Commission sur les pratiques restrictives du commerce)*, [1990] 1 R.C.S. 425; **arrêts mentionnés:** *R. c. Genest*, [1989] 1 R.C.S. 59; *Rothman c. La Reine*, [1981] 1 R.C.S. 640; *R. c. Hebert*, [1990] 2 R.C.S. 151; *R. c. Whittle*, [1994] 2 R.C.S. 914; *R. c. Sang*, [1980] A.C. 402; *R. c. S. (R.J.)*, [1995] 1 R.C.S. 451; *R. c. Tremblay*, [1987] 2 R.C.S. 435; *R. c. Mohl*, [1989] 1 R.C.S. 1389; *R. c. Dersch*, [1993] 3 R.C.S. 768; *R. c. Black*, [1989] 2 R.C.S. 138; *R. c. Mellenthin*, [1992] 3 R.C.S. 615; *R. c. Strachan*, [1988] 2 R.C.S. 980; *R. c. Elshaw*, [1991] 3 R.C.S. 24; *R. c. Bartle*, [1994] 3 R.C.S. 173; *R. c. Meddoui* (1990), 61 C.C.C. (3d) 345; **arrêt critiqué:** *R. c. Wray*, [1971] R.C.S. 272.

Citée par le juge L'Heureux-Dubé (dissidente en partie)

R. c. Collins, [1987] 1 R.C.S. 265, inf. (1983), 5 C.C.C. (3d) 141; *Rothman c. La Reine*, [1981] 1 R.C.S.

S.C.R. 640; *R. v. Ross*, [1989] 1 S.C.R. 3; *Thomson Newspapers Ltd. v. Canada (Director of Investigation and Research, Restictive Trade Practices Commission)*, [1990] 1 S.C.R. 425; *R. v. Mellenthin*, [1992] 3 S.C.R. 615; *R. v. Prosper*, [1994] 3 S.C.R. 236; *R. v. Stinchcombe*, [1991] 3 S.C.R. 326; *R. v. S. (R.J.)*, [1995] 1 S.C.R. 451; *R. v. Meddoui* (1990), 61 C.C.C. (3d) 345; *R. v. Dersch*, [1993] 3 S.C.R. 768; *R. v. Duarte*, [1990] 1 S.C.R. 30; *R. v. Wiggins*, [1990] 1 S.C.R. 62; *R. v. Wray*, [1971] S.C.R. 272; *R. v. Strachan*, [1988] 2 S.C.R. 980; *R. v. Hebert*, [1990] 2 S.C.R. 151; *R. v. Broyles*, [1991] 3 S.C.R. 595; *R. v. Seaboyer*, [1991] 2 S.C.R. 577; *R. v. Bevan*, [1993] 2 S.C.R. 599; *R. v. Elshaw*, [1991] 3 S.C.R. 24; *R. v. Hodge* (1993), 133 N.B.R. (2d) 240; *John v. The Queen*, [1985] 2 S.C.R. 476.

Statutes and Regulations Cited

Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 7, 10(b), 24(1), (2).

Constitution Act, 1982, s. 52(1).

Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, ss. 686(1) [am. S.C. 1991, c. 43, s. 9 (Sch., item 8)] (a)(iii), (b)(iii), 691.

Authors Cited

Bryant, Alan W., Marc Gold, H. Michael Stevenson and David Northrup. "Public Attitudes Toward the Exclusion of Evidence: Section 24(2) of the Canadian Charter of Rights and Freedoms" (1990), 69 *Can. Bar Rev.* 1.

Bryant, Alan W., Marc Gold, H. Michael Stevenson and David Northrup. "Public support for the Exclusion of Unconstitutionally Obtained Evidence" (1990), 1 *S.C.L.R.* (2d) 555.

Deslisle, R. J. "Collins: An Unjustified Distinction" (1987), 56 *C.R.* (3d) 216.

McLellan, A. Anne and Bruce P. Elman. "The Enforcement of the Canadian Charter of Rights and Freedoms: An Analysis of Section 24" (1983), 21 *Alta. L. Rev.* 205.

Morissette, Yves-Marie. "The Exclusion of Evidence under the Canadian Charter of Rights and Freedoms: What to Do and What Not to Do" (1984), 29 *McGill L.J.* 521.

Paciocco, David M. "The Judicial Repeal of s. 24(2) and the Development of the Canadian Exclusionary Rule" (1990), 32 *Crim. L.Q.* 326.

Penney, Steven M. "Unreal Distinctions: The Exclusion of Unfairly Obtained Evidence Under s. 24(2) of the Charter" (1994), 32 *Alta. L. Rev.* 782.

640; *R. c. Ross*, [1989] 1 R.C.S. 3; *Thomson Newspapers Ltd. c. Canada (Directeur des enquêtes et recherches, Commission sur les pratiques restrictives du commerce)*, [1990] 1 R.C.S. 425; *R. c. Mellenthin*, [1992] 3 R.C.S. 615; *R. c. Prosper*, [1994] 3 R.C.S. 236; *R. c. Stinchcombe*, [1991] 3 R.C.S. 326; *R. c. S. (R.J.)*, [1995] 1 R.C.S. 451; *R. c. Meddoui* (1990), 61 C.C.C. (3d) 345; *R. c. Dersch*, [1993] 3 R.C.S. 768; *R. c. Duarte*, [1990] 1 R.C.S. 30; *R. c. Wiggins*, [1990] 1 R.C.S. 62; *R. c. Wray*, [1971] R.C.S. 272; *R. c. Strachan*, [1988] 2 R.C.S. 980; *R. c. Hebert*, [1990] 2 R.C.S. 151; *R. c. Broyles*, [1991] 3 R.C.S. 595; *R. c. Seaboyer*, [1991] 2 R.C.S. 577; *R. c. Bevan*, [1993] 2 R.C.S. 599; *R. c. Elshaw*, [1991] 3 R.C.S. 24; *R. c. Hodge* (1993), 133 R.N.-B. (2e) 240; *John c. La Reine*, [1985] 2 R.C.S. 476.

Lois et règlements cités

Charte canadienne des droits et libertés, art. 7, 10b), 24(1), (2).

Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 686(1) [mod. L.C. 1991, ch. 43, art. 9, ann., art. 8] a)(iii), b)(iii), 691.

Loi constitutionnelle de 1982, art. 52(1).

Doctrine citée

Bryant, Alan W., Marc Gold, H. Michael Stevenson and David Northrup. «Public Attitudes Toward the Exclusion of Evidence: Section 24(2) of the Canadian Charter of Rights and Freedoms» (1990), 69 *R. du B. can.* 1.

Bryant, Alan W., Marc Gold, H. Michael Stevenson and David Northrup. «Public Support for the Exclusion of Unconstitutionally Obtained Evidence» * (1990), 1 *S.C.L.R.* (2d) 555.

Deslisle, R. J. «Collins: An Unjustified Distinction» (1987), 56 *C.R.* (3d) 216.

McLellan, A. Anne et Bruce P. Elman. «The Enforcement of the Canadian Charter of Rights and Freedoms: An Analysis of Section 24» (1983), 21 *Alta. L. Rev.* 205.

Morissette, Yves-Marie. «The Exclusion of Evidence under the Canadian Charter of Rights and Freedoms: What to Do and What Not to Do» (1984), 29 *R.D. McGill* 521.

Paciocco, David M. «The Judicial Repeal of s. 24(2) and the Development of the Canadian Exclusionary Rule» (1990), 32 *Crim. L.Q.* 326.

Penney, Steven M. «Unreal Distinctions: The Exclusion of Unfairly Obtained Evidence Under s. 24(2) of the Charter» (1994), 32 *Alta. L. Rev.* 782.

Quigley, Tim and Eric Colvin, "Developments in Criminal Law and Procedure: The 1988-89 Term" (1990), 1 *S.C.L.R.* (2d) 187.

Sopinka, John, Sidney N. Lederman and Alan W. Bryant. *The Law of Evidence in Canada*. Toronto: Butterworths, 1992.

Tanovich, David M. "Can the Improper Admission of Evidence Under the *Charter* Ever be Cured?" (1994), 32 *C.R.* (4th) 82.

APPEAL from a judgment of the British Columbia Court of Appeal (1993), 35 *B.C.A.C.* 81, 57 *W.A.C.* 81, 85 *C.C.C.* (3d) 343, dismissing an appeal from conviction by Toy J. sitting with jury. Appeal allowed, L'Heureux-Dubé J. dissenting in part.

Quigley, Tim and Eric Colvin. «Developments in Criminal Law and Procedure: The 1988-89 Term» (1990), 1 *S.C.L.R.* (2d) 187.

Sopinka, John, Sidney N. Lederman and Alan W. Bryant. *The Law of Evidence in Canada*. Toronto: Butterworths, 1992.

Tanovich, David M. «Can the Improper Admission of Evidence Under the *Charter* Ever be Cured?» (1994), 32 *C.R.* (4th) 82.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique (1993), 35 *B.C.A.C.* 81, 57 *W.A.C.* 81, 85 *C.C.C.* (3d) 343, qui a rejeté l'appel d'une déclaration de culpabilité prononcée par le juge Toy siégeant avec jury. Pourvoi accueilli, le juge L'Heureux-Dubé est dissidente en partie.

Sheldon Goldberg, pour l'appellant.

Colin M. Sweeney, pour l'intimée.

Sheldon Goldberg, for the appellant.

Colin M. Sweeney, for the respondent.

The judgment of La Forest, Sopinka, Cory, Iacobucci and Major JJ. was delivered by

IACOBUCCI J. — This appeal, which comes to the Court as of right under s. 691 of the *Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46, raises two sets of issues: (1) the content of an accused's right to counsel during the plea bargaining process; and (2) the appropriate remedy for an infringement of s. 10(b) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, and more specifically, the reach of s. 24(2) to exclude from the trial process evidence obtained in a manner violative of the right to counsel.

Version française du jugement des juges La Forest, Sopinka, Cory, Iacobucci et Major rendu par

LE JUGE IACOBUCCI — Le présent pourvoi, formé de plein droit devant notre Cour en vertu de l'art. 691 du *Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46, soulève deux séries de questions: (1) l'éten-due du droit de l'accusé à l'assistance d'un avocat au cours du processus de négociation d'un plai-doyer, et (2) la réparation qu'il convient d'accorder pour une violation de l'al. 10b) de la *Charte Cana-dienne des droits et libertés* et, plus précisément, la portée du par. 24(2) pour ce qui est d'exclure du procès les éléments de preuve obtenus d'une manière contraire au droit à l'assistance d'un avo-cat.

A. Background

Terrence Burlingham, the appellant, is accused of the murder of Denean Worms, which was committed in October 1984 in Cranbrook, British Columbia. He has also been convicted of the murder of Brenda Hughes, which was committed in December 1984 also in Cranbrook. It was because

A. Les faits

L'appelant, Terrence Burlingham, est accusé d'avoir assassiné Denean Worms en octobre 1984, à Cranbrook (Colombie-Britannique). Il a également été reconnu coupable du meurtre de Brenda Hughes, commis en décembre 1984 également à Cranbrook. C'est grâce à la façon très semblable

of the very similar manner in which the two women were murdered and sexually assaulted that the police charged appellant with the Worms murder at the point when it was decided to charge him with the Hughes murder. Both Worms and Hughes were found naked, with semen in their vaginas, and each was shot twice in the head at close range with a .410 shotgun, though with different types of pellets. Appellant's appeal to the British Columbia Court of Appeal on the conviction for the Hughes murder was dismissed. This appeal relates only to the appellant's conviction for the murder of Worms.

dont les deux femmes ont été assassinées et agressées sexuellement que la police a accusé l'appelant du meurtre de Worms au moment où on a décidé de l'accuser du meurtre de Hughes. Les deux victimes ont été trouvées nues, avec du sperme dans le vagin, et chacune avait été tirée à la tête à deux reprises, à bout portant, avec un fusil de calibre .410, bien qu'avec deux types différents de plombs. La Cour d'appel de la Colombie-Britannique a rejeté l'appel de l'appelant contre sa déclaration de culpabilité relative au meurtre de Hughes. Le présent pourvoi porte uniquement sur la déclaration de culpabilité de l'appelant relative au meurtre de Worms.

³ From January 1, to January 4, 1985, the police subjected appellant to an intensive and often manipulative interrogation. They systematically questioned him in spite of the fact that he repeatedly stated that he would not speak unless he could consult with his lawyer. The police urged the accused to tell them what he knew about the crime, suggesting that any delay would hurt his parents since, just as they would be getting over the shock of the Hughes murder, they would be doubly hurt by a second murder charge. One of the officers commented (quoted from the judgment of the British Columbia Court of Appeal (1993), 85 C.C.C. (3d) 343, at pp. 356 and 359):

... I don't think that you're being very fair to them [appellant's parents], um they, y'know they love you very much and, and from what I, I see, you're a, a loving caring sort of person and, and uh, y'know you have to weigh the, the advice that you're getting, but I can see that, that by delaying you're just hurting them . . .

But basically what you're saying is you're going to put your parents through this, for a long, uh, a lot longer. From what I've seen I thought you had a lot more love for them than that, Terry.

To which the appellant replied (at p. 359): "From what I just seen, you're just trying to use my parents against me."

Du 1^{er} au 4 janvier 1985, la police a soumis l'appelant à un interrogatoire serré et souvent manipulateur. Les policiers l'ont interrogé systématiquement bien qu'il ait déclaré à maintes reprises qu'il ne parlerait pas avant d'avoir pu consulter son avocat. Les policiers ont pressé l'accusé de leur dire ce qu'il savait du crime, donnant à entendre que tout retard causerait du tort à ses parents qui, se remettant à peine du choc du meurtre de Hughes, seraient doublement touchés par une seconde accusation de meurtre. L'un des policiers a fait le commentaire suivant (tiré de l'arrêt de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique (1993), 85 C.C.C. (3d) 343, aux pp. 356 et 359):

[TRADUCTION] . . . je ne crois pas que tu sois très bon à leur égard [les parents de l'appelant], eum, ils, tu sais qu'ils t'aiment énormément et, d'après ce que je peux voir, tu es une personne aimante et attentionnée, et euh, tu sais que tu dois peser le, l'avis que tu reçois, mais je peux voir qu'en attendant, tu les fais souffrir . . .

Mais essentiellement, ce que tu dis, c'est que tu vas soumettre tes parents à cela pendant un long, euh beaucoup plus longtemps. D'après ce que j'ai pu voir, je croyais que tu les aimais beaucoup plus que ça, Terry.

Ce à quoi l'appelant a répondu (à la p. 359): [TRADUCTION] «D'après ce que je viens de voir, vous essayez seulement d'utiliser mes parents contre moi.»

The police also constantly denigrated the integrity of defence counsel; the interrogation record attests to repeated disparaging comments made about defence counsel's loyalty, commitment, availability, as well as the amount of his legal fees. The interrogation officers suggested they were more trustworthy than the appellant's lawyer. The following excerpts from the interrogation record, cited at pp. 351-53, are illustrative:

[Appellant]: Well, that's what I told you and I told him I pretty well got to talk to somebody about it, he [his counsel] said to talk to me about it.

[Officer #1]: Talk to him? This is your friend who wants \$15,000 out of you, and you're going to talk to him?

[Appellant]: — talk to him — .

[Officer #1]: Well, it's, it's, it's obviously your choice, but I'll, I tell you it, it kind of hurts if uh . . .

[Appellant]: No, I, I'm not gonna, okay.

[Officer #1]: It hurts if, if, that's what you think of us. That's all you think of us, after all — .

[Appellant]: That's not what I thought. — uh, I don't know whether I should follow his advice or maybe I shouldn't, like I mean I don't know — .

[Officer #1]: You gotta realize, just the fact of what you've — , you're coming a long ways.

[Officer #1]: Cause you're, you're admitting it basically.

[Appellant]: Well . . .

[Officer #1]: You're telling us that, that, that you, you were there, and just the fact that you're doing that, that makes me feel a lot better about what you're — .

Les policiers ont aussi constamment dénigré l'intégrité de l'avocat de la défense; le dossier de l'interrogatoire confirme qu'ils ont fait, à maintes reprises, des commentaires désobligeants sur la loyauté de l'avocat de la défense, son dévouement, sa disponibilité et le montant de ses honoraires. Les policiers qui procédaient à l'interrogatoire ont laissé entendre qu'ils étaient plus dignes de confiance que l'avocat de l'appelant. Les extraits suivants du dossier de l'interrogatoire (cités aux pp. 351 à 353) en sont un exemple:

[TRADUCTION]

[Appellant]: Bien, c'est ce que je vous ai dit et je lui ai dit qu'il fallait que j'en parle à quelqu'un, il [son avocat] m'a dit de lui en parler.

[Policier n° 1]: Lui parler? C'est ton ami qui veut te prendre 15 000 \$ et tu vas lui parler?

[Appellant]: — lui parler — .

[Policier n° 1]: Bien, c'est, évidemment c'est ta décision, mais je vais, je te dis, c'est blessant si euh . . .

[Appellant]: Non, je, je ne le ferai pas, o.k.

[Policier n° 1]: C'est blessant, si c'est ce que tu penses de nous. C'est tout ce que tu penses de nous après tout — .

[Appellant]: Ce n'est pas ce que je pensais, — euh, je ne sais pas si je devrais suivre son conseil ou non, je veux dire, je ne sais pas — .

[Policier n° 1]: Tu dois réaliser, le seul fait que tu — tu as beaucoup accompli.

[Policier n° 1]: Parce que, essentiellement, tu l'admetts.

[Appellant]: Bien . . .

[Policier n° 1]: Tu es en train de nous dire que, que tu, tu étais là, et le seul fait que tu agisses ainsi, je me sens beaucoup mieux quant à ce que tu as — .

[Appellant]: I'm trying to word this as good as I can, um, like I say, and I'm not saying that I ain't, uh I won't talk to you guys.

[Appelant]: J'essaie de m'expliquer le mieux possible, hum, je le répète, et je ne dis pas que je ne, euh, je ne vous parlerai pas.

[Appellant]: . . . I'd like to consult with him [counsel] first.

[Appelant]: . . . j'aimerais lui parler [à l'avocat] d'abord.

[Officer #1]: Okay, that, that's — uh — . He, he didn't even, — didn't tell you if he's going to even represent you?

[Policier n° 1]: O.K. c'est, c'est — euh — il, il n'a même pas — ne t'a pas dit s'il va même te représenter?

[Appellant]: No.

[Appelant]: Non.

[Officer #1]: Hah! How much money does he want?

[Policier n° 1]: Ha! Combien veut-il?

[Appellant]: Well when I talk to my lawyer, um, I'm gonna pretty well lay it on the line with him, and find out what or — need to answer it, uh, — answer — won't bother — to say anything at that time, but uh —

[Appelant]: Eh bien, lorsque je parlerai à mon avocat, hum, je vais être franc avec lui, et voir ce que ou — besoin de répondre, euh — répondre — laisser faire — rien dire à ce moment-là, mais euh —

[Officer #1]: Why, why do we, why do you want to wait, I don't understand that and I, just for my own feelings, I'd like to know.

[Policier n° 1]: Pourquoi, pourquoi veux-tu attendre, je ne comprends pas et, pour mes propres sentiments, j'aimerais savoir.

[Officer #1]: Why you can trust him [counsel] more than you can trust us?

[Policier n° 1]: Pourquoi tu peux lui faire confiance [à l'avocat] davantage qu'à nous?

[Appellant]: All I'm saying is that, I won't say nothing at this time until I talk to him.

[Appelant]: Tout ce que je vous dis, c'est que je ne dirai rien avant de lui avoir parlé.

[Officer #1]: Think about it — cause like I say, I, I tell you, I'm a pessimist, cause I've seen lawyers before — .

[Policier n° 1]: Penses-y — parce que comme j'ai dit, je te le dis, je suis pessimiste, car j'ai vu d'autres avocats auparavant — .

5 And the comments continued as follows (at p. 354):

[Officer #1]: Well has he talked anything other than money with you?

[Appellant]: No.

[Officer #1]: Just money?

[Appellant]: Uhh, what do you mean, anything . . .

L'interrogatoire se poursuit ainsi (à la p. 354):

[Policier n° 1]: Bien, a-t-il parlé d'autre chose que d'argent avec toi?

[Appellant]: Non.

[Policier n° 1]: Uniquement d'argent?

[Appellant]: Euh, qu'est-ce que vous voulez dire, d'autre chose . . .

[Officer #1]: Like hasn't he talked about any, getting any sort of help or anything?

[Appellant]: No.

[Officer #1]: Hmh! All he's really been worried about is money, money, money, eh?

On January 4, 1985 the police offered the appellant a "deal". They claimed they had instructions from their "boss" and Crown counsel to make such a deal. The appellant was told by the police that he would only be charged with the second degree murder of Worms in exchange for his providing to the police the location of the gun and other ancillary information related to the murder. When the appellant refused to accept the "deal" without consulting his lawyer, the officers continued to express doubts regarding the helpfulness of the appellant's counsel, emphasizing that he was taking the weekend off. They then kept the deal open only for the weekend, the period of time during which the appellant's counsel was unavailable, underscoring all the while that the deal was but a "one-time chance". The trial record, as cited by the Court of Appeal at pp. 358-59, reveals the following exchanges between the appellant and the law enforcement agents once the "deal" was proposed:

[Appellant]: Why don't you tell my lawyer that [about the deal]?

[Officer #1]: What? That, that we would do this [deal]?

[Appellant]: Yeah.

[Officer #1]: He only talked to us for two minutes and left, he wanted to have the weekend off, he's not even prepared to talk to us till Monday.

[Officer #2]: We're talking to you, Terry, because I think you're the one that should be — .

[Officer #1]: You're the one that's sitting here, and your parents are sitting at home!

[Officer #1]: The difference is that your family are, are sitting there for another week or two weeks, while your lawyer is going back and forth,

[Policier n° 1]: Par exemple, il ne t'a pas parlé d'obtenir une aide quelconque ou quelque chose comme ça?

[Appelant]: Non.

[Policier n° 1]: Hum! Tout ce qui le préoccupe, c'est l'argent, l'argent, l'argent, hein?

Le 4 janvier 1985, les policiers ont offert à l'appelant de conclure un marché. Ils ont prétendu avoir reçu des directives en ce sens de leur «patron» et du substitut du procureur général. Ils ont informé l'appelant qu'il ne serait accusé que du meurtre au deuxième degré de Worms s'il acceptait d'indiquer à la police l'endroit où se trouvait l'arme à feu, et de donner des renseignements accessoires sur le meurtre. Face au refus de l'appelant de conclure ce marché sans consulter son avocat, les policiers ont continué à exprimer des doutes sur l'utilité de ce dernier, soulignant qu'il avait pris congé pour le week-end. Ils ont alors maintenu leur offre pour le week-end seulement, soit le délai pendant lequel l'avocat de l'appelant ne serait pas libre, soulignant pendant tout ce temps que l'offre constituait une «chance unique». Le dossier du procès, que la Cour d'appel cite aux pp. 358 et 359, rapporte les échanges suivants entre l'appelant et les policiers après que le «marché» eut été proposé:

[TRADUCTION]

[Appelant]: Pourquoi n'en parlez-vous pas à mon avocat [du marché]?

[Policier n° 1]: Quoi? Que nous ferions cela [le marché]?

[Appelant]: Ouais.

[Policier n° 1]: Il ne nous a parlé que pendant deux minutes puis il est parti, il voulait prendre congé ce week-end, il n'est même pas disposé à nous parler avant lundi.

[Policier n° 2]: Nous te parlons, Terry, parce que je crois que tu es celui qui devrait — .

[Policier n° 1]: Parce que tu es ici et que tes parents sont à la maison!

[Policier n° 1]: La différence, c'est que les membres de ta famille attendent là pendant encore une ou deux semaines, pendant que ton avocat va et

having his weekends off and, and uh, whatever, and they're, they're just waiting for the knock on the door. That's the difference. I agree with you, as far as the sentence is concerned, there's no difference. None whatsoever, because you'll do the time on the most serious, which we've already got . . .

[Appellant]: How do you know it's more serious?

[Officer #1]: Well, because it's a First Degree [murder] charge. We're offering you the Second Degree one. That's, that's like uh . . . I, I can't believe you're hedging on it. Jees, cause that's, that would be . . .

vient et prend congé les week-ends et, euh, peu importe, et ils attendent que l'on frappe à leur porte. C'est ça, la différence. Je conviens avec toi que pour ce qui est de la peine, il n'y a pas de différence. Aucune quelle qu'elle soit, puisque tu purgeras une peine relativement à la plus grave, ce que nous avons déjà obtenu . . .

[Appellant]: Comment pouvez-vous savoir qu'elle est plus grave?

[Policier n° 1]: Eh bien, parce qu'il s'agit d'une accusation de [meurtre] au premier degré. Nous t'offrons une accusation de meurtre au deuxième degré. C'est, c'est comme euh [...] Je ne peux pas croire que tu hésites, parce que, parce que ce serait . . .

⁷ On the night of January 4, 1985, the appellant eventually acquiesced to the deal despite having telephoned another lawyer who had advised him not to talk to the police. The appellant fulfilled his half of the bargain: by midnight the police had a full confession, had been brought to the murder site, and had the possibility of locating the murder weapon. On the morning of January 5, 1985, appellant told his girlfriend Judy Hall that he had brought the police to the location where the gun had been left months earlier under what had since become the frozen Kootenay River. He also told her he knew (at p. 365) "something about the death of Ms. Worms".

Au cours de la nuit du 4 janvier 1985, l'appelant a finalement acquiescé au marché en dépit du fait qu'il avait téléphoné à un autre avocat qui lui avait conseillé de ne rien dire aux policiers. L'appelant a respecté sa part du marché: à minuit, il avait fait des aveux complets aux policiers, il les avait amenés sur les lieux du meurtre et leur avait indiqué l'endroit où ils pourraient trouver l'arme du crime. Le 5 janvier 1985 au matin, l'appelant a raconté à son amie Judy Hall qu'il avait amené la police là où, quelques mois plus tôt, il avait laissé l'arme à feu dans la rivière Kootenay dont les eaux étaient maintenant gelées. Il lui a également déclaré (à la p. 365) qu'il savait [TRADUCTION] «quelque chose au sujet de la mort de Mme Worms».

⁸ Later that day, however, the appellant was told the deal never existed in the manner in which he understood it. Apparently Crown counsel had only authorized the officers to say that a plea of guilty to second degree murder would be accepted, not that the appellant would be charged with second degree murder, the difference being the accused would have the option to plead not guilty to second degree murder. The trial judge, Toy J. (as he then was), found as a fact that the police officers had made an honest mistake. When informed about the aborted deal, the appellant's reaction was as follows:

Toutefois, plus tard le même jour, l'appelant a été avisé que le marché conclu n'avait jamais eu le sens qu'il lui avait prêté. Apparemment, le substitut du procureur général avait seulement autorisé les policiers à dire qu'un plaidoyer de culpabilité de meurtre au deuxième degré serait accepté, et non que l'appelant serait accusé de meurtre au deuxième degré, la différence étant que, dans ce dernier cas, l'accusé aurait le choix de plaider non coupable à l'accusation en question. Le juge du procès Toy (maintenant juge de la Cour d'appel) a tiré la conclusion de fait que les policiers avaient commis une erreur honnête. Informé que le marché avait échoué, l'appelant a réagi ainsi:

[TRADUCTION]

[Officer #1]: Maybe I should bring you up first uh . . . just up on what's transpired today with Crown counsel and everything.

[Policier n° 1]: Je devrais peut-être euh, t'informer d'abord de ce qui s'est passé aujourd'hui avec le substitut du procureur et de tout cela.

[Officer #1]: I don't know if you're going to be very happy with the Crown, but what they've been saying is that uh . . . they said that Glenn had no right to make any deals with you and their [sic] taking the you know it's probably no surprise to you but their [sic] taking the . . . the uh . . . line that we decide on what charges are laid.

[Appellant]: Ya, that's not very fair to me, though is it?

[Policier n° 1]: Je ne sais pas si tu vas être heureux de la décision du substitut, mais ils disent que euh [...] ils disent que Glenn n'avait pas le droit de conclure un marché avec toi et ils soutiennent, tu n'en es probablement pas surpris, mais ils soutiennent que [...] que euh [...] que nous décidons des accusations qui sont portées.

[Appelant]: Ouais, mais ce n'est pas très juste pour moi, n'est-ce pas?

[Appellant]: I mean uh . . . promises were made to me and there [sic] not being kept.

[Appelant]: Je veux dire euh [...] on m'a fait des promesses et elles ne sont pas respectées.

[Appellant]: So what you're telling is that it's another murder one charge?

[Appelant]: Alors ce que vous êtes en train de dire, c'est qu'il y a une autre accusation de meurtre au premier degré?

[Officer #1]: I'm telling ya is that what I'm telling you is that the Crown will not let us make deals and their [sic] . . . their [sic] the ones that uh . . . will decide on those sort of things so that the problem is . . . that their [sic] not bound to go by and uh.

[Policier n° 1]: Je te dis que ce que je te dis que le substitut du procureur ne nous laissera pas conclure de marché et ils [...] c'est eux [...] euh [...] qui décideront ce genre de choses alors le problème c'est qu'ils ne sont pas tenus de le respecter et euh.

[Officer #1]: Like I say it's a piss off for everybody concerned . . .

[Policier n° 1]: Comme je l'ai dit, c'est vraiment embêtant pour tout le monde . . .

The appellant was charged on January 8, 1985, with the first degree murder of Worms, and the Crown subsequently sought to introduce all of the evidence obtained while the appellant was under the misunderstanding that he was participating in a valid agreement. Of particular significance is the fact that the police never consulted with the appellant's counsel regarding the "deal" nor did they give the appellant the opportunity to speak to his counsel.

Le 8 janvier 1985, l'appelant a été accusé du meurtre au premier degré de Worms, puis le ministère public a tenté de produire tous les éléments de preuve obtenus au moment où l'appelant croyait à tort qu'il était partie à une entente valide. Le fait que les policiers n'aient jamais consulté l'avocat de l'appelant au sujet du marché et qu'ils n'aient pas donné non plus à l'appelant la possibilité de parler à son avocat revêt une importance particulière.

10

At trial, a breach of s. 10(b) of the *Charter* was found. The trial judge held that, as a result of this violation, the appellant's confession, his disclosure of the location of the weapon, as well as his directions and gestures to the police were inadmissible. However, Toy J. admitted the fact of finding the gun, the actual gun, as well as Hall's testimony regarding the statements made to her by the appellant. The appellant was convicted of the first degree murder of Denean Worms. He appealed. The Court of Appeal affirmed the decision of the trial judge, but there was a strong dissent by McEachern C.J., who found that admitting any or all of the derivative evidence would bring the administration of justice into disrepute.

Au procès, on a conclu que l'al. 10b) de la *Charte* avait été violé. Le juge du procès a statué qu'en raison de cette violation la confession de l'appelant, sa divulgation de l'endroit où se trouvait l'arme, de même que les directives qu'il avait données aux policiers et les signes qu'il leur avait faits étaient inadmissibles. Le juge Toy a cependant admis en preuve le fait que l'arme à feu avait été trouvée, l'arme à feu elle-même et le témoignage de Hall concernant les déclarations que l'appelant lui avait faites. L'appelant a été déclaré coupable du meurtre au premier degré de Denean Worms, verdict dont il a interjeté appel. La Cour d'appel a confirmé la décision du juge du procès, mais avec une forte dissidence de la part du juge en chef McEachern qui a conclu qu'admettre l'un ou l'autre ou tous les éléments de preuve dérivée était susceptible de déconsidérer l'administration de la justice.

B. Analysis

11 Although the appellant has advanced some seven grounds for appeal, it is only proper for this Court to consider those which gave rise to the dissenting opinion among the members of the British Columbia Court of Appeal since the appellant never submitted an application for leave with respect to the other issues. The issues giving rise to dissent in the court below all relate to the admissibility of the derivative evidence, more specifically: (1) the testimony from Hall that the appellant told her he showed the police where the gun could be found; (2) evidence that police divers had found the gun in the river; (3) testimony from Everett Biddlecome (a witness) and the lawful owner of the gun (James Lewis) identifying the murder weapon at trial; and (4) the gun itself. The admissibility of these pieces of evidence is contingent upon the resolution of the legal questions at issue in this appeal: namely (1) was the accused denied his right to counsel under s. 10(b) of the *Charter*; and (2) if so, what consequences flow from that violation?

B. Analyse

Bien que l'appelant ait invoqué quelque sept moyens d'appel, il convient que notre Cour n'examine que ceux qui sont à l'origine de la dissidence chez les juges de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique puisque l'appelant n'a jamais soumis de demande d'autorisation relativement aux autres questions. Les questions qui ont motivé la dissidence en cour d'appel portent toutes sur l'admissibilité des éléments de preuve dérivée, plus particulièrement: (1) le témoignage de Hall selon lequel l'appelant lui a raconté avoir indiqué à la police l'endroit où l'arme à feu se trouvait, (2) la preuve que des plongeurs de la police ont trouvé l'arme à feu dans la rivière, (3) le témoignage d'Everett Biddlecome (un témoin) et du propriétaire légitime de l'arme à feu (James Lewis) identifiant l'arme du crime au procès, et (4) l'arme à feu elle-même. L'admissibilité de ces éléments de preuve dépend de la réponse aux questions juridiques soulevées dans le présent pourvoi, savoir: (1) Y a-t-il eu négation du droit à l'assistance d'un avocat, que garantissait à l'accusé l'al. 10b) de la *Charte*? Et (2) dans l'affirmative, quelles sont les conséquences de cette violation?

(i) *Was there a denial of the accused's right to counsel?*

Section 10(b) of the *Charter* guarantees an accused the right, upon arrest and detention, to retain and instruct counsel without delay and to be informed of that right. This Court has consistently given a broad interpretation to s. 10(b). In the case at bar, there were several ways in which the appellant's right to counsel was denied.

First, the police continually questioned him despite his repeated statements that he would say nothing absent consultation with his lawyer. Section 10(b) requires, barring urgent circumstances, that the police refrain from attempting to elicit incriminatory evidence once a detainee has asserted his or her right to counsel: *R. v. Prosper*, [1994] 3 S.C.R. 236; *R. v. Matheson*, [1994] 3 S.C.R. 328; *R. v. Brydges*, [1990] 1 S.C.R. 190.

Second, s. 10(b) specifically prohibits the police, as they did in this case, from belittling an accused's lawyer with the express goal or effect of undermining the accused's confidence in and relationship with defence counsel. It makes no sense for s. 10(b) of the *Charter* to provide for the right to retain and instruct counsel if law enforcement authorities are able to undermine either an accused's confidence in his or her lawyer or the solicitor-client relationship.

Third, the improper conduct by the police regarding the plea bargain also amounted to an infringement of s. 10(b). On this issue, I would affirm the conclusion of Toy J. at trial and McEachern C.J. on appeal that s. 10(b) was violated when the officers pressured the appellant into accepting the "deal" without first having the opportunity to consult with his lawyer.

An argument could be made that, at the moment the plea bargain was offered, no s. 10(b) violation arose since the accused had an opportunity to call a lawyer, albeit not his particular lawyer, whom the police knew to be unavailable for the one night

(i) *Y a-t-il eu négation du droit de l'accusé à l'assistance d'un avocat?*

L'alinéa 10b) de la *Charte* garantit à l'accusé le droit, lors de son arrestation et de sa détention, d'avoir recours sans délai à l'assistance d'un avocat et d'être informé de ce droit. Notre Cour a constamment donné à l'al. 10b) un sens large. En l'espèce, le droit de l'appelant de recourir à l'assistance d'un avocat a été nié de plusieurs façons.

Premièrement, les policiers ont interrogé l'appelant sans relâche bien qu'il ait indiqué, à maintes reprises, qu'il ne dirait rien sans avoir consulté son avocat. L'alinéa 10b) requiert, sauf en cas d'urgence, que la police s'abstienne de tenter de soutenir au détenu une preuve incriminante une fois que celui-ci a invoqué son droit à l'assistance d'un avocat: *R. c. Prosper*, [1994] 3 R.C.S. 236; *R. c. Matheson*, [1994] 3 R.C.S. 328; *R. c. Brydges*, [1990] 1 R.C.S. 190.

Deuxièmement, l'al. 10b) interdit expressément aux policiers de dénigrer l'avocat d'un accusé, comme ils l'ont fait en l'espèce, dans le but ou avec comme résultat exprès de miner la confiance de l'accusé en son avocat et sa relation avec lui. Il ne sert à rien que l'al. 10b) de la *Charte* garantisson le droit à l'assistance d'un avocat si les autorités chargées d'appliquer la loi sont en mesure de miner la confiance de l'accusé en son avocat ou la relation entre un avocat et son client.

Troisièmement, la conduite répréhensible des policiers, concernant la négociation d'un plaidoyer, contrevenait également à l'al. 10b). À ce propos, je suis d'avis de confirmer la conclusion tirée par le juge Toy au procès et par le juge en chef McEachern en appel, selon laquelle il y a eu violation de l'al. 10b) lorsque les policiers ont fait pression sur l'appelant pour qu'il accepte leur offre sans avoir préalablement eu la possibilité de consulter son avocat.

On pourrait soutenir qu'au moment où l'offre de négociation d'un plaidoyer a été faite, il n'y a eu aucune violation de l'al. 10b) puisque l'accusé avait eu la possibilité d'appeler un avocat, quoique ce ne fût pas son avocat qui, à la connaissance de

the offer was left open. However, I am not persuaded by such an argument. Allowing the appellant to call a random lawyer is, given the seriousness of the situation he faced and the circumstances of this case, insufficient for the officers to discharge their responsibilities under s. 10(b). This is especially so when the call to this unknown lawyer is placed within the context of the general trickery and subterfuge used by the police in arranging matters so that the appellant himself had to decide on the plea in the absence of his own counsel. Although it is clear that s. 10(b) does not guarantee an accused the right to the counsel of his or her choice at all times, in a situation such as the appellant's I believe that either the offer should have been made at a point in time when the accused's lawyer (who was entirely familiar with the facts of his case) was available or the police should have kept it open to a point in time when the accused's counsel would reasonably be considered to be available.

la police, n'était pas disponible pendant la nuit où l'offre a été mise sur la table. Toutefois, cet argument ne me convainc pas. Compte tenu de la gravité de la situation dans laquelle il se trouvait et des circonstances de la présente affaire, permettre à l'appelant d'appeler un avocat au hasard n'était pas suffisant pour permettre aux policiers de s'acquitter des obligations qui leur incombaient sous le régime de l'al. 10b). Cela est d'autant plus vrai du fait que l'appelant a appelé cet avocat qu'il ne connaissait pas, alors que la police avait eu recours à la supercherie et au subterfuge généralisés pour faire en sorte que l'appelant ait à décider lui-même du plaidoyer en l'absence de son propre avocat. Bien qu'il soit clair que l'al. 10b) ne garantit pas en tout temps à l'accusé le droit à l'assistance de l'avocat de son choix, je crois que, dans une situation comme celle dans laquelle se trouvait l'appelant, l'offre aurait dû être faite au moment où l'avocat de l'accusé (qui connaissait parfaitement les faits de son cas) était disponible, ou encore que la police aurait dû la maintenir jusqu'à ce que l'on puisse raisonnablement considérer que l'avocat de l'accusé était disponible.

¹⁷ In this conclusion I agree with the following passage from McEachern C.J.'s dissent in the court below at pp. 367-68:

The s. 10 Charter rights of detained persons who have elected to exercise their constitutional rights to retain and instruct counsel would be seriously compromised if police officers having complete control over such persons, should seek . . . directly or indirectly, to disregard or act contrary to the advice they have received.

En concluant ainsi, je souscris au passage suivant des motifs de dissidence du juge en chef McEachern (aux pp. 367 et 368):

[TRADUCTION] Les droits que l'art. 10 de la Charte garantit aux détenus qui ont choisi d'exercer leur droit constitutionnel de recourir à l'assistance d'un avocat seraient gravement compromis si des policiers qui exercent un contrôle complet sur ces personnes tentaient [. . .], directement ou indirectement, d'ignorer l'avis qu'ils ont reçu ou d'agir contrairement à celui-ci.

Even more serious, in my view, was the police insistence that the accused make a decision that very evening when the police knew the lawyer for the accused was not available. This is worse than the "unfair trick" described in *R. v. Hebert* . . . , [1990] 2 S.C.R. 151, [at p. 158] . . . There was no urgency, and the police could well have waited over the weekend when the matter could have been discussed with counsel for the accused. Their failure to do so constituted a clear denial of the accused's s. 10(b) Charter right to retain and instruct counsel.

Ce qui est même plus grave à mon avis, les policiers ont insisté pour que l'accusé prenne une décision le soir même alors qu'ils savaient que son avocat n'était pas disponible. Cela est pire que l'«artifice inéquitable» décrit dans l'arrêt *R. c. Hebert* [. . .], [1990] 2 R.C.S. 151, [à la p. 158] [. . .] Il n'y avait aucune urgence et les policiers auraient certainement pu attendre la fin du week-end de manière à pouvoir discuter de l'affaire avec l'avocat de l'accusé. Leur omission de ce faire a constitué nettement une négation du droit, garanti à l'accusé par l'al. 10b) de la Charte, de recourir à l'assistance d'un avocat.

When, at first, the appellant refused to accept the deal without consulting with a lawyer, the officers resumed their attempts to discourage the appellant from meeting with his lawyer by observing that the appellant's lawyer was taking the weekend off, by stressing that any delays in accepting the deal would prove painful for the appellant's family, and by underscoring that the deal was being offered for that night only. The end result of this badgering was that the accused did not understand the full content of his right to counsel. When it is evident that there is such a misunderstanding, the police cannot rely on a mechanical recitation of the right to counsel in order to discharge their responsibilities under s. 10(b): *R. v. Evans*, [1991] 1 S.C.R. 869, at p. 891. They must take positive steps to facilitate that understanding. In the case at bar, not only did the police fail to take affirmative steps to clear up the appellant's confusion, but they also in fact created this confusion in the first place.

The following excerpt from the decision of Toy J. indicates the extent to which the appellant did not understand the meaning of the right to counsel:

In his testimony the accused was asked why, in light of the two lawyers' advice not to speak to the police, he had done so and he replied, "I was under the impression that if I cooperated with the police I'd face a lesser charge and I didn't need a lawyer." In my judgment this impression is totally justifiable when one reads the transcript of the denigrating way the police officers referred to the accused's then lawyer. [Emphasis in original.]

It is thus apparent from the transcripts that the accused would not have made the deal with police if it were not for the concerted effort by the police to convince the accused not to consult with his counsel.

I underscore that, in *Evans, supra*, at pp. 886-87 and 893, McLachlin J. held that the police have the duty to advise a suspect of the right to counsel where there is a fundamental and discrete change in the purpose of an investigation which involves a different and unrelated offence or a significantly

Lorsque, dès le départ, l'appelant a refusé de conclure le marché sans consulter son avocat, les policiers ont de nouveau tenté de le décourager de rencontrer son avocat en faisant remarquer que celui-ci était en congé pour le week-end, en soulignant que tout retard mis à accepter l'offre se révélerait pénible pour la famille de l'appelant et en faisant ressortir que l'offre n'était valide que pour cette nuit-là. Ce harcèlement a finalement empêché l'accusé de saisir tout le sens de son droit à l'assistance d'un avocat. Lorsqu'il est évident qu'il existe un tel malentendu, les policiers ne peuvent se contenter de réciter de façon rituelle la mise en garde relative au droit à l'assistance d'un avocat pour s'acquitter des obligations qui leur incombent en vertu de l'al. 10b): *R. c. Evans*, [1991] 1 R.C.S. 869, à la p. 891. Ils doivent prendre des mesures concrètes pour faciliter cette compréhension. En l'espèce, non seulement les policiers n'ont-ils pris aucune mesure concrète pour dissiper la confusion chez l'appelant, mais encore ce sont eux, au départ, qui ont engendré cette confusion.

Le passage suivant de la décision du juge Toy indique la mesure dans laquelle l'appelant n'a pas compris le sens du droit à l'assistance d'un avocat:

[TRADUCTION] Au cours du témoignage de l'accusé, on lui a demandé la raison pour laquelle il avait fait fi du conseil de deux avocats de ne pas parler à la police. Il a répondu ceci: «J'avais l'impression que si je collaborais avec la police, je ferais face à une accusation moins grave, et que je n'avais pas besoin d'un avocat.» À mon sens, cette impression est totalement justifiable si on lit la transcription de la façon désobligeante dont les policiers ont parlé de celui qui était alors l'avocat de l'accusé. [Souligné dans l'original.]

Il ressort donc des transcriptions que l'accusé n'aurait pas conclu le marché avec les policiers n'eût été les efforts concertés que ceux-ci ont déployés pour le convaincre de ne pas consulter son avocat.

Je souligne que, dans *Evans*, précité, aux pp. 886, 887 et 893, le juge McLachlin a conclu que les policiers sont tenus d'informer un suspect de son droit à l'assistance d'un avocat quand il y a un changement radical et net de l'objet de l'enquête, qui vise une infraction différente et indépendante

more serious offence than that contemplated at the time of the original instruction of the right to counsel. Such a situation arose in the case at bar. The deal offered by the police involved a different offence and was of such material importance to the appellant that it constituted a fundamental change in the course of his prosecution. For the reasons discussed earlier, a genuine effort should have been made to contact the accused's own lawyer.

²¹ Furthermore, I conclude that s. 10(b) mandates the Crown or police, whenever offering a plea bargain, to tender that offer either to accused's counsel or to the accused while in the presence of his or her counsel, unless the accused has expressly waived the right to counsel. It is consequently a constitutional infringement to place such an offer directly to an accused, especially (as in the present appeal) when the police coercively leave it open only for the short period of time during which they know defence counsel to be unavailable. In the case at bar, the police should have negotiated the "deal" with the appellant's counsel or, at a minimum, with the appellant while accompanied by his lawyer.

²² I emphasize that, in the case at bar, there was no urgency to the matter. Mere expediency or efficiency is not sufficient to create enough "urgency" to permit a s. 10(b) breach: *Prosper*, *supra*. Neither the precipitous issuing of the plea bargain by the police nor their conscious undermining of the accused's relationship with his counsel can be justified on the basis that such conduct allegedly facilitated the investigatory process.

²³ In closing, given the appellant's success on the other questions he raises, I need not deal with his submission that the breach by the Crown of the plea bargain deal also triggered constitutional violations. However, I should mention that, to the extent that the plea bargain is an integral element of the Canadian criminal process, the Crown and

ou une infraction beaucoup plus grave que celle qui était en cause à l'époque de la première mise en garde relative au droit à l'assistance d'un avocat. C'est ce qui s'est produit en l'espèce. L'offre de la police visait une infraction différente et revêtait une telle importance pour l'appelant qu'elle constituait un changement radical de l'orientation des poursuites dont il faisait l'objet. Pour les motifs exprimés précédemment, les policiers auraient dû s'efforcer véritablement de communiquer avec l'avocat de l'accusé.

J'en viens par ailleurs à la conclusion que l'al. 10b exige que le ministère public ou les policiers qui font une offre de négocier un plaidoyer soumettent cette offre soit à l'avocat de l'accusé, soit à l'accusé lui-même en présence de son avocat, à moins que l'accusé n'ait expressément renoncé à son droit à l'assistance d'un avocat. Il est donc inconstitutionnel de faire une telle offre directement à un accusé, particulièrement (comme c'est le cas en l'espèce) lorsque la police, dans le but de forcer la main de l'accusé, ne la maintient que pour le bref laps de temps pendant lequel elle sait que l'avocat de la défense ne sera pas disponible. Dans la présente affaire, la police aurait dû négocier le marché avec l'avocat de l'appelant ou, à tout le moins, avec l'appelant en la présence de son avocat.

J'insiste sur le fait qu'en l'espèce il n'y avait aucune urgence à ce propos. Les simples motifs de commodité ou d'efficacité ne suffisent pas à créer une «urgence» suffisante pour justifier une violation de l'al. 10b): *Prosper*, précité. Ni l'offre précipitée de la police de négocier un plaidoyer, ni sa tentative délibérée de miner la relation de l'accusé avec son avocat ne sauraient être justifiées pour le motif qu'un tel comportement a, paraît-il, facilité l'enquête.

Enfin, étant donné que l'appelant obtient gain de cause sur les autres questions qu'il soulève, je n'ai pas à me pencher sur sa prétention que le manquement du ministère public à l'entente survenue en matière de négociation d'un plaidoyer a également entraîné des violations de la Constitution. Toutefois, je devrais mentionner que, dans la mesure où

its officers engaged in the plea bargaining process must act honourably and forthrightly.

(ii) *What is the just and appropriate remedy?*

Having found a serious *Charter* violation, I now turn to the question of the appropriate remedy. I see no reason to interfere with the lower courts' conclusion that it is inappropriate to stay these proceedings. Stays should only be limited to the "clearest of cases" and, despite the exhortations of appellant's counsel to the contrary, this is not such a case: *R. v. Power*, [1994] 1 S.C.R. 601. After all, a judicial stay is "the most drastic of remedies": *R. v. L. (W.K.)*, [1989] B.C.J. No. 1700 (C.A.) (QL), aff'd [1991] 1 S.C.R. 1091. Therefore, given the inappropriateness of staying these proceedings on account of the s. 10(b) violation, the fundamental question that must be addressed is whether s. 24(2) of the *Charter* can operate to exclude any or all of the derivative evidence that had been admitted at trial.

Section 24(2) provides that when evidence is obtained in a manner that infringes an accused's *Charter* rights, this evidence shall be excluded from the trial process if it is established that, having regard to all of the circumstances, the admission of such evidence would bring the administration of justice into disrepute. The approach to be employed in interpreting the content of "bringing the administration of justice into disrepute" was outlined by the Court in *R. v. Collins*, [1987] 1 S.C.R. 265. It is commonly recognized that the *Collins* decision established a test to gauge whether the impugned evidence ought to be admitted or excluded. The purpose of this test is to oblige law enforcement authorities to respect the exigencies of the *Charter* and to preclude improperly obtained evidence from being admitted to the trial process when it impinges upon the fairness of the trial.

la négociation d'un plaidoyer fait partie intégrante du processus criminel canadien, le ministère public et ses représentants qui prennent part au processus de négociation doivent agir honorablement et avec franchise.

(ii) *Quelle est la réparation juste et convenable?*

Après avoir conclu à l'existence d'une violation grave de la *Charte*, je vais maintenant examiner la question de la réparation convenable. Je ne vois aucune raison de modifier la conclusion des tribunaux d'instance inférieure selon laquelle il ne convient pas d'arrêter les présentes procédures. Les arrêts de procédures ne devraient être ordonnés que dans les «cas les plus manifestes» et, en dépit des exhortations contraires de l'avocat de l'appellant, ce n'est pas le cas en l'espèce: *R. c. Power*, [1994] 1 R.C.S. 601. Après tout, l'ordonnance judiciaire d'arrêt des procédures est [TRADUCTION] «la plus radicale des réparations»: *R. c. L. (W.K.)*, [1989] B.C.J. No. 1700 (C.A.) (QL), conf. par [1991] 1 R.C.S. 1091. En conséquence, puisqu'il ne convient pas d'ordonner l'arrêt des présentes procédures pour cause de violation de l'al. 10b), la question fondamentale qui doit être abordée est de savoir si le par. 24(2) de la *Charte* peut avoir pour effet d'exclure l'un ou l'autre ou la totalité des éléments de preuve dérivée admis au procès.

Aux termes du par. 24(2), les éléments de preuve obtenus dans des conditions qui portent atteinte aux droits garantis à un accusé par la *Charte* sont écartés du procès s'il est établi, eu égard aux circonstances, que leur utilisation est susceptible de déconsidérer l'administration de la justice. Dans l'arrêt *R. c. Collins*, [1987] 1 R.C.S. 265, notre Cour a exposé la façon dont il faut interpréter l'expression «déconsidérer l'administration de la justice». Il est généralement reconnu que cet arrêt a établi un critère qui permet d'évaluer si les éléments de preuve contestés devraient être admis ou écartés. Ce critère a pour objectif de contraindre les autorités chargées d'appliquer la loi à respecter les exigences de la *Charte* et d'empêcher que les éléments de preuve obtenus irrégulièrement ne soient admis s'ils portent atteinte à l'équité du procès.

26

I note that, at the time of trial, the *Collins* decision had not yet been rendered. The trial judge had consequently governed himself by the determinative authority in British Columbia at the time, *R. v. Gladstone* (1985), 22 C.C.C. (3d) 151 (B.C.C.A.), which adopted a narrower interpretation of s. 24(2) than that currently applicable. As early as *R. v. Jacoy*, [1988] 2 S.C.R. 548, at p. 558, this Court decided that *Gladstone* had been overtaken by more recent Supreme Court jurisprudence, most notably *Collins*. Owing to the application of the "in the system rule" (*R. v. Wigman*, [1987] 1 S.C.R. 246) the appellant is entitled to the benefit of the *Collins* test in terms of the disposition of his appeal.

27

When the *Collins* test is applied to the facts at bar, I find, as did McEachern C.J. in dissent below, that all of the derivative evidence ought to be excluded.

28

In *Collins*, *supra*, at pp. 283-85, Lamer J. (as he then was) set forth a number of criteria to be examined in determining whether the admission of evidence obtained in violation of a *Charter* right would tend to bring the administration of justice into disrepute. In a subsequent decision, *Jacoy*, *supra*, Lamer J. then explicitly grouped these factors into three categories: (1) those affecting the fairness of the trial; (2) those relating to the seriousness of the violation; and (3) those relating to the effect on the reputation of the administration of justice of excluding the evidence. It appears that, when the s. 24(2) analysis was first developed by this Court in *Collins*, the impact of the evidence on the fairness of the trial was determined to be the most important consideration under s. 24(2) in terms of triggering the exclusionary effect of the *Charter* remedy. In *Collins*, *supra*, at p. 284, Lamer J. held:

If the admission of the evidence in some way affects the fairness of the trial, then the admission of the evidence would tend to bring the administration of justice into

Je remarque qu'à l'époque du procès l'arrêt *Collins* n'avait pas encore été rendu. Le juge du procès s'est donc fondé sur l'arrêt *R. c. Gladstone* (1985), 22 C.C.C. (3d) 151 (C.A.C.-B.), qui faisait autorité à l'époque en Colombie-Britannique et dans lequel la cour avait adopté une interprétation plus stricte du par. 24(2) que celle qui s'applique actuellement. Déjà dans l'arrêt *R. c. Jacoy*, [1988] 2 R.C.S. 548, à la p. 558, notre Cour avait décidé que l'arrêt *Gladstone* avait été supplanté par la jurisprudence plus récente de la Cour suprême, plus particulièrement par l'arrêt *Collins*. En raison de l'application de la «règle de l'affaire en cours» (*R. c. Wigman*, [1987] 1 R.C.S. 246), l'appelant a le droit de bénéficier du critère de l'arrêt *Collins* pour ce qui est de statuer sur son pourvoi.

Si j'applique le critère de l'arrêt *Collins* aux faits de la présente affaire, je conclus, à l'instar du juge en chef McEachern, dissident en cour d'appel, que tous les éléments de preuve dérivée devraient être écartés.

Dans l'arrêt *Collins*, précité, aux pp. 283 à 285, le juge Lamer (maintenant Juge en chef) a énoncé un certain nombre de critères qu'il faut examiner pour déterminer si l'utilisation d'éléments de preuve obtenus contrairement à un droit garanti par la *Charte* est susceptible de déconsidérer l'administration de la justice. Dans l'arrêt subséquent *Jacoy*, précité, le juge Lamer a ensuite explicitement regroupé ces facteurs en trois catégories: (1) ceux qui portent atteinte à l'équité du procès, (2) ceux qui ont trait à la gravité de la violation, et (3) ceux qui se rapportent à l'effet de l'exclusion de la preuve sur la considération dont jouit l'administration de la justice. Il appert que, lorsque notre Cour a pour la première fois formulé l'analyse fondée sur le par. 24(2) dans l'arrêt *Collins*, l'effet de la preuve sur l'équité du procès a été jugé comme étant le facteur le plus important sous le régime du par. 24(2) pour ce qui est de déclencher l'effet d'exclusion de la réparation prévue par la *Charte*. Dans l'arrêt *Collins*, précité, à la p. 284, le juge Lamer dit:

Si l'utilisation de la preuve portait atteinte de quelque façon à l'équité du procès, alors celle-ci tendrait à déconsidérer l'administration de la justice et, sous

disrepute and, subject to a consideration of the other factors, the evidence generally should be excluded. [Emphasis in original.]

In *Collins*, *supra*, at pp. 284-85, Lamer J. also noted that self-incriminatory evidence obtained as a result of a *Charter* breach (i.e., evidence where the accused is conscripted against him- or herself through a confession or other evidence emanating from him or her) will generally go to the fairness of the trial and should generally be excluded. It was expressly held that such evidence will generally arise in the context of an infringement of the right to counsel. For more recent cases on this point, see *R. v. Broyles*, [1991] 3 S.C.R. 595; *R. v. Hebert*, [1990] 2 S.C.R. 151; *R. v. Elshaw*, [1991] 3 S.C.R. 24. Trial unfairness strikes at the heart of the reputation of the administration of justice: *Hebert*, *supra*, at pp. 207-8; see also J. Sopinka, S. N. Lederman and A. W. Bryant, *The Law of Evidence in Canada* (1992), at p. 407, “[o]nce impugned evidence has been found to come within the trial fairness rationale, exclusion is virtually certain to follow”.

On the other hand, Lamer J. noted that the admission of real evidence obtained in a manner that violates the *Charter* will rarely operate unfairly for that reason alone. This conclusion militates against the exclusion of the gun in the case at bar. However, I find that, in jurisprudence subsequent to *Collins*, this Court has consistently shied away from the differential treatment of real evidence. For example, in *R. v. Ross*, [1989] 1 S.C.R. 3, at p. 16, Lamer J. emphasized that the admissibility of evidence under s. 24(2) depended ultimately not on its nature as real or testimonial, but on whether or not it would only have been found with the compelled assistance of the accused:

... the use of any evidence that could not have been obtained but for the participation of the accused in the construction of the evidence for the purposes of the trial would tend to render the trial process unfair. [Emphasis added.]

réserve de la considération des autres facteurs, la preuve devrait généralement être écartée. [Souligné dans l'original.]

Dans l'arrêt *Collins*, précité, aux pp. 284 et 285, le juge Lamer fait également remarquer que la preuve auto-incriminante obtenue à la suite d'une violation de la *Charte* (c'est-à-dire lorsque l'accusé est mobilisé contre lui-même au moyen d'une confession ou d'autres éléments de preuve émanant de lui) compromettra généralement l'équité du procès et devrait généralement être écartée. Il a été expressément déterminé que les éléments de preuve de cette nature sont généralement obtenus dans le contexte d'une violation du droit à l'assistance d'un avocat. Pour des arrêts plus récents sur ce point, voir *R. v. Broyles*, [1991] 3 R.C.S. 595; *R. c. Hebert*, [1990] 2 R.C.S. 151; *R. c. Elshaw*, [1991] 3 R.C.S. 24. L'iniquité du procès touche au cœur même de la considération dont jouit l'administration de la justice: *Hebert*, précité, aux pp. 207 et 208; voir également J. Sopinka, S. N. Lederman et A. W. Bryant, *The Law of Evidence in Canada* (1992), à la p. 407, [TRADUCTION] «[d]ès qu'un élément de preuve contesté est jugé attentatoire à l'équité du procès, l'exclusion s'ensuit presque inévitablement».

Le juge Lamer a par ailleurs fait remarquer que l'utilisation d'une preuve matérielle obtenue d'une manière contraire à la *Charte* sera rarement de ce seul fait une cause d'injustice. Cette conclusion milite contre l'exclusion de l'arme à feu en l'espèce. Toutefois, je suis d'avis que, dans la jurisprudence postérieure à l'arrêt *Collins*, notre Cour a constamment répugné à traiter différemment la preuve matérielle. Par exemple, dans l'arrêt *R. c. Ross*, [1989] 1 R.C.S. 3, à la p. 16, le juge Lamer a souligné que l'admissibilité de la preuve en vertu du par. 24(2) dépendait en fin de compte non pas du fait qu'il s'agit d'une preuve matérielle ou testimoniale, mais de la question de savoir si elle n'aurait pu être découverte qu'avec l'aide forcée de l'accusé:

... l'utilisation de tout élément de preuve qu'on n'aurait pas pu obtenir sans la participation de l'accusé à la constitution de la preuve aux fins du procès est susceptible de rendre le procès inéquitable. [Je souligne.]

These comments are apposite to the case at bar. Further, I draw attention to the conclusions of La Forest J. in *R. v. Colarusso*, [1994] 1 S.C.R. 20, at p. 74, where it was noted that the mere fact that impugned evidence is classified as either real or conscriptive should not in and of itself be determinative.

The exclusion of real evidence was specifically dealt with in the decision of this Court in *R. v. Mellenthin*, [1992] 3 S.C.R. 615. The *Mellenthin* case involved the exclusion of drugs found in a car at a random roadside breathalyser checkstop. Cory J. reiterated the distinction between "independently existing evidence that could have been found without compelled testimony" and "independently existing evidence that would have been found without compelled testimony" (emphasis in original) established by La Forest J. in *Thomson Newspapers Ltd. v. Canada (Director of Investigation and Research, Restrictive Trade Practices Commission)*, [1990] 1 S.C.R. 425, at p. 555. The admission of evidence that simply "could have otherwise been found" will have a higher chance of affecting the fairness of the trial. In *Mellenthin*, the admission into evidence of the drugs — despite their status as real evidence — would have certainly affected the trial's fairness because they would not have been found without the improper conduct. The drugs were consequently deemed inadmissible.

I conclude my review of the pertinent jurisprudence with the recent decision of *R. v. S. (R.J.)*, [1995] 1 S.C.R. 451. In that case it was recognized that, despite the fact that theoretically the onus rests on the accused to show that the impugned evidence would not have been found but for the unconstitutional conduct, in practice the burden will often fall on the Crown as it possesses superior knowledge. It was held at p. 553 that the "but-for" test will be met by the Crown when it satisfies the court on a balance of probabilities that the law enforcement authorities would have discovered the impugned derivative evidence regardless of the

Ces commentaires sont appropriés en l'espèce. De plus, j'attire l'attention sur les conclusions du juge La Forest dans *R. c. Colarusso*, [1994] 1 R.C.S. 20, à la p. 74, où il souligne que le simple fait de qualifier la preuve contestée de preuve matérielle ou de preuve obtenue en mobilisant l'accusé contre lui-même ne devrait pas être déterminant en soi.

L'exclusion d'éléments de preuve matérielle a été expressément examinée dans l'arrêt plus récent de notre Cour *R. c. Mellenthin*, [1992] 3 R.C.S. 615. Dans l'affaire *Mellenthin*, il était question de l'exclusion de stupéfiants trouvés dans une voiture au cours d'un contrôle routier ponctuel. Le juge Cory a réitéré la distinction entre «la preuve qui existe indépendamment et qui pourrait avoir été découverte sans le témoignage forcé» et «la preuve qui existe indépendamment et qui aurait été découverte sans le témoignage forcé» (souligné dans l'original), que le juge La Forest a établie dans l'arrêt *Thomson Newspapers Ltd. c. Canada (Directeur des enquêtes et recherches, Commission sur les pratiques restrictives du commerce)*, [1990] 1 R.C.S. 425, à la p. 555. L'utilisation d'éléments de preuve qui «pourraient avoir été découverts autrement» sera plus susceptible de compromettre l'équité du procès. Dans *Mellenthin*, l'admission en preuve de stupéfiants — même s'il s'agissait d'une preuve matérielle — aurait certainement porté atteinte à l'équité du procès puisqu'ils n'auraient pas été découverts sans le comportement répréhensible. Les stupéfiants ont donc été jugés inadmissibles.

Je termine mon survol de la jurisprudence pertinente avec l'arrêt récent *R. c. S. (R.J.)*, [1995] 1 R.C.S. 451. Dans cette affaire, on a reconnu que, bien qu'en théorie, il incombe à l'accusé d'établir que la preuve contestée n'aurait pas été découverte n'eût été le comportement inconstitutionnel, en pratique le fardeau incombera fréquemment au ministère public puisqu'il détient une connaissance supérieure. On a indiqué, à la p. 553, que le ministère public satisfera au critère du «n'eût été» s'il convainc la cour selon la prépondérance des probabilités que les autorités chargées d'appliquer la loi auraient découvert la preuve dérivée que l'on con-

information arising from the unconstitutional conduct.

I now turn to the application of this jurisprudence to the case at bar. At the outset, I note that my colleague, Justice L'Heureux-Dubé, concludes that it is the Hall testimony that constitutes the crux of this appeal. My colleague first decides to determine the admissibility of Hall's testimony and, deeming it to be in fact admissible, then goes on to hold that the admission of the gun and the fact of finding the gun would not bring the administration of justice into disrepute. With respect, I find this approach to be inverted. It is the gun and the fact of finding it that stand at the heart of this appeal. This is the key derivative evidence. To this end, the application of s. 24(2) should first concern itself with the gun and its finding, then Biddlecome's and Lewis' identification of it at trial, and thereafter the Hall testimony.

I suggest that it is appropriate to commence the consideration of what evidence should or should not be excluded from the trial process with the evidence obtained most proximate to the *Charter* breach and then work towards evidence arising more remotely therefrom. Since the trial judge deemed appellant's confession to be inadmissible, the contested evidence most proximate to the breach is the finding of the gun. As shall become evident, this gun would never have been found were it not for the unconstitutional conduct by the police officers. In any event, in terms of formulating this analysis, it must be kept in mind that there may be times (as in this case) where more remote evidence might not be admitted if its admission would have the same effect as admitting the most proximate evidence.

As mentioned earlier, I find that the derivative real evidence, the gun, would not have been found but for the information improperly obtained through the s. 10(b) breach. The question is not even whether such evidence would, on a balance of probabilities, have otherwise been located. The

teste peu importe les renseignements obtenus grâce au comportement inconstitutionnel.

En ce qui concerne maintenant l'application de cette jurisprudence à la présente affaire, je souligne, au départ, que ma collègue le juge L'Heureux-Dubé conclut que c'est le témoignage de Hall qui forme le nœud du pourvoi. Ma collègue décide d'abord de se prononcer sur l'admissibilité du témoignage de Hall et, le jugeant en réalité admissible, elle conclut ensuite que l'admission de l'arme à feu et du fait de sa découverte ne déconsidérerait pas l'administration de la justice. J'estime, en toute déférence, que c'est l'inverse qui s'applique. Ce sont l'arme à feu et le fait que celle-ci a été découverte qui se situent au cœur du présent pourvoi. Ce sont des éléments de preuve dérivée essentiels. Aussi, en appliquant le par. 24(2), on devrait d'abord s'intéresser à l'arme à feu et à sa découverte, puis à son identification au procès par Biddlecome et Lewis, et enfin au témoignage de Hall.

À mon sens, il convient, pour déterminer quels éléments de preuve devraient être admis ou écartés au procès, de considérer d'abord les éléments de preuve ayant le lien le plus étroit avec la violation de la *Charte*, pour en venir aux éléments de preuve qui ont un lien moins direct avec celle-ci. Étant donné que le juge du procès a jugé inadmissibles les aveux de l'appelant, la preuve contestée qui découle le plus directement de la violation est la découverte de l'arme à feu. Comme nous le verrons, cette arme n'aurait jamais été découverte n'eût été le comportement inconstitutionnel des policiers. Quoi qu'il en soit, pour ce qui est de formuler la présente analyse, il faut se rappeler qu'il peut parfois arriver (comme en l'espèce) que la preuve qui a un lien moins direct avec la violation soit écartée dans le cas où son utilisation aurait le même effet que l'utilisation de la preuve qui a le lien le plus étroit avec la violation.

Tel que mentionné précédemment, j'estime que la preuve matérielle dérivée, c'est-à-dire l'arme à feu, n'aurait pu être découverte n'eût été les renseignements obtenus irrégulièrement grâce à une violation de l'al. 10b). Il ne s'agit même pas de savoir si cet élément de preuve aurait pu, selon la

gun was at the bottom of the frozen Kootenay River and the only person who knew of its location was the appellant. In this regard, this case can be sharply distinguished from *R. v. Black*, [1989] 2 S.C.R. 138. In *Black*, after the occurrence of a s. 10(b) violation, an accused helped the police identify a particular knife as the murder weapon. Wilson J. admitted this piece of real evidence, noting at p. 164 that she had "little doubt that the police would have conducted a search of the appellant's apartment with or without her assistance and that such a search would have uncovered the knife". Consequently, the position that the trial judge's discretion should, in the preponderance of cases, be exercised in favour of exclusion with respect to derivative evidence which would not have been obtained but for a witness's testimony is, in fact, consonant with *Black*.

prépondérance des probabilités, être découvert autrement. L'arme était au fond de la rivière Kootenay et seul l'appelant savait où elle se trouvait. À cet égard, on peut établir une nette distinction entre la présente affaire et l'arrêt *R. c. Black*, [1989] 2 R.C.S. 138. Dans l'affaire *Black*, à la suite d'une violation de l'al. 10b), l'accusée a aidé la police à identifier un couteau comme étant l'arme du crime. Le juge Wilson a admis cet élément de preuve matérielle, soulignant, à la p. 164, qu'elle «ne doutait nullement que les policiers auraient procédé à une fouille de l'appartement de l'appelante avec ou sans son aide et que cette fouille leur aurait permis de découvrir le couteau». Par conséquent, il est, en fait, conforme à l'arrêt *Black* de considérer que le juge du procès devrait, dans la plupart des cas, exercer son pouvoir discrétionnaire pour exclure la preuve dérivée qui n'aurait pu être obtenue n'eût été le témoignage d'une personne.

36 On a policy level, if the appellant's gestures and directions arising from the s. 10(b) violation are inadmissible yet real evidence obtained pursuant to these directions is admissible, this Court might create an incentive for law enforcement agents to disregard accused's *Charter* rights since, even in the case of an infringement of *Charter* rights, the end result might be the admission of evidence that, ordinarily, the state would not be able to locate.

En principe, si notre Cour déclare inadmissibles les gestes et les directives de l'appelant qui découlent de la violation de l'al. 10b), tout en admettant la preuve matérielle obtenue grâce à ceux-ci, elle risque d'encourager les policiers à ignorer les droits garantis aux accusés par la *Charte* puisque, même dans le cas d'une atteinte à des droits garantis par la *Charte*, il se pourrait qu'on admette, en définitive, des éléments de preuve que l'État serait normalement incapable de découvrir.

37 I also share McEachern C.J.'s view that the appellant's statement to Hall that he had directed the police to the location of the gun can be classified as derivative evidence. It is true, as Cumming J.A. points out in his concurring majority opinion below, that the appellant made this statement voluntarily and that Hall was not a person in authority. However, even though the statement may not have been "caused" directly by the breach, it was certainly made as a result of that breach. The statements to Hall flowed from the appellant's understandably confused state of mind stemming from the s. 10(b) violations and the critical decisions he had made in the absence of counsel. The appellant was still under the erroneous impression that the "deal" was on. The statement was made the morning after the appellant had been unconstitutionally

Je partage également l'opinion du juge en chef McEachern que la déclaration de l'appelant à Hall, selon laquelle il avait guidé la police vers l'endroit où se trouvait l'arme à feu, peut être qualifiée de preuve dérivée. Il est vrai, comme le juge Cumming de la Cour d'appel le souligne dans son opinion majoritaire concordante, que l'appelant a fait cette déclaration volontairement et que Hall n'était pas une personne en autorité. Cependant, même s'il se peut que la déclaration n'ait pas été «causée» directement par la violation, elle a certainement été faite par suite de cette violation. Les déclarations que l'appelant a faites à Hall découlaient, on le comprend bien, de la confusion que les violations de l'al. 10b) avaient engendrée dans son esprit et des décisions cruciales qu'il avait prises en l'absence de son avocat. L'appelant était

conscripted to provide evidence against himself. He had never been properly informed of his right to counsel and it cannot be said with any degree of conviction that he would have made the same statement to Hall had he been duly advised of his constitutional rights. In fact, he would have had nothing to say to Hall had he not been improperly conscripted to provide evidence against himself by the police in the first place. For this reason, the rights violation had much more than, as characterized by L'Heureux-Dubé J., simply an incidental effect on the making of the impugned statement.

I note that my colleague describes these statements as a "windfall" to the Crown. Such a description, in my view, overlooks the fact that the content of the appellant's conversation with Hall is inextricably connected to the conduct of the police, found to violate s. 10(b). These self-incriminatory statements amount to evidence that could not have been obtained but for the unconstitutional manner in which the accused was tricked into participating in the construction of the evidence for the purposes of his trial. Given that no satisfactory indication has been given that, on a balance of probabilities, this evidence would have been found regardless of the unconstitutionally obtained information, it is to be excluded under s. 24(2): *R. v. Ross, supra*; *R. v. S. (R.J.), supra*.

The rationale behind the exclusion of evidence lying in close proximity with the *Charter* breach stems from the fact that, in the case at bar, such evidence, if tendered at trial, detracts from the integrity of the trial and thereby infringes both the fairness principle and reliability principle evoked by L'Heureux-Dubé J. in her reasons in the instant appeal. There is an overlap between these two principles in so far as unconstitutionally obtained information may well constitute unreliable evidence, especially when the particular constitutional right that has been breached is the right to counsel. In any event, even if the improperly obtained evi-

encore sous la fausse impression que le «marché» tenait. Il a fait la déclaration en question le matin après avoir été inconstitutionnellement mobilisé pour fournir une preuve contre lui-même. Il n'avait jamais été bien informé de son droit à l'assistance d'un avocat, et on ne peut affirmer de manière convaincante qu'il aurait fait la même déclaration à Hall s'il avait été informé convenablement de ses droits constitutionnels. En fait, il n'aurait rien eu à dire à Hall si la police ne l'avait pas au départ irrégulièrement mobilisé pour qu'il fournisse une preuve contre lui-même. Pour ce motif, la violation des droits a eu beaucoup plus qu'un simple effet secondaire, comme l'affirme le juge L'Heureux-Dubé, sur sa décision de faire la déclaration contestée.

Je remarque que ma collègue qualifie ces déclarations d'«aubaine» pour le ministère public. Cette qualification ne tient pas compte, à mon avis, du fait que la teneur de la conversation de l'appelant avec Hall est inextricablement liée au comportement de la police, jugé contraire à l'al. 10b). Ces déclarations auto-incriminantes constituent une preuve qui n'aurait pas pu être obtenue n'eût été la manière inconstitutionnelle dont l'appelant a été amené, par la ruse, à collaborer à la constitution de la preuve aux fins de son procès. Puisque l'on n'a pas indiqué de manière satisfaisante que, selon la prépondérance des probabilités, pareille preuve aurait été découverte peu importe les renseignements obtenus inconstitutionnellement, elle doit être écartée en vertu du par. 24(2): *R. c. Ross*, précité; *R. c. S. (R.J.), précité*.

Si les éléments de preuve qui ont un lien étroit avec la violation de la *Charte* doivent être écartés, c'est parce que, s'ils étaient produits au procès, en l'espèce ils porteraient atteinte à l'intégrité du procès, violant ainsi les principes de l'équité et de la fiabilité que le juge L'Heureux-Dubé évoque dans les motifs qu'elle a rédigés en l'espèce. Ces deux principes se chevauchent dans la mesure où l'information obtenue inconstitutionnellement risque bien de constituer une preuve non fiable, particulièrement lorsque le droit constitutionnel violé est celui à l'assistance d'un avocat. Quoi qu'il en soit, même si la preuve obtenue irrégulièrement était

dence were reliable, considerations of reliability are no longer determinative given that the *Charter* has made the rights of the individual and the fairness and integrity of the judicial system paramount: *Hebert, supra*, at p. 178.

40 It is now necessary to focus more directly on the issues of proximity and remoteness. In this regard, the decision of this Court in *R. v. Strachan*, [1988] 2 S.C.R. 980, at pp. 1005-6, is helpful to this analysis.

41 *Strachan* concerned the admissibility of evidence (marijuana) obtained as a result of a valid search during which the accused's right to counsel was violated. Dickson C.J. made it clear that a strict causal analysis is not necessary in a s. 24(2) analysis and that the presence of a temporal connection is not determinative. He stated at pp. 1005-6:

In my view, all of the pitfalls of causation may be avoided by adopting an approach that focuses on the entire chain of events during which the *Charter* violation occurred and the evidence was obtained.... A temporal link between the infringement of the *Charter* and the discovery of the evidence figures prominently in this assessment, particularly where the *Charter* violation and the discovery of the evidence occur in the course of a single transaction.... [However] [t]here can be no hard and fast rule for determining when evidence obtained following the infringement of a *Charter* right becomes too remote.

42 Seen in light of Dickson C.J.'s comments in *Strachan*, it appears that the problem with Cumming J.A.'s reasoning with respect to the statement to Hall is that he fails to recognize the important connection between the content of the statement and the s. 10(b) violation. The fact is that the Crown sought to introduce the statement at trial precisely because it allowed it to do indirectly what the trial judge had ruled the Crown could not do directly: introduce evidence that the appellant knew where the gun was hidden. In this regard, the inclusion of the statement to Hall would directly

fiable, les considérations de fiabilité ne sont plus déterminantes puisque la *Charte* accorde une importance prépondérante aux droits de la personne ainsi qu'à l'équité et à l'intégrité du système judiciaire: *Hebert*, précité, à la p. 178.

Il est maintenant nécessaire de se concentrer plus directement sur les questions de l'existence ou de l'absence de lien avec la violation. À cet égard, l'arrêt de notre Cour *R. c. Strachan*, [1988] 2 R.C.S. 980, aux pp. 1005 et 1006, est utile à la présente analyse.

L'arrêt *Strachan* portait sur l'admissibilité d'une preuve (marijuana) obtenue grâce à une fouille valide au cours de laquelle il y avait eu violation de droit de l'accusé à l'assistance d'un avocat. Le juge en chef Dickson a précisé qu'une analyse rigide de la causalité n'est pas nécessaire dans le cadre d'un examen fondé sur le par. 24(2) et que l'existence d'un lien temporel n'est pas déterminante. Voici ce qu'il affirme, aux pp. 1005 et 1006:

À mon avis, tous les pièges que pose la question de la causalité peuvent être évités par l'adoption d'un point de vue qui met l'accent sur toute la suite des événements pendant lesquels la violation de la *Charte* s'est produite et les éléments de preuve ont été obtenus. [...] L'existence d'un lien temporel entre la violation de la *Charte* et la découverte des éléments de preuve revêt une importance particulière dans cette évaluation, surtout lorsque la violation de la *Charte* et la découverte des éléments de preuve se produisent au cours d'une seule et même opération. [...] [Cependant,] [i]l ne peut y avoir de règle stricte pour déterminer le moment où les éléments de preuve obtenus par suite de la violation d'un droit garanti par la *Charte* deviennent trop éloignés.

Compte tenu des commentaires du juge en chef Dickson dans l'arrêt *Strachan*, la difficulté que pose le raisonnement du juge Cumming relativement à la déclaration faite à Hall paraît tenir au fait qu'il ne reconnaît pas le lien important entre le contenu de la déclaration et la violation de l'al. 10b). Il reste que le ministère public a tenté de produire la déclaration au procès précisément parce qu'elle lui permettait de faire indirectement ce que le juge du procès lui avait interdit de faire directement: produire la preuve que l'appelant savait où était cachée l'arme à feu. À cet égard, l'utilisation

affect the fairness of the trial, which is a key consideration in affecting the repute of the justice system, despite the fact that the statement was but remotely connected to the unconstitutional conduct. In effect, excluding the gun while including the statements effectively eviscerates the *Charter* of most of its protective value to the accused in this case; including both would totally eliminate any such value. At this point, it is important to recall the observation by Lamer C.J. in *R. v. Bartle*, [1994] 3 S.C.R. 173, in which the opinion was expressed at pp. 208-9 that:

Generally speaking, so long as it is not too remotely connected with the violation, all the evidence obtained as part of the "chain of events" involving the *Charter* breach will fall within the scope of s. 24(2). . . .

See also *R. v. Grant*, [1993] 3 S.C.R. 223, per Sopinka J.

Returning to the question of the self-incriminatory nature of the evidence and its effect on the fairness of the trial, I agree entirely with McEachern C.J.'s reasons when he states at p. 377:

In my view, however, this was highly damaging evidence because even if the circumstances of finding the gun, and the gun itself were admissible, the statement to Ms. Hall was the only evidence that fixed the accused with knowledge that the gun was in the river. This fact tended to connect the accused more closely with the crime and could give rise to an inference of consciousness of guilt on the part of the accused. If, as I believe, the finding of the gun and the gun itself was inadmissible, this statement was the only evidence that proved the gun was even in a river, and that would make an inference of consciousness of guilt even stronger. . . .

In this connection, it is significant that the accused did not know that his s. 10(b) Charter rights had been violated at the time he made the first statement to Ms. Hall, or that the Crown would be reneging on its agreement with him. More important is the fact that the statement was so closely related both in time and content to the breach.

de la déclaration à Hall porterait directement atteinte à l'équité du procès, facteur qui joue un rôle clé quant à la considération dont jouit le système judiciaire, en dépit du fait que la déclaration n'avait qu'un lien éloigné avec le comportement inconstitutionnel. En effet, exclure cette arme tout en admettant les déclarations dépouille effectivement la *Charte* de la plus grande partie de sa valeur protectrice à l'égard de l'accusé dans la présente affaire; admettre les deux éléments de preuve anéantirait complètement cette valeur. Il importe, à ce stade, de rappeler l'observation que fait le juge en chef Lamer dans l'arrêt *R. c. Bartle*, [1994] 3 R.C.S. 173, aux pp. 208 et 209:

De façon générale, s'ils ne sont pas trop éloignés de la violation, tous les éléments de preuve obtenus pendant la «suite des événements» qui se rapportent à la violation de la *Charte* sont visés par le par. 24(2). . . .

Voir également *R. c. Grant*, [1993] 3 R.C.S. 223, le juge Sopinka.

Pour revenir à la question de la nature auto-incriminante de la preuve et de son incidence sur l'équité du procès, je souscris entièrement aux motifs du juge en chef McEachern lorsqu'il dit, à la p. 377:

[TRADUCTION] J'estime, toutefois, qu'il s'agissait là d'une preuve fort préjudiciable puisque, même si les circonstances dans lesquelles l'arme à feu a été retrouvée et l'arme elle-même étaient admissibles, la déclaration faite à M^{me} Hall constituait la seule preuve qui confirmait que l'accusé savait que l'arme se trouvait dans la rivière. Ce fait tendait à lier plus étroitement l'accusé au crime et pouvait amener à déduire l'existence d'un sentiment de culpabilité chez l'accusé. Si, comme je le crois, la découverte de l'arme à feu et cette arme elle-même étaient inadmissibles en preuve, cette déclaration était la seule preuve que l'arme se trouvait même dans une rivière et cela raffermirait la conclusion à l'existence d'un sentiment de culpabilité . . .

À cet égard, il importe de souligner que l'accusé ignorait que ses droits garantis par l'al. 10b) de la Charte avaient été violés au moment où il a fait sa première déclaration à M^{me} Hall, ou que le ministère public ne respecterait pas l'entente conclue avec lui. Qui plus est, la déclaration était très étroitement liée à la violation sur les plans du temps et du contenu.

- 44 Furthermore, I note that in two recent decisions this Court has concluded that, in cases of including evidence flowing from a s. 10(b) violation, the onus lies upon the Crown to demonstrate on a balance of probabilities that, regarding the unfairness of the trial component of the test under s. 24(2), the accused would not have consulted counsel even if properly advised: *Bartle, supra*; *R. v. Pozniak*, [1994] 3 S.C.R. 310. The Crown has clearly not met this burden, or even the less onerous requirements stipulated in earlier jurisprudence.
- 45 Moreover, the serious nature of the *Charter* breach in this case also supports the conclusion that the administration of justice would be brought into disrepute by the admission of the evidence. In *Collins, supra*, at p. 285, Lamer J. quoted from Le Dain J. in *R. v. Therens*, [1985] 1 S.C.R. 613, at p. 652:
- The relative seriousness of the constitutional violation has been assessed in the light of whether it was committed in good faith, or was inadvertent or of a merely technical nature, or whether it was deliberate, wilful or flagrant.
- 46 In this case, it is clear that the violation was wilful and flagrant. It is also clear, as discussed earlier, that there was no element of urgency. Indeed, as McEachern C.J. notes, the police actually created an artificial situation of urgency in order to trick the accused into accepting the deal without first consulting a lawyer.
- 47 As to the third branch of the *Collins* test, I am satisfied that the effect of excluding the evidence on the reputation of the administration of justice will be incidental and far outweighed by the negative consequences that would follow were this unconstitutional evidence to be included. I realize that the appellant stands accused of a serious offence. However, as shall become evident in my disposition of this matter, the end result of allowing this appeal is not the issuance of a stay,
- De plus, je remarque que, dans deux arrêts récents, notre Cour a conclu que, dans les cas où on admet des éléments de preuve obtenus par suite d'une violation de l'al. 10b), il incombe au ministère public de démontrer, selon la prépondérance des probabilités, qu'en ce qui concerne le volet «iniquité du procès» du critère applicable à un examen fondé sur le par. 24(2), l'accusé n'aurait pas consulté l'avocat même s'il avait été bien informé de son droit de le faire: *Bartle*, précité; *R. c. Pozniak*, [1994] 3 R.C.S. 310. Il est évident que le ministère public ne s'est pas acquitté de ce fardeau et qu'il n'a même pas respecté les conditions moins exigeantes énoncées dans la jurisprudence antérieure.
- En outre, la gravité de la violation de la *Charte* en l'espèce permet également de conclure que l'utilisation de la preuve déconsidérerait l'administration de la justice. Dans *Collins*, précité, à la p. 285, le juge Lamer cite les propos tenus par le juge Le Dain dans *R. c. Therens*, [1985] 1 R.C.S. 613, à la p. 652:
- La gravité relative d'une violation de la Constitution a été évaluée en fonction de la question de savoir si elle a été commise de bonne foi ou par inadvertance ou si elle est de pure forme, ou encore s'il s'agit d'une violation délibérée, volontaire ou flagrante.
- En l'espèce, il est clair que la violation était volontaire et flagrante. Il est également indéniable, comme nous l'avons vu précédemment, qu'il n'y avait aucune urgence. En fait, comme le souligne le juge en chef McEachern, la police a, à vrai dire, créé une situation d'urgence artificielle pour amener par la ruse l'accusé à accepter l'offre sans avoir d'abord consulté un avocat.
- Quant au troisième volet du critère de l'arrêt *Collins*, je suis convaincu que l'effet de l'exclusion de la preuve sur la considération dont jouit l'administration de la justice sera secondaire et beaucoup moins grave que les conséquences négatives qu'entraînerait l'utilisation de cette preuve inconstitutionnelle. Je me rends compte que l'appelant est accusé d'une infraction grave. Toutefois, comme il ressortira de ma façon de trancher la présente affaire, la décision d'accueillir le pourvoi entraî-

but the ordering of a new trial in which the accused will have to meet the lawful evidence adduced against him. All that is required is the holding of the constitutionally mandated fair trial that should have occurred in the first place, and would have occurred were it not for the misconduct of the law enforcement agents.

I also find the submission that the impugned evidence ought to be included since there is likely sufficient properly admissible evidence to convict the appellant to be unpersuasive. While it is undeniable that the Crown had a very strong case even without the impugned evidence, this Court has made it clear that the admission of self-incriminatory derivative evidence will generally affect the fairness of the trial and thereby bring the administration of justice into disrepute. In any event, I find the respondent's argument that the admission of the gun or the other derivative evidence did not play a central role in the trial to be irrelevant to s. 24(2). Although the effect of evidence at the trial may be relevant in a consideration of the third set of factors under *Collins* — namely the effects of excluding the evidence on the reputation of the administration of justice, no framework has been established by the jurisprudence to consider the effect of including the evidence. Nor should such a framework be presently created.

In the case at bar, the nature of the Crown's argument in this regard is that, since the impugned evidence is not extremely probative or decisive given the plethora of other clearly admissible evidence inculpating the appellant, this somehow diminishes the fact that it was obtained pursuant to an egregious constitutional violation. Taken one step further, this argument leads to the anomalous result that the Crown, while arguing strenuously that the impugned evidence should not be excluded, supports this claim by contending that

48

nera en bout de ligne non pas l'arrêt des procédures, mais la tenue d'un nouveau procès au cours duquel l'accusé devra réfuter la preuve légale qui pèse contre lui. Tout ce qui est nécessaire, c'est de tenir le procès équitable que prescrit la Constitution, qui aurait dû être tenu au départ et qui l'aurait effectivement été n'eût été l'inconduite des policiers.

J'estime également non convaincante la prétention que la preuve contestée devrait être admise puisqu'il existe probablement une preuve régulièrement admissible suffisante pour déclarer l'appellant coupable. Même s'il ne fait aucun doute que le ministère public possédait une preuve très solide même sans les éléments contestés, notre Cour a clairement précisé que l'admission d'une preuve dérivée auto-incriminante compromettra généralement l'équité du procès et déconsidérera donc l'administration de la justice. Quoi qu'il en soit, l'argument de l'intimé, selon lequel l'admission de l'arme à feu ou de l'autre preuve dérivée n'a pas joué un rôle crucial au procès, ne revêt, à mon avis, aucune importance relativement au par. 24(2). Bien que l'effet de la preuve au procès puisse être pertinent pour examiner le troisième groupe de facteurs énoncés dans *Collins*, soit les effets de l'exclusion de la preuve sur la considération dont jouit l'administration de la justice, la jurisprudence n'a établi aucun cadre permettant d'examiner l'incidence de l'admission de la preuve. Il n'y a pas lieu non plus de créer un tel cadre actuellement.

49

En l'espèce, le ministère public fait valoir à cet égard que, puisque les éléments de preuve contestés ne sont pas extrêmement probants ni décisifs compte tenu de la pléthora d'autres éléments de preuve clairement admissibles qui incriminent l'appelant, cela atténue en quelque sorte le fait qu'ils ont été obtenus par suite d'une grave violation de la Constitution. Poussé un peu plus loin, cet argument conduit au résultat anormal suivant: tout en faisant valoir avec acharnement que les éléments de preuve contestés ne devraient pas être exclus, le ministère public justifie ce qu'il avance en soutenant qu'après tout les éléments de preuve

the evidence was, after all, not really that important in the context of the appellant's trial.

In response, I underscore that we should never lose sight of the fact that even a person accused of the most heinous crimes, and no matter the likelihood that he or she actually committed those crimes, is entitled to the full protection of the *Charter*. Short-cutting or short-circuiting those rights affects not only the accused, but also the entire reputation of the criminal justice system. It must be emphasized that the goals of preserving the integrity of the criminal justice system as well as promoting the decency of investigatory techniques are of fundamental importance in applying s. 24(2).

These goals operate independently of the type of crime for which the individual stands accused. I note that my colleague, L'Heureux-Dubé J., suggests that the fact that the crime for which appellant is charged (first degree murder) is the most serious in Canada militates in favour of including the unconstitutionally obtained evidence. This contradicts the pronouncement of this Court in *Collins* in which Lamer J. held at p. 286:

I hasten to add, however, that if the admission of the evidence would result in an unfair trial, the seriousness of the offence could not render that evidence admissible.

Given the seriousness of the *Charter* violations, I agree with McEachern C.J. that this is not a case where the curative effect of s. 686(1)(b)(iii) of the *Criminal Code* is appropriate since the admission of the unconstitutionally obtained evidence at trial amounted, in my mind, to a "substantial wrong" toward both the accused as well as the administration of justice: *Elshaw*, *supra*. After all, the improperly obtained evidence formed a critical component of the Crown's case and it cannot be said that there is no reasonable possibility that the verdict would have been different were this evidence to have been properly excluded at trial: *R. v. Bevan*, [1993] 2 S.C.R. 599. This is not a case that fits into the small exception mentioned in *Elshaw*, *supra*, at p. 46, where the curative provision could apply notwithstanding that evidence should have

en question n'étaient pas vraiment importants dans le contexte du procès de l'appelant.

En réponse, je souligne qu'il ne faut jamais perdre de vue que même la personne accusée du crime le plus ignoble, peu importe la probabilité qu'elle ait bel et bien commis ce crime, a droit à la pleine protection de la *Charte*. Couper court aux droits qui y sont garantis ou les court-circuiter nuit non seulement à l'accusé, mais aussi à toute la considération dont jouit le système de justice criminelle. Il faut souligner que les objectifs de protection de l'intégrité du système de justice criminelle et de promotion de l'honnêteté des techniques d'enquête sont d'importance fondamentale dans l'application du par. 24(2).

Ces objectifs s'appliquent indépendamment du genre de crime reproché à l'accusé. Je remarque que ma collègue le juge L'Heureux-Dubé laisse entendre que le fait que le crime que l'appelant est accusé d'avoir commis (meurtre au premier degré) soit le plus grave au Canada milite en faveur de l'inclusion de la preuve obtenue inconstitutionnellement. Cela contredit la décision de notre Cour dans l'affaire *Collins* où le juge Lamer conclut, à la p. 286:

Je m'empresse d'ajouter toutefois que, si l'utilisation de la preuve entraîne un procès inéquitable, la gravité de l'infraction ne peut rendre cette preuve admissible.

Étant donné la gravité des violations de la *Charte*, je conviens avec le juge en chef McEachern que nous ne sommes pas en présence d'un cas où l'action réparatrice du sous-al. 686(1)b)(iii) du *Code criminel* est appropriée puisqu'à mon avis l'utilisation au procès de la preuve obtenue inconstitutionnellement a causé un «tort important» tant à l'accusé qu'à l'administration de la justice: *Elshaw*, précité. Après tout, la preuve irrégulièrement obtenue était un élément crucial de la preuve du ministère public, et on ne saurait dire qu'il n'est pas raisonnablement possible que le verdict eût été différent si cette preuve avait été régulièrement écartée au procès: *R. c. Bevan*, [1993] 2 R.C.S. 599. La présente affaire ne tombe pas sous le coup de la petite exception mentionnée dans l'arrêt *Elshaw*, précité, à la p. 46, où la dispo-

been excluded under s. 24(2). Unlike in *R. v. Hodge* (1993), 133 N.B.R. (2d) 240, where the curative provision was applied because the evidence excluded under s. 24(2) could not have factored very significantly in the conviction of the accused, I find that there was a reasonable possibility that the impugned evidence in this case (a murder weapon and evidence that the accused took the police to find that weapon) could have weighed significantly in his conviction. The trial judge's instruction to the jury reproduced by L'Heureux-Dubé J. does not alter my view in this regard.

On a broader note, I am reluctant to open the door to the possibility that it shall become commonplace for an accused to prove a *Charter* breach sufficient to impugn the repute of the administration of justice and then have s. 686(1)(b)(iii) deny that person the opportunity to have a fair trial in which he or she shall face evidence obtained in a constitutional manner. Consideration should be given to limiting the *Elshaw* exception only to cases in which it can be shown beyond a reasonable doubt that the impugned evidence excluded under s. 24(2) in light of a *Charter* violation did not contribute at all to the original verdict. Focus is thus made on whether the unconstitutionally conscripted evidence in any way influenced the verdict. See David M. Tanovich, "Can the Improper Admission of Evidence Under the *Charter* Ever be Cured?" (1994), 32 C.R. (4th) 82.

I also note, in closing, that in *John v. The Queen*, [1985] 2 S.C.R. 476, this Court held that appellate courts should not retry cases to assess the worth of residual evidence after improperly adduced evidence has been extracted, given that appeal courts do not have the advantage of seeing the witnesses and were never intended to replace the triers of fact. It was noted in *John* that in cases where such situations arise, s. 686(1)(b)(iii) should not be invoked, but rather a new trial ought to be ordered. I find that, although the facts of *John* are

sition réparatrice pouvait s'appliquer malgré le fait que la preuve aurait dû être écartée en vertu du par. 24(2). Contrairement à l'arrêt *R. c. Hodge* (1993), 133 R.N.-B. (2^e) 240, où la disposition réparatrice a été appliquée parce que la preuve écartée en vertu du par. 24(2) n'aurait pas pu jouer un rôle très important dans la déclaration de culpabilité de l'accusé, j'estime qu'il est raisonnablement possible que la preuve attaquée en l'espèce (l'arme du crime et la preuve que l'accusé a indiqué à la police l'endroit où elle se trouvait) ait pesé lourd dans sa déclaration de culpabilité. Les directives du juge du procès au jury, reproduites par le juge L'Heureux-Dubé, ne changent rien à mon opinion à cet égard.

Plus généralement, j'hésite à ouvrir la porte à la possibilité qu'il devienne banal pour un accusé d'établir l'existence d'une violation de la *Charte* suffisante pour attaquer la considération dont jouit l'administration de la justice, pour ensuite voir le sous-al. 686(1)b(iii) nier à cette personne la possibilité de subir un procès équitable où elle devrait réfuter une preuve obtenue d'une manière constitutionnelle. On devrait songer à limiter l'exception énoncée dans *Elshaw* aux seuls cas où il peut être établi hors de tout doute raisonnable que la preuve contestée, écartée en application du par. 24(2) par suite d'une violation de la *Charte*, n'a d'aucune façon contribué au premier verdict. On s'attache ainsi à déterminer si la preuve qu'on a inconstitutionnellement obtenue en mobilisant l'accusé contre lui-même a de quelque façon influencé le verdict. Voir David M. Tanovich, «Can the Improper Admission of Evidence Under the *Charter* Ever be Cured?» (1994), 32 C.R. (4th) 82.

Je souligne aussi, en terminant, que, dans l'arrêt *John c. La Reine*, [1985] 2 R.C.S. 476, notre Cour a conclu que les tribunaux d'appel ne devraient pas juger de nouveau des affaires pour apprécier la valeur de la preuve qui subsiste une fois que la preuve produite irrégulièrement a été écartée, puisque les tribunaux d'appel n'ont pas l'avantage de voir les témoins et n'ont jamais été destinés à remplacer les juges des faits. On a souligné, dans l'arrêt *John*, que, lorsque pareille situation se présente, on devrait non pas invoquer le sous-al.

different from those in the case at bar, the conclusions of law proposed by Estey and Lamer JJ. in that case are apposite to the present analysis.

55

Consequently, a new trial should be ordered in which the impugned evidence will not be admitted, namely: (1) the Hall testimony regarding the appellant's recounting of the events of the night of January 4, 1985; (2) evidence that police divers had found the gun in the river; (3) the Biddlecome and Lewis testimony identifying the murder weapon at trial; and (4) the gun itself. I add that, as was found at trial, the appellant's confession as well as his gestures and directions to the police with regard to the location of the gun are equally inadmissible. The Crown, if it chooses, can properly introduce the rest of the evidence it has adduced against the accused, including, as noted by McEachern C.J., the evidence of Biddlecome and Lewis that the accused had possession of a sawed off .410 shotgun shortly before the disappearance of Ms. Worms as well as Hall's testimony that the accused had told her he was actually present when Biddlecome had beaten and killed Ms. Worms.

56

Since preparing the above, I have had the benefit of reading the reasons of Sopinka J. regarding the manner in which the Court has been applying s. 24(2) of the *Charter* since the *Collins* decision. I concur with his reasons.

C. Conclusion

57

I would allow the appeal, set aside the judgment of the British Columbia Court of Appeal, and, in lieu thereof, would order a new trial to be held consistent with these reasons.

The following are the reasons delivered by

58

L'HEUREUX-DUBÉ J. (dissenting in part) — I have read the reasons of my colleague Justice

686(1)b)(iii), mais plutôt ordonner la tenue d'un nouveau procès. À mon avis, bien que les faits de l'arrêt *John* soient différents de ceux de l'espèce, les conclusions de droit tirées par les juges Estey et Lamer dans cette affaire sont pertinentes quant à la présente analyse.

En conséquence, il y a lieu d'ordonner un nouveau procès au cours duquel les éléments de preuve contestés ne seront pas admis, à savoir (1) le témoignage de Hall concernant le récit que l'appelant lui a fait des événements de la nuit du 4 janvier 1985, (2) la preuve que les plongeurs de la police ont découvert l'arme à feu dans la rivière, (3) les témoignages de Biddlecome et de Lewis identifiant l'arme du crime au procès, et (4) l'arme elle-même. J'ajoute que, comme on l'a conclu lors du procès, la confession de l'appelant de même que ses signes et ses directives à la police relativement à l'endroit où se trouvait l'arme à feu sont également inadmissibles. S'il le souhaite, le ministère public pourra produire régulièrement le reste des éléments de preuve qu'il a présentés contre l'accusé, dont, comme l'a indiqué le juge en chef McEachern, le témoignage de Biddlecome et de Lewis selon lequel l'accusé était en possession d'un fusil de chasse tronçonné de calibre .410 peu avant la disparition de Mme Worms, ainsi que le témoignage de Hall voulant que l'accusé lui ait dit qu'il était réellement présent lorsque Biddlecome a battu et tué Mme Worms.

Depuis que j'ai rédigé ce qui précède, j'ai pris connaissance des motifs du juge Sopinka concernant la manière dont la Cour applique le par. 24(2) de la *Charte* depuis que l'arrêt *Collins* a été rendu. Je souscris à ses motifs.

C. Conclusion

Je suis d'avis d'accueillir le pourvoi, d'infirmer l'arrêt de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique et, à sa place, d'ordonner la tenue d'un nouveau procès conformément aux présents motifs.

Les motifs suivants ont été rendus par

LE JUGE L'HEUREUX-DUBÉ (dissidente en partie) — J'ai lu les motifs de mon collègue le juge

Iacobucci and I agree with him that the accused's rights under s. 10(b) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* were clearly violated in the case at bar. I must respectfully disagree, however, with his proposed remedy under s. 24(2) of the *Charter*. In particular, I do not believe that the administration of justice would be brought into disrepute by the admission of the voluntary statements by the accused to his girlfriend or, under these unusual circumstances, by the admission of the murder weapon. At the outset, it is necessary to elaborate somewhat on the circumstances under which these two impugned pieces of evidence became available to the police, as well as the circumstances under which they were admitted at trial.

I. Facts and Judgments

In October 16, 1984, 20-year-old Denean Worms was found dead in a gravel pit in Cranbrook, B.C. She was naked, and had been shot twice in the head at contact range by a .410 shotgun. Semen was found in her vagina. On December 30, 1984, also in Cranbrook, 16-year-old Brenda Hughes was found dead in her family house, murdered in a virtually identical manner. Terrence Burlingham was arrested on January 1, 1985 in connection with the murder of Hughes. He confessed that same day to the killing of Hughes and took the police to his parents' home where a sawed-off shotgun and some pellet shells were found. On the basis of the factual similarities between the murders of Worms and Hughes, the officers were convinced that the appellant was also responsible for the earlier death of Worms. Accordingly, they continued their interrogation of the appellant.

Following a lengthy and manipulative interrogation of the accused, during which he repeatedly denied any involvement in the Worms murder, the police consulted on Friday, January 4 with Crown counsel, who authorized them to offer a "deal" to the accused. The Crown authorized the officers to say that the Crown would accept a guilty plea to a second degree murder charge in relation to the Worms murder if the appellant cooperated by pro-

Iacobucci et, comme lui, j'estime que les droits garantis à l'accusé par l'al. 10b) de la *Charte canadienne des droits et libertés* ont été clairement violés en l'espèce. En toute déférence, je ne puis, en revanche, souscrire à la réparation qu'il propose d'accorder en vertu du par. 24(2) de la *Charte*. En particulier, je ne crois pas que l'admission des déclarations volontaires de l'accusé à son amie ni, dans ces circonstances exceptionnelles, que l'admission de l'arme du crime, soient susceptibles de déconsidérer l'administration de la justice. Il y a lieu, au départ, d'apporter quelques précisions sur les circonstances dans lesquelles la police a obtenu ces deux éléments de preuve contestés, et sur les circonstances dans lesquelles ils ont été admis au procès.

I. Les faits et les jugements

Le 16 octobre 1984, Denean Worms, âgée de 20 ans, a été retrouvée morte dans une carrière de gravier à Cranbrook (C.-B.). Elle était nue et avait été tirée à la tête à deux reprises, à bout portant, avec un fusil de calibre .410. Du sperme a été décelé dans son vagin. Le 30 décembre 1984, également à Cranbrook, Brenda Hughes, âgée de 16 ans, a été retrouvée morte dans la résidence familiale et elle avait été assassinée de façon quasi identique. Terrence Burlingham a été arrêté le 1^{er} janvier 1985 relativement au meurtre de Hughes. Il a avoué, le même jour, avoir tué Hughes et a conduit la police à la résidence de ses parents où furent trouvés un fusil de chasse tronçonné et quelques cartouches. L'existence de similarités factuelles entre le meurtre de Worms et celui de Hughes a convaincu les policiers que l'appelant était également responsable de la mort de Worms survenue plus tôt. Ils ont donc poursuivi leur interrogatoire de l'appelant.

Le vendredi 4 janvier, au terme d'un long interrogatoire manipulateur au cours duquel l'accusé a nié, à maintes reprises, toute participation au meurtre de Worms, les policiers se sont entretenus le vendredi 4 janvier avec le substitut du procureur général qui leur a permis de faire une offre à l'accusé. Le substitut du procureur général a autorisé les policiers à expliquer à l'appelant que le ministère public accepterait un plaidoyer de culpabilité à

viding them with information about the Worms murder, including the location of the weapon used. The officers, however, misled the appellant by indicating to him that if he cooperated, he would be charged with second degree murder. The accused continued to resist and to insist that he wished to speak to his lawyer. The officers repeatedly denigrated his lawyer and persevered in trying to convince him to accept the "deal", emphasizing that the deal was only open for the weekend. Finally, the accused called another lawyer, and asked that lawyer if he would act for him at trial. The lawyer assented and advised him not to say anything to the police. Immediately thereafter, however, the appellant took the two investigating officers to a bridge on the Kootenay River and pointed out where he had thrown the .410 shotgun that had been used to kill Worms. Later, he made several inculpatory statements and then drove with them to the gravel pit and pointed out the spot where he had shot his victim, as well as the location where he had hidden her body.

61

A day later, a .410 sawed-off shotgun was recovered from the river at the place which the appellant had indicated to police. That same day, the appellant volunteered to his girlfriend, Judy Hall, that he had shown police the location of the gun. In addition, in a visit approximately two months later, in the early spring of 1985, he told Hall that he had been present during the killing, but that it was his friend, Biddlecome, who had beaten and killed Worms. This story, however, was at least partly false because there was no physical evidence that Worms had been beaten.

62

At trial for the murder of Worms, notwithstanding that the appellant had delivered on his side of the "deal", the Crown nonetheless proceeded with a first degree murder charge. Although the trial judge did not find the authorities' failure to keep their side of the "deal" to amount to an abuse of process, he concluded that the police conduct constituted a serious violation of s. 10(b) of the *Char-*

une accusation de meurtre au deuxième degré, relativement au meurtre de Worms, s'il collaborait en leur fournissant des renseignements sur ce meurtre, notamment quant à l'endroit où se trouvait l'arme du crime. Les policiers ont toutefois induit l'appelant en erreur en lui indiquant que s'il collaborait, il serait inculpé de meurtre au deuxième degré. L'accusé a continué à résister et à répéter qu'il souhaitait consulter son avocat. À maintes reprises, les policiers ont dénigré son avocat et continué de tenter de convaincre l'accusé d'accepter le «marché», en soulignant que leur offre ne tiendrait que pour le week-end. L'accusé a finalement appelé un autre avocat et lui a demandé de le représenter à son procès. L'avocat a accepté et lui a conseillé de ne rien dire à la police. Immédiatement après, toutefois, l'appelant a conduit les deux enquêteurs à un pont sur la rivière Kootenay et leur a indiqué l'endroit où il avait jeté le fusil de calibre .410 dont il s'était servi pour tuer Worms. Plus tard, il a fait plusieurs déclarations incriminantes, puis s'est rendu en voiture avec les policiers à la carrière de gravier et leur a indiqué l'endroit où il avait tiré sa victime et où il avait caché son corps.

Le lendemain, un fusil de chasse tronçonné de calibre .410 était retiré des eaux de la rivière, à l'endroit que l'appelant avait indiqué à la police. Le même jour, l'appelant a déclaré volontairement à son amie Judy Hall qu'il avait montré à la police l'endroit où se trouvait l'arme à feu. De plus, lors d'une visite effectuée environ deux mois plus tard, tôt au printemps 1985, il a raconté à Hall qu'il était présent lors du meurtre, mais que c'était son ami, Biddlecome, qui avait battu et tué Worms. Cependant ce récit était, à tout le moins, faux en partie puisqu'il n'y avait aucune preuve matérielle que Worms avait été battue.

Au procès pour le meurtre de Worms, bien que l'appelant ait respecté sa part du marché, le ministère public a néanmoins déposé une accusation de meurtre au premier degré. Quoiqu'il n'ait pas conclu que l'omission des autorités de respecter leur part du marché constituait un abus de procédure, le juge du procès a décidé que la conduite de la police constituait une violation grave de l'al. 10b)

ter. I agree with my colleague's affirmation of this finding, as well as with his conclusion that s. 10(b) mandates that the Crown or police, when offering a plea bargain, must tender that offer either to the accused's counsel or to the accused while in the presence of his or her counsel, unless the accused has expressly waived the right to counsel.

As a result of finding the s. 10(b) violation, the trial judge excluded all of the accused's inculpatory statements to police, as well as the evidence that the accused had pointed the police to the murder weapon and to the site of the murder. Had this been the end of the story, then it follows that the Crown would not have been able to introduce into evidence the actual gun, or the evidence of Lewis' and Biddlecome's identifying that gun, unless the Crown were able to point to a sufficient nexus between the accused and the gun that would have made the gun relevant to the trial. Without such a nexus, the gun would just be a gun found in a river, and would not be probative of any material issue at trial. Unfortunately for the appellant, however, the story does not end here. Instead, the day after cooperating with the police, he volunteered to his girlfriend, Judy Hall, that he had indicated the location of the gun to the police. In a *voir dire*, the trial judge found this statement to be admissible at trial, and consequently found the fact of the finding of the gun, as well as the gun itself, to be admissible into evidence on the basis of that statement.

The appellant appealed to the British Columbia Court of Appeal on numerous grounds, including the correctness of the trial judge's ruling as to abuse of process, the admission into evidence of the accused's voluntary statement on January 5 to Hall, as well as the admission into evidence of the finding of the gun and the gun itself. Southin and Cumming JJ.A. dismissed the appellant's appeal. McEachern C.J., in dissent, would have excluded all of the derivative evidence flowing from the s. 10(b) violation on the basis that its admission

de la *Charte*. Comme mon collègue, je souscris à cette conclusion et je souscris également à sa conclusion que l'al. 10b) exige que lorsque le ministère public ou la police offrent de négocier un plaidoyer, cette offre soit présentée à l'avocat de l'accusé ou à l'accusé lui-même en la présence de son avocat, à moins que l'accusé n'ait expressément renoncé à son droit à l'assistance d'un avocat.

Étant donné qu'il avait conclu à la violation de l'al. 10b), le juge du procès a écarté toutes les déclarations incriminantes de l'accusé à la police, ainsi que la preuve qu'il avait indiqué à la police l'endroit où se trouvait l'arme du crime et où le meurtre avait été commis. Si le tout s'était arrêté là, le ministère public n'aurait donc pu produire en preuve ni l'arme à feu elle-même ni les témoignages de Lewis et de Biddlecome identifiant cette arme, à moins qu'il n'ait pu établir qu'il existait, entre l'accusé et celle-ci, un lien suffisant pour la rendre pertinente relativement au procès. Sans un tel lien, l'arme à feu ne serait qu'une arme découverte dans une rivière et n'aurait aucune valeur probante relativement à quelque fait important au procès. Toutefois, malheureusement pour l'appellant, l'histoire ne s'arrête pas là. En effet, le lendemain de sa collaboration avec la police, l'accusé a déclaré spontanément à son amie, Judy Hall, qu'il avait indiqué à la police l'endroit où était cachée l'arme à feu. À la suite d'un *voir-dire*, le juge du procès a jugé cette déclaration admissible et a donc conclu que le fait que l'arme à feu avait été trouvée et l'arme à feu elle-même étaient recevables en preuve en raison de cette déclaration.

L'appelant a interjeté appel devant la Cour d'appel de la Colombie-Britannique en invoquant de nombreux moyens, dont la justesse de la décision du juge du procès quant à l'abus de procédure et l'admission en preuve de la déclaration volontaire faite par l'accusé Hall le 5 janvier, de la découverte de l'arme à feu et de l'arme à feu elle-même. Les juges Southin et Cumming ont rejeté l'appel de l'appelant. Le juge en chef McEachern, dissident, aurait écarté tous les éléments de preuve dérivée obtenus par suite de la violation de l'al. 10b)

would bring the administration of justice into disrepute.

II. Analysis

65 My colleague would favour excluding this evidence under s. 24(2) on the basis that "but for" the s. 10(b) violation, the police clearly would not have found the murder weapon. He further concludes that the statement to Hall, though voluntary and not to a person in authority, and though not necessarily "caused" directly by the *Charter* breach, must nonetheless also be excluded under s. 24(2) because it was proximately connected to the *Charter* breach. With respect, I disagree. In order to explain the basis for my disagreement, however, it is necessary to re-examine the language, spirit and purpose of s. 24(2) of the *Charter*, as well as the approach to that section as originally set out in *R. v. Collins*, [1987] 1 S.C.R. 265, and elaborated upon in subsequent jurisprudence.

1. *Section 24(2) of the Charter*

66 Section 24 of the *Charter* reads:

24.(1) Anyone whose rights or freedoms, as guaranteed by this Charter, have been infringed or denied may apply to a court of competent jurisdiction to obtain such remedy as the court considers appropriate and just in the circumstances.

(2) Where, in proceedings under subsection (1), a court concludes that evidence was obtained in a manner that infringed or denied any rights or freedoms guaranteed by this Charter, the evidence shall be excluded if it is established that, having regard to all the circumstances, the admission of it in the proceedings would bring the administration of justice into disrepute.

Many, if not most, judicial guidelines to the purpose and interpretation of s. 24(2) of the *Charter*, and in particular the meaning of the phrase "bring the administration of justice into disrepute", originate in this Court's decision in *Collins*. It is to that decision that I therefore turn in order to revisit the first principles that underlie this section of our *Charter*, and to question whether the course that

pour le motif que leur utilisation était susceptible de déconsidérer l'administration de la justice.

II. Analyse

Mon collègue préférerait écarter ces éléments de preuve en vertu du par. 24(2) pour le motif que, «n'eût été» la violation de l'al. 10b), la police n'aurait certainement pas découvert l'arme du crime. Il conclut en outre que, bien qu'elle soit volontaire, qu'elle n'ait pas été faite à une personne en autorité et qu'elle n'ait pas nécessairement été «causée» directement par la violation de la *Charte*, la déclaration à Hall doit néanmoins être écartée en vertu du par. 24(2) du fait qu'elle est liée étroitement à la violation de la *Charte*. En toute déférence, je ne partage pas cet avis. Afin d'expliquer la raison fondamentale de mon désaccord, il m'est nécessaire d'examiner à nouveau le texte, l'esprit et l'objet du par. 24(2) de la *Charte*, de même que la façon d'aborder cette disposition énoncée, pour la première fois, dans l'arrêt *R. c. Collins*, [1987] 1 R.C.S. 265, et explicitée dans la jurisprudence subséquente.

1. *Le paragraphe 24(2) de la Charte*

L'article 24 de la *Charte*:

24. (1) Toute personne, victime de violation ou de négligence des droits ou libertés qui lui sont garantis par la présente charte, peut s'adresser à un tribunal compétent pour obtenir la réparation que le tribunal estime convenable et juste eu égard aux circonstances. *

(2) Lorsque, dans une instance visée au paragraphe (1), le tribunal a conclu que des éléments de preuve ont été obtenus dans des conditions qui portent atteinte aux droits ou libertés garantis par la présente charte, ces éléments de preuve sont écartés s'il est établi, eu égard aux circonstances, que leur utilisation est susceptible de déconsidérer l'administration de la justice.

Un grand nombre de directives judiciaires, voire la plupart d'entre elles, qui portent sur l'objet et l'interprétation du par. 24(2) de la *Charte* et, en particulier, sur le sens de la phrase «déconsidérer l'administration de la justice», tirent leur origine de l'arrêt de notre Cour *Collins*. C'est donc vers cet arrêt que je me tourne pour revoir les principes de base qui sous-tendent cette disposition de notre

this Court has since steered in subsequent jurisprudence remains true to the language, spirit and purpose of s. 24(2).

(i) The First Principles of section 24(2) Set Down in *R. v. Collins*

In *Collins*, a police officer approached a suspect in a pub and seized her in a “throat hold” used to prevent individuals from swallowing drugs. At the same time, he directed her to let go of an object in her hand which turned out to be a balloon carrying heroin. Although the trial judge found that the officer did not have the requisite reasonable and probable grounds for the search, the evidence was nonetheless admitted under s. 24(2) and the accused was convicted. This Court found the trial judge’s determination on the reasonableness of the search to be defective because the evidential basis for the officer’s suspicion was not admitted as a result of a spurious objection by defence counsel. Lamer J. (as he then was), for the majority, then went on to examine whether the evidence should have been excluded under s. 24(2).

Lamer J. began his analysis of s. 24(2) by expressing general agreement, at p. 275, with the following principles governing the interpretation of s. 24(2), as summarized by Seaton J.A. in the British Columbia Court of Appeal:

- It is not open to the courts in Canada to exclude evidence to discipline the police, but only to avoid having the administration of justice brought into disrepute.
- It is the admission, not the obtaining, that is the focus of the attention under our s. 24(2), though the manner of obtaining the evidence is obviously one of the circumstances.
- Evidence improperly obtained is *prima facie* admissible. The onus is on the person who wishes the evidence excluded to establish the further ingredient: that the admission of the evidence would bring the administration of justice into disrepute.

Charte, et pour déterminer si la direction prise, depuis lors, par la jurisprudence subséquente de notre Cour demeure fidèle au texte, à l'esprit et à l'objet du par. 24(2).

(i) Les principes de base du par. 24(2) énoncés dans *R. c. Collins*

Dans l’arrêt *Collins*, un policier s’est approché d’une cliente suspecte dans un débit de boissons et l’a saisie au moyen d’une «prise à la gorge» qui sert à empêcher d’avalier des stupéfiants. En même temps, il lui a ordonné de lâcher un objet qu’elle tenait dans sa main et qui s’est révélé être un ballon contenant de l’héroïne. Même si le juge du procès a conclu que le policier n’avait pas les motifs raisonnables et probables requis pour effectuer la fouille, la preuve a néanmoins été admise en vertu du par. 24(2) et l’accusée a été déclarée coupable. Notre Cour a conclu que la décision du juge du procès sur le caractère raisonnable de la fouille était erronée parce que les éléments à l’origine des soupçons du policier n’avaient pas été admis en preuve par suite d’une objection fallacieuse de l’avocat de la défense. Le juge Lamer (maintenant Juge en chef) s’est ensuite demandé, au nom de la majorité, si la preuve aurait dû être écartée en vertu du par. 24(2).

Le juge Lamer a entrepris son analyse du par. 24(2) en exprimant, à la p. 275, son adhésion générale aux principes suivants qui régissent l’interprétation du par. 24(2), tels qu’ils ont été résumés par le juge Seaton de la Cour d’appel de la Colombie-Britannique:

- Il n’appartient pas aux tribunaux canadiens d’écartier des éléments de preuve en guise de mesure disciplinaire contre la police, mais seulement pour éviter que l’administration de la justice ne soit déconsidérée.
- Notre par. 24(2) vise l’utilisation des éléments de preuve et non pas leur obtention, bien que la manière dont ils sont obtenus puisse évidemment constituer l’une des circonstances pertinentes.
- Des éléments de preuve obtenus irrégulièrement sont *prima facie* admissibles. C’est à celui qui désire faire écartier un élément de preuve qu’il incombe d’établir l’existence de l’élément supplémentaire: savoir que l’utilisation de cet élément de preuve est susceptible de déconsidérer l’administration de la justice.

- Section 24(2) does not confer a discretion on the judge but a duty to admit or exclude as a result of his finding.

In what most would agree is the quintessential pronouncement on s. 24(2), Lamer J. then gave form and substance to several of these principles, at pp. 280-81:

Misconduct by the police in the investigatory process often has some effect on the repute of the administration of justice, but s. 24(2) is not a remedy for police misconduct, requiring the exclusion of the evidence if, because of this misconduct, the administration of justice was brought into disrepute. Section 24(2) could well have been drafted in that way, but it was not. Rather, the drafters of the *Charter* decided to focus on the admission of the evidence in the proceedings, and the purpose of s. 24(2) is to prevent having the administration of justice brought into further disrepute [emphasis in original] by the admission of the evidence in the proceedings. This further disrepute will result from the admission of evidence that would deprive the accused of a fair hearing, or from judicial condonation of unacceptable conduct by the investigatory and prosecutorial agencies. It will also be necessary to consider any disrepute that may result from the exclusion of the evidence. It would be inconsistent with the purpose of s. 24(2) to exclude evidence if its exclusion would bring the administration of justice into greater disrepute than would its admission. Finally, it must be emphasized that even though the inquiry under s. 24(2) will necessarily focus on the specific prosecution, it is the long-term consequences of regular admission or exclusion of this type of evidence on the repute of the administration of justice which must be considered. . . . [Emphasis added.]

This passage expanded upon what was meant by the phrase “bring the administration of justice into disrepute”. More importantly, these remarks laid the rationale upon which Lamer J. discussed the three categories of factors that are relevant to determinations under s. 24(2) of the *Charter*. His concerns over the use of evidence that would deprive the accused of a fair hearing manifested themselves in the first category: “factors touching upon the fairness of the trial”. His concerns over the judicial condonation of unacceptable conduct

- Le paragraphe 24(2) ne confère pas au juge un pouvoir discrétionnaire, mais lui impose d'admettre ou d'écartier des éléments de preuve selon ce qu'il conclut.

Dans ce qu'on s'accorde généralement à considérer l'énoncé par excellence sur le par. 24(2), le juge Lamer donne ensuite forme et substance à plusieurs de ces principes, aux pp. 280 et 281:

La conduite inacceptable de la police au cours de l'enquête a souvent un effet sur la considération dont jouit l'administration de la justice, mais le par. 24(2) n'offre pas une réparation à l'égard de la conduite inacceptable de la police en imposant l'exclusion de la preuve si, à cause de cette conduite, l'administration de la justice était déconsidérée. Le paragraphe 24(2) aurait pu être rédigé en ces termes, mais ce n'est pas le cas. Les rédacteurs de la *Charte* ont par contre décidé de s'attaquer à l'utilisation de la preuve dans l'instance et le but du par. 24(2) est d'empêcher que cette utilisation ne déconsidère encore plus [souligné dans l'original] l'administration de la justice. Cette déconsidération additionnelle découlera de l'utilisation des éléments de preuve qui priveraient l'accusé d'un procès équitable ou de l'absolution judiciaire d'une conduite inacceptable de la part des organismes enquêteurs ou de la poursuite. Il faudra également tenir compte de la déconsidération qui peut provenir de l'exclusion des éléments de preuve. Il serait incompatible avec l'objectif du par. 24(2) d'écartier des éléments de preuve si leur exclusion déconsidère plus l'administration de la justice que ne le ferait leur utilisation. Enfin, il faut souligner que même si l'analyse en vertu du par. 24(2) sera nécessairement axée sur le cas particulier, il faut considérer les conséquences à long terme de l'utilisation ou de l'exclusion régulière de ce genre de preuve sur la considération dont jouit l'administration de la justice. . . . [Je souligne.]

Ce passage traitait du sens de l'expression «déconsidérer l'administration de la justice». Qui plus est, ces remarques constituaient le raisonnement sur lequel il a fondé son analyse des trois catégories de facteurs pertinents quant aux décisions rendues en vertu du par. 24(2) de la *Charte*. Ses préoccupations quant à l'utilisation d'une preuve qui privrait l'accusé d'un procès équitable se sont manifestées dans la première catégorie: «les facteurs qui touchent à l'équité du procès». Ses préoccupations relatives à la tolérance judiciaire d'une conduite

found expression through the second category: "factors touching upon the seriousness of the violation". Finally, his concerns over remaining true to the underlying purpose of s. 24(2) of the *Charter* found form in the third category: "factors governing the effect of excluding the evidence".

Lamer J. then noted that the fairness of trials is both a constitutionally protected right and a major source of repute of the judicial system. He therefore concluded that where the admission of the evidence would result in an unfair trial, then the admission of the evidence would tend to bring the administration of justice into disrepute. In my view, this conclusion, as well as the three categories of factors outlined in *Collins*, is completely consistent with s. 24(2)'s purpose of maintaining the integrity of the judicial system.

Another significant aspect of the approach set out in *Collins*, was the fact that the threshold for exclusion under s. 24(2) was intentionally set lower than the pre-*Charter* "community shock test" set out in *Rothman v. The Queen*, [1981] 1 S.C.R. 640. Although Lamer J. justified this lower threshold in part on the fact that violations of the Constitution should be subject to greater scrutiny than "dirty tricks" under the common law, he expounded in some detail upon a second rationale which bears recalling. Namely, he observed that while both the English text of s. 24(2) and the language used by this Court in *Rothman* use the words "would bring the administration of justice into disrepute", the French version of s. 24(2) provides that evidence shall be excluded that "could bring the administration of justice into disrepute". He then chose the French text as the version that was more suited to protecting the right of the accused to a fair trial. Consequently, the origins of the *Collins* test, as well as the availability of a remedy in s. 24(2), is actually tied to the French text rather than to the English text. Evidence shall be excluded under s. 24(2) whenever its admission could bring the administration of justice into disrepute. I will return to this matter later, for it is significant when considering the interaction between s. 24(2) of the *Charter* and the curative proviso in

inacceptable ont été exprimées dans la seconde catégorie: «les facteurs qui touchent à la gravité de la violation». Enfin, ses préoccupations concernant la fidélité à l'objectif qui sous-tend le par. 24(2) de la *Charte* ont pris forme dans la troisième catégorie: «les facteurs qui se rapportent à l'effet de l'exclusion de la preuve».

Le juge Lamer a ensuite fait remarquer que l'équité des procès est un droit protégé par la Constitution et une source majeure de considération pour le système judiciaire. Il a donc conclu que l'utilisation d'un élément de preuve qui rendrait le procès inéquitable tendrait à déconsidérer l'administration de la justice. À mon avis, cette conclusion, ainsi que les trois catégories de facteurs exposées dans l'arrêt *Collins*, est tout à fait compatible avec l'objet du par. 24(2) qui est de préserver l'intégrité du système judiciaire.

Autre aspect important de la méthode exposée dans l'arrêt *Collins*, le seuil d'exclusion sous le régime du par. 24(2) a intentionnellement été fixé plus bas que dans le cas du «critère de la conduite qui choque la collectivité» énoncé, avant l'avènement de la *Charte*, dans l'arrêt *Rothman c. La Reine*, [1981] 1 R.C.S. 640. Même si le juge Lamer a justifié ce seuil plus bas en partie par le fait que des violations de la Constitution devraient être soumises à une analyse plus serrée que les «artifices répréhensibles» en common law, il a également expliqué de façon assez détaillée un second raisonnement digne d'être rappelé. Il a fait observer notamment que, même si le texte anglais du par. 24(2) et la formulation employée par notre Cour dans l'arrêt *Rothman* utilisent tous deux l'expression «would bring the administration of justice into disrepute», le texte français du par. 24(2) prévoit qu'une preuve est écartée si elle «est susceptible de déconsidérer l'administration de la justice». Il a alors décidé que c'était la version française qui était le mieux à même de protéger le droit de l'accusé à un procès équitable. Ainsi, les origines du test de l'arrêt *Collins*, de même que la possibilité d'obtenir une réparation au par. 24(2), sont véritablement liées au texte français plutôt qu'au texte anglais. Aux termes du par. 24(2), les éléments de preuve doivent être écartés si leur utilisation est

s. 686(1)(b)(iii) of the *Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46.

susceptible de déconsidérer l'administration de la justice. Je reviendrai sur ce point ultérieurement, puisqu'il revêt de l'importance dans l'analyse de l'interaction entre le par. 24(2) de la *Charte* et la disposition réparatrice du sous-al. 686(1)b)(iii) du *Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46.

⁷¹ Most significant of all, however, Lamer J. drew upon (at p. 282) Professor Yves-Marie Morissette's influential article "The Exclusion of Evidence under the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*: What to Do and What Not to Do" (1984), 29 *McGill L.J.* 521, to characterize the determination that lies at the heart of s. 24(2):

"Would the admission of the evidence bring the administration of justice into disrepute in the eyes of the reasonable man, dispassionate and fully apprised of the circumstances of the case?" The reasonable person is usually the average person in the community, but only when that community's current mood is reasonable.

It is manifestly clear that s. 24(2) was not to be apprised according to the views of the reasonable lawyer, but simply according to the reasonable person, so long as he was "dispassionate and fully informed of the circumstances". This standard sets the ideal towards which all applications of s. 24(2) must strive.

⁷² The remedial role of s. 24(2) is very different from the rights and freedoms set down elsewhere in the *Charter*. The *Charter* imposes upon Canadian courts the duty to preserve and protect the rights of the individual as guaranteed in the *Charter*. These rights find their most unequivocal vindication through s. 24(1) of the *Charter* and s. 52(1) of the *Constitution Act, 1982*. Notably, however, our Constitution addresses the exclusion of evidence with particularity, and entrenches in s. 24(2) a quintessentially Canadian compromise. Section 24(2) confers directly upon courts the responsibility to preserve and protect the integrity and repute of the judicial system. The vindication of rights, though important, is ultimately only one factor to be considered in a more complex constitutional equation. Though there will be many occasions when the courts' duties under s. 24(2) complement

Ce qui importe le plus, toutefois, c'est que le juge Lamer s'est inspiré de l'article influent du professeur Yves-Marie Morissette, intitulé «The Exclusion of Evidence under the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*: What to Do and What Not to Do» (1984), 29 *R.D. McGill* 521, pour qualifier la décision qui est au cœur du par. 24(2) (à la p. 282):

[TRADUCTION] «L'utilisation des éléments de preuve est-elle susceptible de déconsidérer l'administration de la justice aux yeux de l'homme raisonnable, objectif et bien informé de toutes les circonstances de l'affaire?» La personne raisonnable est habituellement la personne moyenne dans la société, mais uniquement lorsque l'humeur courante de la société est raisonnable.

De toute évidence, il ne fallait pas apprécier le par. 24(2) à l'aune des opinions de l'avocat raisonnable, mais simplement avec les yeux de la personne raisonnable, pour autant que celle-ci soit «objectif et bien informée de toutes les circonstances». Cette norme fixe un idéal auquel toutes les applications du par. 24(2) doivent aspirer.

Le rôle réparateur que joue le par. 24(2) est fort différent des droits et libertés énoncés ailleurs dans la *Charte*. Cette dernière impose aux tribunaux canadiens le devoir de maintenir et de protéger les droits de la personne qui sont garantis par la *Charte*. Ces droits trouvent leur protection la plus explicite au par. 24(1) de la *Charte* et au par. 52(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*. Il est remarquable, toutefois, que notre Constitution aborde d'une manière particulière l'exclusion des éléments de preuve et consacre, au par. 24(2), un compromis purement canadien. Le paragraphe 24(2) confie directement aux tribunaux la tâche de maintenir et de protéger l'intégrité du système judiciaire et la considération dont il jouit. La défense des droits, toute importante qu'elle soit, n'est finalement que l'un des facteurs dont il faut tenir compte dans une équation constitutionnelle

the courts' responsibility to give the fullest possible effect to the individual rights and freedoms guaranteed under the *Charter*, there may be other occasions when these two duties conflict. On those occasions, s. 24(2) makes it clear that the courts' primary concern must lie in maintaining the integrity and legitimacy of the judicial system in the eyes of the Canadian community, assuming that community to be reasonable, dispassionate, and fully apprised of the circumstances. Section 24(2) serves to ensure that, in the application and enforcement of our laws, our constitutional values neither run too far ahead nor lag too far behind our basic values as a society. One of its purposes is therefore to ensure that the institution charged with upholding those fundamental values does not lose legitimacy in the eyes of those whose values it is entrusted to protect.

Given the role of s. 24(2) of the *Charter*, it is just as important that we remain faithful to the spirit and purpose of this remedial provision as it is to remain consistent with the purpose of the individual rights and freedoms guaranteed within the *Charter*. Although the balance can sometimes be a difficult one, it is not one which the court can avoid. Academic commentary such as that of Professor David M. Paciocco, in "The Judicial Repeal of s. 24(2) and the Development of the Canadian Exclusionary Rule" (1990), 32 *Crim. L.Q.* 326, at pp. 341-43, suggests that this Court's evolving jurisprudence on s. 24(2) has failed to effect this balance, and has therefore been unfaithful to its constitutional mandate under that section:

As a matter of construction, s. 24(2) decidedly focuses on the . . . imperative of judicial integrity, the maintenance of popular trust in the judicial branch of government. The phrase states that the concern is with whether the admission of the evidence would bring the administration of justice into *disrepute*. Disrepute has to do with reputation and reputation has to do with what others think of you, not with what standards you would like to emulate. If one was to boil all of this down into simple terms and to appreciate it in its historical context, one would be driven to conclude that the framers of the Charter were attempting to fashion a cautious exclusionary rule where evidence would be refused only in rela-

plus complexe. Bien qu'il arrivera fréquemment que le devoir des tribunaux, sous le régime du par. 24(2), complète celui qui leur incombe de donner effet de la façon la plus efficace possible aux droits et libertés que la *Charte* garantit à une personne, il peut également arriver que ces deux devoirs entrent en conflit. Le cas échéant, le par. 24(2) précise clairement que les tribunaux doivent d'abord s'efforcer de maintenir l'intégrité et la légitimité du système judiciaire aux yeux de la collectivité canadienne, pour autant que celle-ci soit raisonnable, objective et bien informée de toutes les circonstances. Le paragraphe 24(2) sert à assurer que, dans l'application de nos lois, il n'y ait pas un trop grand décalage entre nos valeurs constitutionnelles et nos valeurs fondamentales comme société. Il a donc notamment pour objectif de garantir que l'institution chargée de faire respecter ces valeurs fondamentales ne perde pas sa légitimité aux yeux de ceux dont elle a la tâche de protéger les valeurs.

Étant donné le rôle du par. 24(2) de la *Charte*, il est tout aussi important de demeurer fidèle à l'esprit et à l'objet de cette disposition réparatrice qu'il l'est de se conformer à l'objet des droits et libertés de la personne garantis par la *Charte*. Bien que l'équilibre puisse parfois être laborieux, la cour ne peut s'y dérober. Les propos d'auteurs comme le professeur David M. Paciocco dans «The Judicial Repeal of s. 24(2) and the Development of the Canadian Exclusionary Rule» (1990), 32 *Crim. L.Q.* 326, aux pp. 341 à 343, suggèrent que l'évolution de la jurisprudence de notre Cour sur le par. 24(2) n'a pas permis de réaliser cet équilibre, et que la Cour n'a pas respecté son mandat constitutionnel sous le régime de cette disposition:

[TRADUCTION] Sur le plan de l'interprétation, le par. 24(2) est incontestablement axé sur [...] l'impératif de l'intégrité judiciaire, le maintien de la confiance populaire dans le pouvoir judiciaire. Aux termes de ce paragraphe, la question est de savoir si l'utilisation des éléments de preuve est susceptible de *déconsidérer* l'administration de la justice. Le verbe «déconsidérer» a trait à la réputation qui elle-même se rapporte à ce que les gens pensent de vous, et non aux normes dont vous souhaiteriez être l'émule. Si on résumait tout cela en des termes simples et si on le situait dans son contexte historique, on serait porté à conclure que les rédacteurs de la *Charte* ont tenté de concevoir une règle d'exclusion

tively extreme cases; after all, there were no signs at the time that s. 24(2) was drafted that the administration of justice was suffering disrepute as a result of a long-standing position that the method of obtainment was irrelevant to the admissibility of probative evidence.

Despite this, the Supreme Court of Canada has fashioned what has proved, in at least a wide spectrum of cases, to be an extremely aggressive exclusionary remedy. It set the stage for doing so by leaving the partially implicit but unmistakable message that s. 24(2) should be understood as though it was intended to preserve judicial integrity, regardless of the impact of exclusion on the reputation of the judicial branch.

In essence, all of this means that judges in applying s. 24(2) of the Charter have a luxury that is not available elsewhere; they themselves get to define what conduct of theirs will bring them into disrepute. In so holding the court has done more than a little violence to the concept of disrepute. [Emphasis by underlining added.]

I note, as well, the findings of carefully conducted surveys which suggest that, although the Canadian public shares this Court's views as to what factors are important in the exclusion of evidence under s. 24(2), there is a material gap between public opinion and this Court regarding how those factors would be applied: see A. W. Bryant, M. Gold, H. M. Stevenson and D. Northrup, "Public Attitudes Toward the Exclusion of Evidence: Section 24(2) of the Canadian Charter of Rights and Freedoms" (1990), 69 *Can. Bar Rev.* 1, and "Public Support for the Exclusion of Unconstitutionally Obtained Evidence" (1990), 1 *S.C.L.R.* (2d) 555. On one hand, I am in basic agreement with the concern expressed in *Collins*, at p. 282, that "[t]he *Charter* is designed to protect the accused from the majority, so the enforcement of the *Charter* must not be left to that majority". I am also sensitive to the fact that public opinion surveys, no matter how carefully culled, are rarely without their weaknesses. On the other hand, however, given that the express purpose of s. 24(2) is to maintain the repute of the justice system, I

modérée en vertu de laquelle les éléments de preuve ne seraient écartés que dans des cas relativement extrêmes; après tout, à l'époque où le par. 24(2) a été rédigé, rien n'indiquait que l'administration de la justice était déconsidérée du fait d'une position de longue date suivant laquelle la façon d'obtenir des éléments de preuve probants n'était pas pertinente quant à leur admissibilité.

Malgré cela, la Cour suprême du Canada a établi ce qui s'est révélé être, à tout le moins dans un grand nombre de cas, une règle d'exclusion extrêmement agressive. Elle a pu le faire en envoyant le message en partie implicite, mais sans équivoque, qu'il y avait lieu de comprendre du par. 24(2) qu'il avait été conçu pour maintenir l'intégrité judiciaire, quel que soit l'impact de l'exclusion sur la considération dont jouit le pouvoir judiciaire.

Essentiellement, tout cela signifie que les juges, lorsqu'ils appliquent le par. 24(2) de la Charte, ont un luxe qui n'existe nulle part ailleurs: ils en viennent eux-mêmes à déterminer lesquels de leurs comportements portent atteinte à la considération dont ils jouissent. En décidant cela, la cour a fait plus que simple violence au concept de la déconsidération. [Je souligne.]

Je signale également les conclusions de sondages effectués soigneusement, qui laissent entendre que, bien que la collectivité canadienne partage l'opinion de notre Cour quant aux facteurs pertinents pour exclure des éléments de preuve en vertu du par. 24(2), il existe un écart notable entre l'opinion publique et notre Cour relativement à la façon dont ces facteurs seraient appliqués: voir A. W. Bryant, M. Gold, H. M. Stevenson et D. Northrup, «Public Attitudes Toward the Exclusion of Evidence: Section 24(2) of the Canadian Charter of Rights and Freedoms» (1990), 69 *R. du B. can.* 1, et «Public Support for the Exclusion of Unconstitutionally Obtained Evidence» (1990), 1 *S.C.L.R.* (2d) 555. D'une part, je suis essentiellement d'accord avec les propos tenus à la p. 282 de l'arrêt *Collins*, selon lesquels «[l]a *Charte* vise à protéger l'accusé contre la majorité, donc la mise en application de la *Charte* ne doit pas être laissée à cette majorité». Je suis également sensible au fait que les sondages d'opinion publique, si perfectionnés soient-ils, sont rarement exempts de faiblesses. Par contre, puisque le par. 24(2) a pour objet explicite

believe that we also cannot dismiss them completely out of hand. A periodic "reality check" is both healthy and necessary in order to ensure that the discretion to exclude evidence under s. 24(2) is exercised in conformity with long-term community values.

Let me start by first acknowledging that the road upon which this Court originally embarked was the right one. In particular, returning to the first principles outlined in *Collins*, I believe that the "reasonable person, dispassionate and fully apprised of the circumstances" would most generally agree that the administration of justice tends to be brought into disrepute when the fairness of the hearing may be undermined by the admission of unconstitutionally obtained evidence. This hypothetical person would also agree that, in certain cases, the conduct of the police or of the Crown may be so unacceptable that admission of evidence obtained in such a manner would tend to bring the administration of justice into disrepute. Finally, this person would agree that, notwithstanding these two considerations, there may still be exceptional situations in which the exclusion of the impugned evidence would bring the administration of justice into greater disrepute than its inclusion. As such, I believe that the "reasonable person" would approve of the three criteria set out by this Court in *Collins*. In my respectful opinion, however, the hypothetical "reasonable person" would then point to the fork in the road which has ultimately led this Court to misapply s. 24(2) — our approach to "factors governing the fairness of the trial".

(ii) The Fairness of the "Trial"

It is interesting to note, at the outset, that when Lamer J. originally set out in *Collins*, at p. 281, the considerations that should animate the interpretation of s. 24(2) of the *Charter*, he spoke of the fairness of the hearing. At page 284, however, he directed his remarks not to the fairness of the hearing, but to the fairness of the trial:

75

de maintenir la considération dont jouit le système de justice, je ne crois pas qu'on puisse les ignorer d'emblée. Un examen périodique de la réalité est à la fois sain et nécessaire pour garantir que le pouvoir discrétionnaire d'écartier des éléments de preuve en vertu du par. 24(2) est exercé en conformité avec des valeurs durables de la collectivité.

Il y a lieu de commencer par reconnaître que la voie sur laquelle notre Cour s'est engagée initialement était la bonne. En particulier, si on retourne aux principes de base qui ont été énoncés dans l'arrêt *Collins*, je crois que la «personne raisonnable, objective et bien informée de toutes les circonstances» conviendrait généralement que l'administration de la justice a tendance à être déconsidérée lorsque l'équité du procès est compromise par l'utilisation d'éléments de preuve obtenus inconstitutionnellement. Cette personne hypothétique conviendrait également que, dans certains cas, le comportement de la police ou du ministère public peut être si inacceptable que l'utilisation des éléments de preuve obtenus grâce à ce comportement tendrait à déconsidérer l'administration de la justice. Enfin, cette personne conviendrait qu'indépendamment de ces deux facteurs il peut encore exister des situations exceptionnelles où l'exclusion de la preuve contestée est plus susceptible de déconsidérer l'administration de la justice que son utilisation. Voilà pourquoi je crois que la «personne raisonnable» approuverait les trois critères énoncés par notre Cour dans l'arrêt *Collins*. En toute déférence je crois, toutefois, que la «personne raisonnable» hypothétique pourrait, de même, montrer du doigt la croisée des chemins qui a finalement amené notre Cour à appliquer incorrectement le par. 24(2) — notre façon d'aborder les «facteurs qui touchent à l'équité du procès».

(ii) L'équité du «procès»

76

Il est intéressant de souligner tout d'abord que lorsque le juge Lamer a initialement énoncé dans *Collins*, à la p. 281, les considérations qui devraient guider l'interprétation du par. 24(2) de la *Charte*, il parlait de l'équité de l'audition. À la p. 284, cependant, ses observations portaient non pas sur l'équité de l'audition mais l'équité du procès:

The trial is a key part of the administration of justice, and the fairness of Canadian trials is a major source of the repute of the system and is now a right guaranteed by s. 11(d) of the *Charter*. If the admission of the evidence in some way affects the fairness of the trial, then the admission of the evidence would tend to bring the administration of justice into disrepute and, subject to consideration of the other factors, the evidence generally should be excluded. [Emphasis in original.]

He then went on to distinguish between the admission of evidence that was real and that which was self-incriminatory. In his opinion, where an accused is conscripted against him- or herself to provide a confession or other evidence emanating from the accused, then such evidence would by definition generally affect "the very fairness of the trial", since it did not exist prior to the violation and since it strikes at one of the fundamental tenets of a fair trial, the right against self-incrimination. At that time, Le Dain J. wrote concurring reasons in *Collins*, sounding a cautionary note regarding the role of "trial fairness" in the s. 24(2) analysis. In my respectful view, the passage of time has borne out his concerns. The grouping of too many factors under the rubric of "trial fairness", the encroachment of which we are told must almost inevitably lead to exclusion of the evidence, has led this Court to depart from the first principles and underlying purposes animating s. 24(2) of the *Charter*.

⁷⁷ This deviation has become more evident over time. We now know that any evidence that could not have been obtained "but for" the participation of the accused is classified as self-incriminatory in nature, and is therefore decreed to affect the fairness of the trial, and thereby most likely to require exclusion due to an application of the first branch of the *Collins* test: *R. v. Ross*, [1989] 1 S.C.R. 3, at p. 16. This has come to be known in many circles as the discoverability doctrine. Thus, in a very significant number of cases, the multi-faceted *Collins* framework has been subsumed within its first branch.

Le procès joue un rôle clé dans l'administration de la justice et l'équité des procès au Canada est une source majeure de la considération dont jouit le système et constitue actuellement un droit garanti par l'al. 11d) de la *Charte*. Si l'utilisation de la preuve portait atteinte de quelque façon à l'équité du procès, alors celle-ci tendrait à déconsidérer l'administration de la justice et, sous réserve de la considération des autres facteurs, la preuve devrait généralement être écartée. [Souligné dans l'original.]

Il établit ensuite une distinction entre l'utilisation d'une preuve matérielle et celle d'une preuve auto-incriminante. À son avis, lorsqu'un accusé est forcé de faire des aveux ou de fournir d'autres éléments de preuve, ceux-ci, par définition, compromettent généralement «le caractère équitable du procès même», puisqu'ils n'existaient pas avant la violation et que leur utilisation constitue une attaque contre l'un des préceptes fondamentaux d'un procès équitable, soit le droit de ne pas s'incriminer. À l'époque, le juge Le Dain a, dans l'arrêt *Collins*, rédigé des motifs concordants dans lesquels il a fait une mise en garde sur le rôle de l'«équité du procès» dans une analyse fondée sur le par. 24(2). À mon avis, ses inquiétudes se sont confirmées avec le temps. Le regroupement d'un trop grand nombre de facteurs sous la rubrique «équité du procès», dont la violation, nous dit-on, doit nécessairement conduire à l'exclusion de cette preuve, a amené notre Cour à déroger aux principes de base et aux objets sous-jacents du par. 24(2) de la *Charte*. *

Cette dérogation est devenue plus évidente avec le temps. Nous savons maintenant que toute preuve qui n'aurait pu être obtenue «n'eût été» la participation de l'accusé est qualifiée comme étant de nature auto-incriminante et est donc considérée comme compromettant l'équité du procès et, partant, comme devant fort probablement exiger l'exclusion en application du premier volet du test de l'arrêt *Collins*: *R. c. Ross*, [1989] 1 R.C.S. 3, à la p. 16. C'est ce qu'on a appelé dans certains cercles, la doctrine de la possibilité de découverte. Ainsi, dans un très grand nombre d'affaires, le cadre multidimensionnel de l'arrêt *Collins* a été subsumé sous son premier volet.

I believe this subtle yet significant expansion of the first branch of the *Collins* test to have come about as a result of an equally subtle shift in terminology. This Court went from speaking of the repute of the justice system being affected in terms of possible unfairness of the hearing (*Collins*, at p. 281), to being affected in terms of unfairness of the trial (*Collins*, at p. 284), to being affected in terms of unfairness of the trial process. See, e.g., *R. v. Ross; Thomson Newspapers Ltd. v. Canada (Director of Investigation and Research, Restrictive Trade Practices Commission)*, [1990] 1 S.C.R. 425, *per* La Forest J.; *R. v. Mellenthin*, [1992] 3 S.C.R. 615; *R. v. Prosper*, [1994] 3 S.C.R. 236, *per* Lamer C.J. I believe Iacobucci J.'s approach in the present case to take the definition of "trial unfairness" even one step further than ever before, moreover, by concluding as a matter of law that the "fairness of the trial" is adversely affected as a result of a "proximate connection" between the impugned evidence (i.e., the accused's voluntary statements to his girlfriend) and the s. 10(b) *Charter* violation. Each time the terminology has changed, it has expanded the scope of the first branch of the *Collins* analysis, and thereby increased the likelihood that virtually absolute exclusionary consequences will follow from a s. 24(2) analysis.

The paradigmatic shift that has resulted in the adoption of the "but for" approach to s. 24(2) has most dramatic implications. Its magnitude is perhaps most fully appreciated by returning once again to the proverbial grandfather of s. 24(2) jurisprudence. In *Collins*, the majority of the Court elaborated its three-part framework in the context of an unconstitutional search of a bar patron, which resulted in the finding of a balloon of heroin clenched in her hand. In determining whether the heroin obtained in the illegal search should be excluded under s. 24(2), its application of the first set of factors, concerning the fairness of the trial, is most informative (at p. 288):

The evidence obtained as a result of the search was real evidence and, while prejudicial to the accused as

Je crois que cet élargissement à la fois subtil et considérable du premier volet du test de l'arrêt *Collins* est le fruit d'un changement de terminologie tout aussi subtil. Notre Cour a commencé par parler d'atteinte à la considération du système de la justice en termes d'iniquité possible de l'audition (*Collins*, à la p. 281), puis en termes d'iniquité du procès (*Collins*, à la p. 284), puis en termes d'iniquité dans le processus du procès. Voir, p. ex., *R. c. Ross; Thomson Newspapers Ltd. c. Canada (Directeur des enquêtes et recherches, Commission sur les pratiques restrictives du commerce)*, [1990] 1 R.C.S. 425, le juge La Forest; *R. c. Mellenthin*, [1992] 3 R.C.S. 615; *R. c. Prosper*, [1994] 3 R.C.S. 236, le juge en chef Lamer. J'estime que l'approche du juge Iacobucci, en l'espèce, pousse la définition de «procès inéquitable» un pas plus loin qu'auparavant, lorsqu'il conclut qu'à titre de règle de droit l'«équité du procès» est compromise en raison du «lien étroit» qui existe entre les éléments de preuve contestés (à savoir, les déclarations volontaires de l'accusé à son amie) et la violation de l'al. 10b) de la *Charte*. Dans chaque cas où la terminologie a changé, la portée du premier volet de l'analyse de l'arrêt *Collins* a été élargie, ce qui a augmenté la probabilité qu'une analyse en vertu du par. 24(2) aboutisse à une exclusion pratiquement absolue.

Le changement paradigmique qui a entraîné l'adoption de la façon d'aborder le par. 24(2) en fonction du critère du «n'eût été» a des répercussions des plus dramatiques. On peut peut-être mieux en apprécier l'ampleur en se reportant encore une fois à l'«ancêtre» proverbial de la jurisprudence relative au par. 24(2). Dans l'arrêt *Collins*, la Cour à la majorité a conçu une formule tripartite dans le contexte d'une fouille inconstitutionnelle d'une cliente dans un bar, ayant mené à la découverte d'un ballon d'héroïne qu'elle serrait dans sa main. Quant à la question de savoir si l'héroïne obtenue au cours de la fouille illégale devait être écartée en vertu du par. 24(2), l'application par notre Cour de la première série de facteurs concernant l'équité du procès est des plus instructives (à la p. 288):

La preuve obtenue grâce à la fouille était une preuve matérielle et, bien qu'elle soit préjudiciable à l'accusée,

evidence tendered by the Crown usually is, there is nothing to suggest that its use at the trial would render the trial unfair. [Emphasis added.]

The heroin was excluded on the basis of the second branch of the *Collins* test, since the violation was both flagrant and serious, and since it was unacceptable conduct for police to take flying tackles at people, seizing them by the throat, if they did not have reasonable and probable grounds to believe that these people were dangerous or handlers of drugs. For the Court to signal its condonation of the officer's acts by nonetheless admitting the evidence could bring the administration of justice into greater disrepute than if the evidence were to be excluded and the accused were subsequently acquitted. Given that the officer had not had the opportunity to explain the basis for his search, however, a new trial was ordered, at which time the reasonable and probable grounds for the search could be properly ascertained.

By contrast, only five years later, in *Mellenthin*, this Court excluded under s. 24(2) drugs found by an officer pursuant to a search of a car at a random roadside sobriety check. Cory J. found the drugs to have been discovered as a result of an unconstitutional search and concluded that "but for" this *Charter* violation, the drugs would never have been found. In other words, although the drugs were real, they were self-incriminatory in the sense that they would not have been discovered but for the rights violation. He therefore excluded the evidence as a result of his analysis under the first branch of *Collins*. His analysis under the first branch of the *Collins* test mentioned the following factors (at p. 629) as relating to the fairness of the trial:

The unreasonable search carried out in this case is the very kind which the Court wished to make clear is unacceptable. A check stop does not and cannot constitute a general search warrant for searching every vehicle, driver and passenger that is pulled over. Unless there are reasonable and probable grounds for conducting the search, or drugs, alcohol or weapons are in plain view in

comme c'est normalement le cas pour les éléments de preuve produits par la poursuite, rien ne porte à croire que son utilisation au procès le rendrait inéquitable. [Je souligne.]

L'héroïne a été écartée sur la base du second volet du test de l'arrêt *Collins*, parce que la violation était à la fois flagrante et grave et qu'il était inacceptable que les policiers sautent sur les gens et les saisissent à la gorge en l'absence de motifs raisonnables et probables de croire que ces gens-là sont dangereux ou qu'ils sont des trafiquants de drogues. Si la Cour avait toléré ces agissements des policiers, en admettant la preuve malgré tout, cette tolérance était susceptible de déconsidérer l'administration de la justice davantage que si la preuve avait été écartée, et l'accusée par la suite acquittée. Cependant, comme le policier n'avait pas eu la possibilité d'expliquer la raison de sa fouille, on a ordonné la tenue d'un nouveau procès au cours duquel les motifs raisonnables et probables de la fouille pourraient être vérifiés convenablement.

Par contre, cinq ans plus tard seulement, dans *Mellenthin*, notre Cour s'est fondée sur le par. 24(2) pour écarter la preuve des stupéfiants découverts par un policier au cours de la fouille d'une voiture effectuée dans le cadre d'un contrôle routier ponctuel. Le juge Cory a conclu que les stupéfiants avaient été découverts grâce à une fouille inconstitutionnelle et que, «n'eût été» cette violation de la *Charte*, les stupéfiants n'auraient jamais été découverts. En d'autres termes, même si les stupéfiants étaient une preuve matérielle, ils constituaient une preuve auto-incriminante en ce sens qu'ils n'auraient pas été découverts en l'absence de la violation des droits. Il a donc écarté la preuve par suite de son analyse fondée sur le premier volet du test de l'arrêt *Collins*. Au cours de cette analyse, il a indiqué, à la p. 629, que les facteurs suivants touchaient à l'équité du procès:

La fouille abusive effectuée en l'espèce est exactement le genre de fouille qui, d'après ce que la Cour a voulu préciser, est inacceptable. Un contrôle routier ne constitue pas et ne saurait constituer un mandat de perquisition général permettant de fouiller les conducteurs à qui l'on demande de s'immobiliser, leur véhicule et les passagers. L'élément de preuve obtenu grâce à une telle

the interior of the vehicle, the evidence flowing from such a search should not be admitted.

It would surely affect the fairness of the trial should check stops be accepted as a basis for warrantless searches and the evidence derived from them was to be automatically admitted. To admit evidence obtained in an unreasonable and unjustified search carried out while a motorist was detained in a check stop would adversely and unfairly affect the trial process and most surely bring the administration of justice into disrepute. [Emphasis added.]

In view of the foregoing conclusion, Cory J. thought it unnecessary to consider the other branches of the *Collins* test, but nonetheless went on to conclude that the evidence should also be excluded on the basis of the second branch of the *Collins* test because the violation was a serious one involving unacceptable conduct which should not be condoned by the justice system. He did not give any consideration to the third branch of the *Collins* test.

It becomes evident how far this Court has deviated from its original approach to s. 24(2) when we transplant the "but for" standard employed in *Mellenthin* back to *Collins*. If, in *Collins*, Lamer J. had approached the problem in the manner suggested by Cory J. in *Mellenthin*, he should have concluded that "but for" the *Charter* violation, the officer would not have seized the heroin balloon from the suspect in the bar. There was no evidence to suggest that the officer could have seized the drugs in any other way. Yet how is it that Lamer J. concluded for the majority in *Collins* that this evidence, though prejudicial in the ordinary sense, did not render the trial unfair, and therefore did not tend to the almost automatic exclusion of the evidence? Why have our notions of what constitutes a "fair trial", and thereby inevitably leads to exclusion, changed so profoundly in the space of the five years between *Collins* and *Mellenthin*?

With great respect, I suggest that we have lost sight of the original concerns that motivated the

fouille ne devrait être admis que s'il existe des motifs raisonnables et probables d'effectuer la fouille ou si de la drogue, de l'alcool ou des armes sont exposés à la vue de tous à l'intérieur du véhicule.

Si on acceptait les contrôles routiers comme justifiant des fouilles sans mandat et si la preuve qui en découle était automatiquement admise, l'équité du procès en souffrirait certainement. L'utilisation d'éléments de preuve obtenus au cours d'une fouille abusive et injustifiée alors qu'un automobiliste était détenu à un point de contrôle nuirait injustement au procès et serait très certainement susceptible de déconsidérer l'administration de la justice. [Je souligne.]

Vu cette conclusion, le juge Cory a estimé inutile de considérer les autres volets du test de l'arrêt *Collins*, sauf qu'il a ensuite conclu que la preuve devait également être écartée en fonction du second volet du test de l'arrêt *Collins*, parce que la violation était grave et mettait en cause un comportement inadmissible qui ne devait pas être toléré par le système de justice. Il n'a pas considéré le troisième volet du test de l'arrêt *Collins*.

On peut constater combien notre Cour a dérogé à sa façon initiale d'aborder le par. 24(2), si on applique rétroactivement à l'arrêt *Collins* le critère du «n'eût été» utilisé dans l'arrêt *Mellenthin*. Si, dans *Collins*, le juge Lamer avait abordé le problème de la manière proposée par le juge Cory dans *Mellenthin*, il aurait dû conclure que, «n'eût été» la violation de la *Charte*, le policier n'aurait pas saisi le ballon d'héroïne de la femme suspecte dans le bar. Il n'existe aucun preuve de nature à suggérer que l'agent aurait pu saisir la drogue d'une autre façon. Alors comment se fait-il que le juge Lamer ait conclu, au nom de la majorité dans l'arrêt *Collins*, que cette preuve, bien que préjudiciable au sens ordinaire, ne rendait pas le procès inéquitable et, partant, n'emportait pas l'exclusion presque automatique? Pourquoi notre notion de ce qui constitue un «procès équitable», qui doit donc mener inévitablement à l'exclusion, a-t-elle si profondément changé en l'espace des cinq ans qui séparent *Collins* et *Mellenthin*?

En toute déférence, je pense que nous avons perdu de vue les préoccupations qui, à l'origine,

Court to remark that the admission of evidence affecting the fairness of the hearing would generally tend to bring the administration of justice into disrepute.

⁸³ In my view, the essence of those original concerns is reflected in the concurring reasons of Lamer J. in *Rothman* in which he provided an important jurisprudential stepping stone between the traditional common law "voluntariness" rule and s. 24(2) of the *Charter*. In the context of his discussion of the confessions rule and the power of courts to exclude certain types of evidence, he recognized that reliability was an important consideration as to whether or not evidence should be excluded, but then went on to say that the discretion of a trial judge to exclude evidence must extend beyond that criteria. He therefore favoured a two-step analysis. The first stage was reliability. Where anything done by the authorities casts some doubt as to the accused's having been induced to make a possible unreliable statement, then that statement would be excluded. The second component was a general discretion on the part of the judge to exclude reliable and probative evidence where it was obtained in circumstances that threatened the integrity of the judicial system.

⁸⁴ Section 24(2) of the *Charter* was not enacted in a vacuum. As numerous commentators have noted, it reflected a compromise between a Canadian common law rule which focused almost exclusively on reliability and an American exclusionary rule which focused largely on police misconduct. It was intended as a cautious expansion of the Canadian common law. Many of its values are reflected in Lamer J.'s reasoning in *Rothman*. I will outline below why I believe that the two-part framework outlined in *Rothman* forms the underpinnings of the approach to s. 24(2) taken by this Court in *Collins*. In my view, at the heart of *Collins*, building as it did on *Rothman*, is the recognition of two fundamental concerns, the encroachment of either of

ont motivé la Cour à souligner que l'utilisation d'éléments de preuve compromettant l'équité de l'audition tendrait en général à déconsidérer l'administration de la justice.

J'estime que l'essence même de ces considérations initiales est exprimée dans les motifs concourants rédigés par le juge Lamer dans l'arrêt *Rothman*, dans lequel il construit un pont jurisprudentiel important entre la règle traditionnelle de la common law du «caractère volontaire» et le par. 24(2) de la *Charte*. Dans le cadre de son analyse de la règle des confessions et du pouvoir des tribunaux d'écartier certains types de preuve, il a reconnu que la fiabilité était une considération importante pour déterminer si la preuve devait être exclue, mais il a poursuivi pour dire ensuite que le pouvoir discrétionnaire du juge du procès d'écartier la preuve devait aller au-delà de ce critère. Il était donc en faveur d'une analyse en deux temps, le premier étant la fiabilité. Lorsque ce qu'ont fait les autorités jette un doute quant à savoir si l'accusé a été incité à faire une déclaration qui pourrait ne pas être fiable, cette déclaration devrait être écartée. Le deuxième volet de l'analyse était le pouvoir discrétionnaire général dont le juge dispose d'écartier la preuve fiable et probante lorsqu'elle a été obtenue dans des circonstances qui menacent l'intégrité du système judiciaire.

Le paragraphe 24(2) de la *Charte* n'a pas été adopté dans un vacuum. Comme de nombreux commentateurs l'ont fait remarquer, il correspond à un compromis entre une règle canadienne de common law qui était presque uniquement axée sur la fiabilité et une règle américaine d'exclusion largement axée sur l'inconduite de la police. Il a été conçu comme un élargissement prudent de la common law canadienne. Un grand nombre des valeurs qu'il reflète apparaissaient dans le raisonnement préconisé par le juge Lamer dans *Rothman*. Je vais maintenant expliquer pour quelle raison je crois que l'analyse en deux temps décrite dans *Rothman* constitue les fondations de l'approche adoptée par notre Cour dans l'arrêt *Collins* à l'égard du par. 24(2). J'estime qu'au cœur de l'arrêt *Collins*, qui découle de *Rothman*, est la reconnaissance de deux préoccupations fondamentales,

which could bring the administration of justice into disrepute within the meaning of s. 24(2).

The first basic concern groups together all of the common law and *Charter* protections of the accused that ultimately relate to liberty and truth-seeking. For the sake of simplicity, I shall call it the "Reliability Principle". In essence, this principle dictates that our justice system must be constantly and intensely vigilant to ensure that innocent persons not be convicted. Where the individual's liberty is at stake, then these protections take on added significance and additional dimensions. In accordance with this principle, the trial must not amount to an attempt by the Crown to "win" its case against the accused: see, e.g., *R. v. Stinchcombe*, [1991] 3 S.C.R. 326. Rather, the trial is undertaken as a truth-seeking activity, and its conduct is animated by the overarching need for the accurate determination of innocence or guilt. As such, the trial itself must be conducted so as to maximize the accuracy of the outcome and minimize the possibility of wrongful conviction. Evidence that may be unreliable or that has the potential to mislead a trier of fact is at the heart of this concern, and will generally be excluded. Accordingly, under the Reliability Principle, the use at trial of evidence, obtained in a manner that violated the *Charter*, that may mislead the trier of fact could render that trial unfair, and could bring the administration of justice into disrepute in the eyes of the reasonable person, dispassionate and fully apprised of the circumstances. In other words, where the unfairness flowing from the *Charter* violation may touch in any way upon the actual adjudicative process, then this kind of evidence must almost inevitably be excluded.

The second basic concern relates to life, security of the person and, within that same rubric, fundamental human dignity. For the sake of convenience, I shall refer to this principle as the "Fairness Principle". This principle groups together all of the common law and *Charter* protections that breathe life into the notion that the

dont la violation est susceptible de déconsidérer l'administration de la justice.

85

Le premier principe fondamental réunit toutes les garanties que la common law et la *Charte* offrent à l'accusé et touche en dernière analyse à la liberté et à la recherche de la vérité. Pour fins de simplification, je l'appellerai le «principe de la fiabilité». Essentiellement, ce principe oblige notre système de justice à veiller constamment et intensément à ce que des personnes innocentes ne soient pas déclarées coupables. Lorsque la liberté d'une personne est en jeu, ces garanties prennent une plus grande importance et ajoutent à leur dimension. Conformément à ce principe, le procès ne doit pas être une tentative du ministère public de «gagner» sa cause contre l'accusé: voir, p. ex., *R. c. Stinchcombe*, [1991] 3 R.C.S. 326. Il constitue plutôt une recherche de la vérité et son déroulement est guidé par la nécessité générale de déterminer avec exactitude l'innocence ou la culpabilité de l'accusé. C'est pourquoi, le procès lui-même doit être tenu de façon à maximiser la justesse de son issue et à réduire au minimum le risque d'une déclaration de culpabilité erronée. Les éléments de preuve qui peuvent ne pas être fiables ou qui risquent d'induire en erreur un juge des faits sont au cœur de ce principe et seront généralement écartés. En conséquence, selon le principe de la fiabilité, l'utilisation au procès d'éléments de preuve, obtenus en violation de la *Charte* et pouvant induire en erreur le juge des faits, pourrait rendre le procès inéquitable et serait susceptible de déconsidérer l'administration de la justice aux yeux de la personne raisonnable, objective et bien informée de toutes les circonstances. En d'autres termes, lorsque le manque d'équité qui résulte de la violation de la *Charte* peut avoir une incidence quelconque sur le processus réel de décision, il faut presque inévitablement exclure ce genre de preuve.

86

Le second principe fondamental concerne la vie et la sécurité de la personne et, dans cette même veine, la dignité humaine fondamentale. Pour plus de commodité, je l'appellerai le «principe de l'équité». Il réunit toutes les garanties de la common law et de la *Charte* qui sous-tendent la notion que les individus devraient être libres de toute

individual should be free from unwarranted interference with the state. In essence, it recognizes the vital importance in ensuring that the state treat each individual in accordance with basic principles of decency and fair play. Failure to treat the individual in such a manner is offensive both to our common law and to our *Charter*. Unlike the first concern, however, this concern does not relate to notions of reliability and potential for prejudice, or to the possible conviction of innocent persons. Rather, it acknowledges that the use of certain methods to build a case against an individual denigrates the values and mores which we consider fundamental to a free and democratic Canadian society. It recognizes that these methods undermine our social fabric. It recognizes that these costs are endured over the long-term, that they are ultimately borne by all within society, and that they considerably outweigh any benefit to society gained by conviction of an individual accused. For this reason, judicial condonation of acts that violate this principle will also tend to bring the administration of justice into disrepute in the eyes of a reasonable person, dispassionate and fully apprised of the circumstances.

⁸⁷ These two fundamental concerns reflect, in my view, the "principles underlying the principles". They have found expression in such varied forms as the presumption of innocence, the right to silence, the principle against self-incrimination, the doctrine of abuse of process, and a whole host of other protections under the common law and *Charter*. (See *R. v. S. (R.J.)*, [1995] 1 S.C.R. 451, *per* L'Heureux-Dubé J.) Those protections, and many others, have developed over the ages within our common law and most recently within our *Charter* as methods of giving substance and meaning to these two most fundamental of principles. In my view, it is most consistent with the goals of s. 24(2), as well as with the courts' duty to guard jealously the reputation of our system of justice, to build an analytical framework that encourages consideration of those two most fundamental of principles.

⁸⁸ In my opinion, evidence is capable of affecting "trial fairness", as that term is employed in the first

ingérence injustifiée de la part de l'État. Essentiellement, il reconnaît l'importance vitale de garantir que l'État traite chaque individu conformément aux principes fondamentaux de la décence et du franc-jeu. Traiter l'individu autrement contrevient tant à notre common law qu'à notre *Charte*. Contrairement au premier principe, toutefois, celui-ci n'a pas trait à des notions de fiabilité et de risque de préjudice, ni au risque de déclarer coupables des personnes innocentes. Il reconnaît plutôt que le recours à certaines méthodes pour bâtir une preuve contre quelqu'un a pour effet de discréditer les valeurs et les mœurs que nous considérons comme fondamentales dans une société canadienne libre et démocratique. Il reconnaît que ces méthodes détruisent notre tissu social. Il reconnaît que ces coûts sont ressentis à long terme, qu'ils sont à la fin assumés par tous les membres de la société, et qu'ils l'emportent de loin sur tout bénéfice que la société tire de la déclaration de culpabilité d'un accusé. Pour ce motif, la tolérance judiciaire d'actes qui violent ce principe tendra également à déconsidérer l'administration de la justice aux yeux de la personne raisonnable, objective et bien informée de toutes les circonstances.

Ces deux principes fondamentaux sont, à mon avis, les «principes qui sous-tendent les principes». Ils ont trouvé leur expression sous des formes aussi diverses que la présomption d'innocence, le droit de garder le silence, le principe interdisant l'auto-incrimination, la règle de l'abus de procédure et toute une gamme d'autres garanties offertes par la common law et la *Charte*. (Voir *R. c. S. (R.J.)*, [1995] 1 R.C.S. 451, le juge L'Heureux-Dubé.) Ces garanties, et bien d'autres, sont apparues au fil des ans dans notre common law et, tout récemment, dans notre *Charte* comme des moyens de donner substance et sens à ces deux principes des plus fondamentaux. À mon avis, il est tout à fait conforme aux objectifs du par. 24(2), de même qu'à l'obligation des tribunaux de protéger jalousement la considération dont jouit notre système de justice, d'ériger un cadre analytique qui encourage le respect de ces deux principes fondamentaux.

À mon avis, une preuve est susceptible de compromettre l'«équité du procès», au sens de ce

branch of *Collins*, where its admission could give rise to concerns analogous to, or falling within, the rubric of the Reliability Principle, outlined above. Where, by contrast, the complaint about the impugned evidence is, for instance, that it would not have been obtained "but for" the rights violation, then this complaint relates more fundamentally to the Fairness Principle. The objection to the admission of the evidence is not that it has the potential to mislead a trier of fact or convict an innocent person, but rather that the manner in which the authorities obtained the evidence was fundamentally unfair, and erodes values that are fundamental to our society. I therefore believe that the fact that the evidence could not have been obtained "but for" the rights violation is more accurately viewed as a relevant consideration to the second branch of the *Collins* framework: the impact of the seriousness of the rights violation on the reputation of the justice system. I shall return to this matter shortly.

To summarize, given that this Court uses "trial fairness" within s. 24(2) as a proxy for circumstances in which the administration of justice is almost inevitably brought into disrepute, and where any other mitigating considerations or circumstances are virtually irrelevant, I believe that it is most consistent with the purpose and spirit of s. 24(2) to define that category of factors narrowly. In my respectful view, it runs counter to the inherently discretionary nature of a s. 24(2) determination, which is to be made "having regard to all of the circumstances", to formulate rigid rules or presumptions for the exclusion or admission of different kinds of evidence. Thus, to the extent that this Court decides to set down such a rule in regard to "trial fairness", I believe that it should take care not to define that concept so broadly as to allow the "trial fairness" tail to wag the s. 24(2) dog.

Classifying evidence as "self-incriminatory" or "real", or "discoverable" or "not discoverable" is

terme dans le premier volet de *Collins*, si son utilisation peut susciter des préoccupations analogues à celles que j'ai qualifiées comme relevant du principe de la fiabilité, exposées précédemment, ou qui y ont trait. Par contre, lorsque la plainte relative à la preuve contestée veut, par exemple, qu'elle n'aurait pas été obtenue «n'eût été» la violation des droits, cette plainte a trait plus fondamentalement au principe de l'équité. On ne s'oppose pas à l'utilisation de la preuve parce qu'elle risque d'induire en erreur le juge des faits ou d'entraîner la déclaration de culpabilité d'une personne innocente, mais plutôt parce que les autorités ont obtenu la preuve d'une manière fondamentalement inéquitable, qui mine des valeurs essentielles à notre société. Je crois donc que le fait que la preuve n'aurait pas pu être obtenue «n'eût été» la violation des droits est plus justement considéré comme un facteur pertinent quant au second volet du test de l'arrêt *Collins*, soit l'incidence de gravité de la violation des droits sur la réputation du système judiciaire. Je reviendrai sur ce point un peu plus loin.

En résumé, étant donné que notre Cour utilise l'équité du procès dans le cadre du par. 24(2) à titre de substitution pour les circonstances dans lesquelles l'administration de la justice est presque inévitablement déconsidérée, et lorsque toutes autres circonstances ou considérations atténuantes sont virtuellement sans pertinence, je crois qu'il est tout à fait compatible avec le but et l'esprit du par. 24(2) de définir restrictivement cette catégorie de facteurs. En toute déférence, ce serait contraire à la nature intrinsèquement discrétionnaire de la décision fondée sur le par. 24(2), prise «eu égard aux circonstances», de formuler des règles ou présomptions rigides pour l'exclusion ou l'utilisation de divers types de preuve. Par conséquent, dans la mesure où notre Cour décide d'énoncer une telle règle à l'égard de l'«équité du procès», elle devrait à mon avis, veiller à ne pas définir cette notion d'une façon aussi large que le principe de l'«équité du procès» en viendrait à régir l'application du par. 24(2).

Qualifier la preuve d'«auto-incriminante», de «matérielle», de «susceptible d'être découverte»

not, nor should it be, an end in itself. For this reason, I have considerable sympathy for the following observations of Professor David M. Paciocco in "The Judicial Repeal of s. 24(2) and the Development of the Canadian Exclusionary Rule", *supra*, at pp. 353-54:

The whole historical development of s. 24(2) drives home the point that it was intended to be a compromise between what is typically but inaccurately characterized as the automatic exclusionary rule in the United States, and the traditional common law Canadian position whereby evidence is admissible if relevant and material, regardless of how it was obtained. Out of distaste and distrust for the American regime the first public draft of the Charter had provided expressly that no exclusionary remedy could be developed to enforce the Charter. Strong submissions against this position were made by various public-interest groups who favoured an exclusionary rule. Ultimately, s. 24(2) was adopted as a compromise position. It promised to be a provision which answered the most common objection to having an exclusionary enforcement mechanism, that requiring the exclusion of unconstitutionally obtained evidence may provide disproportionate relief to accused persons; serious offenders may be acquitted because of constitutional violations which are not nearly as shocking or outrageous as the crime shown by the evidence to have been committed.

The rejection of the polar extremes has been drafted into the provision. The section requires courts to determine whether admission of the evidence in question could cause the relevant kind of disrepute, "having regard to all of the circumstances". The spirit of the provision, if not that very language, calls into question the legitimacy of developing even quasi-automatic principles for exclusion. Despite this, the court has produced just such a principle, and its implications are enormous. [Emphasis added.]

⁹¹ Kerans J.A. in his thoughtful discussion of s. 24(2) in *R. v. Meddoui* (1990), 61 C.C.C. (3d) 345 (Alta. C.A.), at p. 367, raised comparable concerns:

Perhaps mistakenly, I have dealt with the issue of discoverability as one that arises under the "fairness" rule in *Collins*, *supra*. If one labels the trial as unfair, one leaves little scope for review of factors that might argue

ou de «non susceptible d'être découverte» n'est pas et ne devrait pas non plus être une fin en soi. Pour cette raison, je suis très sympathique aux observations du professeur Paciocco dans «The Judicial Repeal of s. 24(2) and the Development of the Canadian Exclusionary Rule», *loc. cit.*, aux pp. 353 et 354:

[TRADUCTION] Tout l'historique du par. 24(2) permet de comprendre que cette disposition devait être un compromis entre ce qui est habituellement, quoique erronément, qualifié de règle d'exclusion automatique aux États-Unis, et la position traditionnelle du Canada en common law, suivant laquelle la preuve pertinente et substantielle est admissible, peu importe la manière dont elle a été obtenue. En raison de la répugnance et de la méfiance inspirées par le régime américain, la première version connue de la Charte avait expressément prévu qu'aucune règle d'exclusion ne pouvait être conçue dans l'application de la Charte. Différents groupes d'intérêt public préconisant l'adoption d'une règle d'exclusion ont avancé de solides arguments à l'encontre de cette position. À la fin, le par. 24(2) a été adopté à titre de compromis. Il devait répondre à l'objection la plus fréquente formulée à l'encontre de l'adoption d'une règle d'exclusion, à savoir qu'exiger l'exclusion des éléments de preuve obtenus inconstitutionnellement est susceptible de procurer à l'accusé une réparation disproportionnée; des délinquants dangereux risquent d'être acquittés en raison de violations constitutionnelles loin d'être aussi choquantes ou atroces que le crime qui, selon la preuve, a été commis.

Le texte de la disposition fait état du rejet des deux extrêmes. L'article impose aux tribunaux l'obligation de déterminer si l'utilisation de la preuve en cause risquerait de déconsidérer de la manière pertinente l'administration de la justice, «eu égard aux circonstances». L'esprit de la disposition, voire son texte même, remet en cause la légitimité de l'établissement même de principes d'exclusion quasi automatique. Malgré cela, la cour a établi un tel principe aux implications énormes. [Je souligne.]

Le juge Kerans, dans son analyse approfondie du par. 24(2), dans l'arrêt *R. c. Meddoui* (1990), 61 C.C.C. (3d) 345 (C.A. Alb.), à la p. 367, formule des préoccupations analogues:

[TRADUCTION] Peut-être à tort, j'ai traité de la question de la possibilité de découverte comme question relevant de la règle du «caractère équitable» dans l'arrêt *Collins*, précité. Si on qualifie le procès d'inéquitable, il

against exclusion, like a minimal breach, urgency, and the like. One might be forced to say something silly like this: the trial was unfair, but the administration of justice was not placed in disrepute. I do not object to a categorization of the advantage, in an abstract sense, as "unfair" so long as one keeps in mind that s. 24 refuses to accept that it is always unfair. The reference to the reputation of the administration of justice in s. 24, as all agree, can have no sense other than that, in the concrete, any unfairness to the accused might in some cases be overborne by other factors. A balancing must occur.

[Emphasis added.]

I reached a similar conclusion in *R. v. Dersch*, [1993] 3 S.C.R. 768, at p. 784. Unfairness in the manner certain evidence was obtained, or in the fact that certain evidence was obtained, does not necessarily render the trial unfair. We must therefore be circumspect in defining what type of evidence, or what circumstances, will inevitably lead to exclusion under s. 24(2) of the *Charter*.

There is an important lesson to be learned from the difficulties encountered south of our border. I cannot help but reflect upon the irony of the fact that in *Collins*, at p. 275, the majority of this Court "unconditionally endorsed" Seaton J.A.'s review in *R. c. Collins* (1983), 5 C.C.C. (3d) 141 (B.C.C.A.), at pp. 151-54, of the unfortunate U.S. experience with a rigid exclusionary rule. In that review, Seaton J.A. noted that American courts, in order to lessen the impact of their exclusionary rule, have found more and more searches to be lawful, and more and more evidence-giving situations to be outside the scope of the rule. Professor Paciocco, in "The Judicial Repeal of s. 24(2) and the Development of the Canadian Exclusionary Rule", *supra*, at pp. 360-61, has noted what is perhaps the beginning of a similar trend in Canada, in cases such as *R. v. Duarte*, [1990] 1 S.C.R. 30, and *R. v. Wiggins*, [1990] 1 S.C.R. 62.

reste peu de place pour l'examen de facteurs pouvant militer contre l'exclusion, telles l'atteinte minimale, l'urgence et autres. On pourrait être forcé de dire une absurdité: le procès était inéquitable, mais l'administration de la justice n'a pas été déconsidérée. Je ne m'oppose pas à la qualification de l'avantage, au sens abstrait, comme «inéquitable» tant qu'on n'oublie pas que l'art. 24 refuse d'accepter qu'il est toujours inéquitable. La mention de la considération de l'administration de la justice à l'art. 24, et tout le monde s'accorde sur cela, signifie nécessairement que, concrètement, le manque d'équité envers l'accusé pourrait dans certains cas céder devant d'autres facteurs. Il faut une pondération. [Je souligne].

J'en arrive à une conclusion similaire dans *R. c. Dersch*, [1993] 3 R.C.S. 768, à la p. 784. Le caractère inéquitable de l'obtention de certains éléments de preuve, ou du fait même que des éléments de preuve aient été obtenus, ne rend pas nécessairement le procès inéquitable. Nous devons donc être prudents dans la définition du type de preuve, ou du genre de circonstances, qui mèneront inévitablement à l'exclusion en vertu du par. 24(2) de la *Charte*.

Il y a une importante leçon à tirer des difficultés auxquelles nos voisins du sud ont à faire face. Je ne puis m'empêcher de penser à l'ironie du fait que, dans l'arrêt *Collins*, à la p. 275, notre Cour à la majorité «approuve sans réserve» l'analyse de l'expérience américaine malheureuse d'une règle d'exclusion rigide, faite par le juge Seaton dans l'arrêt *R. c. Collins* (1983), 5 C.C.C. (3d) 141 (C.A.C.-B.), aux pp. 151 à 154. Dans cette analyse, le juge Seaton fait observer que, dans le but d'atténuer l'impact de leur règle d'exclusion, les tribunaux américains ont jugé légales un nombre croissant de perquisitions et de fouilles, et ont exclu du champ d'application de la règle de plus en plus de situations ayant permis d'obtenir des éléments de preuve. Le professeur Paciocco, dans «The Judicial Repeal of s. 24(2) and the Development of the Canadian Exclusionary Rule», *loc. cit.*, aux pp. 360 et 361, souligne ce qui est peut-être l'amorce d'une tendance semblable au Canada, dans des affaires comme *R. c. Duarte*, [1990] 1 R.C.S. 30, et *R. c. Wiggins*, [1990] 1 R.C.S. 62.

93 (iii) Returning to the Collins Framework and to First Principles

As I have said earlier, I am convinced that the reasonable person, dispassionate and fully apprised of the circumstances, would approve of the basic framework set out in *Collins*. Rather than set out any rigid legal "test", however, I prefer to revitalize the approach taken in *Collins*, and to provide a non-exhaustive list of factors which should be considered in the course of a s. 24(2) determination, as well as a basic analytical framework according to which those considerations may be structured. I start, as well, with the basic premise, approved in *Collins*, at p. 275, that evidence obtained in an unconstitutional manner is *prima facie* admissible until the accused demonstrates that its admission could bring the administration of justice into disrepute.

94

As I have already mentioned, the first set of factors relates to the exclusion of evidence which may offend the Reliability Principle. Where anything done by the authorities casts some doubt as to the accused's having been induced to make a possibly unreliable statement, then the evidence obtained under such circumstances touches upon the Reliability Principle. This set of factors relates to any circumstances under which a person may be convicted of an offence of which he or she is innocent. As such, they relate to the fairness of the trial and its corollary, the right to make full answer and defence. The admission of constitutionally obtained evidence which may render the trial unfair in this manner could bring the administration of justice into disrepute in the eyes of a reasonable person, dispassionate and fully apprised of the circumstances.

95

Such evidence should almost inevitably be excluded, although consideration should still be had of the other two branches of the *Collins* test. Where a risk of unfairness in the actual trial is identified, considerations relating to the second branch of the *Collins* framework, the seriousness of the violation, will generally only aggravate,

(iii) Retour au cadre établi dans *Collins* et aux principes de base

Comme je l'ai indiqué précédemment, je suis convaincue que la personne raisonnable, objective et bien informée de toutes les circonstances approuverait le cadre fondamental établi dans l'arrêt *Collins*. Toutefois, plutôt que d'énoncer un «critère» juridique rigide, je préfère redonner force à la méthode adoptée dans *Collins* et établir une liste non exhaustive de facteurs dont il faudrait tenir compte pour prendre une décision fondée sur le par. 24(2), de même qu'un cadre analytique fondamental permettant de structurer ces facteurs. Je pars également de la prémissse fondamentale, approuvée dans l'arrêt *Collins*, à la p. 275, selon laquelle la preuve obtenue de manière inconstitutionnelle est admissible à première vue jusqu'à ce que l'accusé démontre que son utilisation est susceptible de déconsidérer l'administration de la justice.

Comme je l'ai déjà mentionné, le premier ensemble de facteurs se rapporte à l'exclusion d'une preuve susceptible de contrevir au principe de la fiabilité. Lorsque les autorités ont fait quelque chose qui jette un doute quant à savoir si l'accusé a été induit à faire une déclaration qui n'est peut-être pas fiable, alors la preuve obtenue dans ces circonstances est visée par le principe de la fiabilité. Cet ensemble de facteurs vise toute situation dans laquelle une personne peut être déclarée coupable d'une infraction dont elle est innocente. Ainsi, ils concernent l'équité du procès et son corollaire, le droit de présenter une défense pleine et entière. L'utilisation d'une preuve obtenue inconstitutionnellement qui pourrait rendre le procès inéquitable de cette manière serait susceptible de déconsidérer l'administration de la justice aux yeux d'une personne raisonnable, objective et bien informée des circonstances.

Une telle preuve devrait presque inévitablement être exclue bien qu'il faille encore prendre en considération les deux autres volets du critère *Collins*. Lorsque l'on constate l'existence d'un risque d'iniquité dans le procès même, les facteurs se rapportant au second volet du test de l'arrêt *Collins*, soit la gravité de la violation, ne feront généralement

rather than palliate, the potential for disrepute to the justice system flowing from the admission of the impugned evidence. Moreover, where the admission of the evidence could give rise to concerns relating to the fairness of the trial, then I would agree in principle with the observation in *Collins*, at p. 286, that the disrepute arising from the admission of the impugned evidence will be greater if the offence is more serious.

The second category of factors in our s. 24(2) framework relates to the impact of the seriousness of the rights violation on the reputation of the justice system. The concerns grouped within this general rubric include all those potentially infringing the Fairness Principle.

Within this rubric, considerable regard should be had to the potential long-term effect on the reputation of the justice system of judicial condonation of the kind of behaviour engaged in by the authorities. In *Collins*, for instance, it was noted at p. 288 that

we cannot accept that police officers take flying tackles at people and seize them by the throat when they do not have reasonable and probable grounds to believe that those people are either dangerous or handlers of drugs.

Similarly, in *Mellenthin*, albeit as part of his discussion of "trial fairness" under the first branch of the *Collins* test, Cory J. took great exception to the possibility that police could, without reasonable and probable grounds to believe that they would find anything, simply search a vehicle which they had stopped for the altogether different purpose of a routine sobriety check. If both *Collins* and *Mellenthin* recognize that over the long-term this kind of activity by state actors affects the rights of all Canadians, then it constitutes a fundamental and important infringement of the right of ordinary citizens to be free from unwarranted interference by the state. For the justice system to condone such intrusive activity by nonetheless admitting the fruits of such searches into evidence could therefore, absent other circumstances, bring the admin-

qu'accoître plutôt qu'atténuer le risque que le système judiciaire soit déconsidéré par l'utilisation de la preuve contestée. De plus, lorsque l'utilisation de la preuve est susceptible de susciter des craintes relativement à l'équité du procès, je souscrirais alors, en principe, à l'observation formulée dans l'arrêt *Collins*, à la p. 286, selon laquelle plus grave est l'infraction, plus grande sera la déconsidération engendrée par l'admission de la preuve contestée.

96

La seconde catégorie de facteurs, dans l'approche que je suggère relativement au par. 24(2), concerne l'incidence de la gravité de la violation des droits sur la réputation du système de justice. Les facteurs réunis sous cette rubrique générale comprennent tous ceux qui pourraient contrevenir au principe de l'équité.

97

Sous cette rubrique, on devrait porter une attention considérable à l'effet que la tolérance par le système judiciaire du genre de comportement adopté par les autorités risque d'avoir à long terme sur la considération dont jouit le système de justice. Dans l'arrêt *Collins*, par exemple, on souligne ceci, à la p. 288:

... nous ne pouvons admettre que les agents de police sautent sur les gens et les saisissent à la gorge s'ils n'ont pas des motifs raisonnables et probables de croire que ces gens-là sont dangereux ou qu'ils sont des trafiquants de drogue.

De même, dans l'arrêt *Mellenthin*, bien que ce soit dans le cadre de son analyse de l'«équité du procès» selon le premier volet du test de l'arrêt *Collins*, le juge Cory s'est opposé avec véhémence à la possibilité que la police puisse, sans motifs raisonnables et probables de croire qu'ils trouveraient quelque chose, simplement fouiller un véhicule intercepté à des fins complètement différentes d'une vérification de routine d'ivresse au volant. Si les arrêts *Collins* et *Mellenthin* reconnaissent tous deux qu'à long terme ce genre d'activité par des représentants de l'État porte atteinte aux droits de tous les Canadiens, elle est alors une violation fondamentale et importante du droit des citoyens ordinaires d'être à l'abri de toute ingérence indue de l'État. Le fait que le système de justice tolère une telle activité envahissante, en admettant néanmoins

istration of justice into disrepute in the eyes of the reasonable person, dispassionate and fully apprised.

98

Other factors that have been identified as relevant to the question of the seriousness of the violation relate more closely to the particular circumstances surrounding the impugned violation. Did the violation occur in circumstances of urgency or necessity? Was the conduct that led to the violation of the *Charter* wilful or flagrant, or was the violation inadvertent or committed in good faith? In this respect, since the accused is not generally in a position to demonstrate the officer's *mala fides*, it is reasonable that an accused need only point to conduct which plausibly indicates bad faith before the onus shifts as a practical matter to the Crown to demonstrate the good faith of the officers involved.

99

Another important consideration, as I have already noted, is whether the impugned evidence would likely have been obtained in any event, or whether the evidence could not have been obtained but for the violation. Where the impugned evidence could not have been obtained "but for" the rights violation, then this undoubtedly visits an unfairness upon the accused. With great respect, however, I would not go so far as my colleagues as to say that such evidence must therefore almost inevitably be excluded. In my view, discoverability is an important, albeit not determinative, factor in considering how the seriousness of the rights violation will affect the reputation of the justice system, as measured by the long-term values of the community. We must always bear in mind that the language of s. 24(2) clearly requires that the court's inquiry be conducted "having regard to all the circumstances".

100

The third branch of the *Collins* test need only be broached if the judge has concluded that evidence should tend to be excluded on the basis of analysis conducted within the framework of one or both of the first two branches. This branch, we must recall, is a safeguard which verifies that s. 24(2) is not

en preuve les fruits de telles fouilles, serait donc, en l'absence d'autres circonstances, susceptible de déconsidérer l'administration de la justice aux yeux de la personne raisonnable, objective et bien informée de toutes les circonstances.

D'autres facteurs décrits comme pertinents quant à la question de la gravité de la violation sont plus étroitement liés aux circonstances particulières qui entourent la violation en cause. Cette violation a-t-elle été commise dans un contexte d'urgence ou de nécessité? Le comportement qui a entraîné la violation de la *Charte* était-il volontaire ou flagrant, ou la violation a-t-elle été commise par inadvertance ou de bonne foi? À cet égard, puisque l'accusé n'est généralement pas en mesure de démontrer la mauvaise foi du policier, il est raisonnable qu'il n'ait qu'à indiquer le comportement qui témoigne de façon plausible d'une mauvaise foi, pour qu'il incombe alors, en pratique, au ministère public de démontrer la bonne foi des policiers impliqués.

Il est également important, comme je l'ai déjà mentionné, de déterminer si la preuve contestée aurait probablement été obtenue de toute façon, ou qu'elle n'aurait pu l'être sans la violation. Dans le cas où la preuve n'aurait pas pu être obtenue «n'eût été» la violation des droits, il y a indubitablement iniquité envers l'accusé. Avec égards, cependant, je n'irais pas aussi loin que mes collègues lorsqu'ils disent qu'une telle preuve doit donc presque inévitablement être exclue. À mon avis, la possibilité de découverte est un facteur important, mais non déterminant, quand il s'agit de décider quelle incidence la gravité de la violation des droits aura sur la réputation du système de justice, en fonction des valeurs durables de la collectivité. Il faut toujours se rappeler que le texte du par. 24(2) exige clairement que l'examen des tribunaux se fasse «eu égard aux circonstances».

Le troisième volet du test de l'arrêt *Collins* ne doit être abordé que si le juge conclut que, selon l'analyse menée dans le cadre de l'un ou l'autre ou des deux premiers volets, les éléments de preuve tendraient à être écartés. Ce volet, faut-il le rappeler, permet d'éviter que le par. 24(2) ne soit

being applied in such a way as to frustrate its own underlying purposes. One factor that may be relevant to an analysis conducted under this branch may be the extent to which the evidence is essential to substantiate the charge. As noted in *Collins*, at p. 288, the exclusion of otherwise reliable evidence necessary to support a conviction for a serious crime may, itself, tend to bring the administration of justice into disrepute.

It should be noted that rigid tests of inclusion should be opposed just as vigorously as rigid tests of exclusion. What must ultimately be sought within a s. 24(2) analysis is a sense of proportionality between competing interests and effects. In *Collins*, at p. 286, for instance, such proportionality found form through the following observation:

In my view, the administration of justice would be brought into disrepute by the exclusion of evidence essential to substantiate the charge, and thus the acquittal of the accused, because of a trivial breach of the *Charter*.

Implicit in the third branch of the *Collins* test, in my view, is an inquiry into whether the value to society of admitting the evidence outweighs the prejudice to societal and individual interests that could follow from the admission of the evidence.

Assessing proportionality may have opposite effects depending upon whether the admission of the evidence touches upon the Reliability Principle or the "Fairness Principle". If the evidence relates to the Fairness Principle, then the higher the value to society in obtaining the conviction, the more serious must be the rights violation before the admission of the evidence could be said to bring the administration of justice into disrepute. On the other hand, if the evidence relates to the Reliability Principle, then the relationship may be quite the opposite. The more serious the offence, then the greater the need for the courts to be vigilant in ensuring that the innocent are not convicted. As such, the more serious the offence, the higher the likelihood that the inclusion of the evidence

appliquée de manière à contrecarrer ses propres objets sous-jacents. Dans une analyse fondée sur ce volet, il peut être opportun de considérer la mesure dans laquelle la preuve est essentielle pour établir le bien-fondé de l'accusation. Tel que souligné dans l'arrêt *Collins*, à la p. 288, l'exclusion d'une preuve par ailleurs fiable, qui est essentielle à une déclaration de culpabilité de crime grave, est susceptible en soi de déconsidérer l'administration de la justice.

Il y a lieu de souligner que l'on devrait s'opposer tout aussi vigoureusement à des critères rigides d'admission qu'à des critères rigides d'exclusion. Ce qu'il faut en fin de compte rechercher dans une analyse fondée sur le par. 24(2), c'est un sens de proportionnalité entre des droits et des effets opposés. Par exemple, à la p. 286 de l'arrêt *Collins*, cette idée de proportionnalité a été formulée dans l'observation suivante:

À mon avis, l'administration de la justice est susceptible d'être déconsidérée par l'exclusion d'éléments de preuve essentiels pour justifier l'accusation, et donc l'acquittement de l'accusé, à cause d'une violation anomine de la *Charte*.

Implicite dans le troisième volet du test de l'arrêt *Collins* est, à mon avis, l'obligation de déterminer si, aux yeux de la société, l'utilisation de la preuve l'emporte sur l'effet préjudiciable que cette utilisation risque d'avoir sur les intérêts de la société et des particuliers.

L'appréciation de la proportionnalité peut avoir des résultats différents selon que l'utilisation des éléments de preuve touche au principe de la fiabilité ou au principe de l'équité. Si les éléments de preuve touchent au principe de l'équité, alors plus il est important pour la société d'obtenir la déclaration de culpabilité, plus la violation des droits doit être grave pour que l'on puisse dire que l'utilisation des éléments de preuve déconsidère l'administration de la justice. Par contre, si les éléments de preuve touchent au principe de la fiabilité, la situation peut alors être tout à fait inverse. Plus l'infraction est grave, plus il est alors capital que les tribunaux se montrent vigilants afin d'éviter que des personnes innocentes ne soient déclarées coupables. Pour cette raison, plus l'infraction est

impugning trial fairness could bring the administration of justice into disrepute.

103

Finally, although I do not wish to resurrect the pre-*Charter* "community shock test" elaborated in *Rothman*, I think that it may offer a helpful standard in an opposite sense. Namely, having regard to all of the circumstances, would the long-term values of the community, assuming it to be reasonable, dispassionate and fully informed, be shocked by the exclusion of this evidence? This factor is essentially a reality check. It is one last safeguard to ensure that courts do not lose sight of the forest for the trees, or abstract the law from reality. Courts must not frustrate the very purposes of s. 24(2) that they are duty-bound under the Constitution to uphold.

104

We must always bear in mind, as *Collins* has clearly enunciated, that the purpose of s. 24(2) is not to discipline the authorities. Nor, for that matter, is the primary purpose of s. 24(2) even to seek to discourage certain types of behaviour by state actors, although this will certainly be one of its effects. Simply put, the purpose of s. 24(2) is to prevent the administration of justice from being brought into further disrepute by the admission of evidence obtained in a manner that violates the *Charter*. Although I decline to comment further on this matter, I would simply note that there may be other means, either statutory or common law, by which to further more directly the purpose of discouraging or sanctioning unconstitutional conduct by state actors. (See, e.g., § 1983 of the *United States Code*, which recognizes a tort for breach of an individual's civil rights.)

105

I have set out above what I believe to be the first principles and purposes underlying s. 24(2) of the *Charter*, which I believe found much of their genesis in *Rothman*, and which were given form by this Court in *Collins*. I believe that this Court's jurisprudence regarding s. 24(2) has perhaps inadvertently departed from the purpose of s. 24(2) of the

grave, plus l'utilisation des éléments de preuve qui compromettent l'équité du procès est susceptible de déconsidérer l'administration de la justice.

Enfin, bien que je ne souhaite pas redonner vie au «critère de la conduite qui choque la collectivité» établi, avant l'adoption de la *Charte*, dans l'arrêt *Rothman*, je crois qu'il peut constituer une norme utile dans le sens inverse. Autrement dit, eu égard aux circonstances, la collectivité, à supposer qu'elle soit raisonnable, objective et bien informée, serait-elle choquée dans ses valeurs durables par l'exclusion de cette preuve? Essentiellement, ce facteur donne le pouls de la société. Il offre une garantie ultime que les tribunaux ne perdront pas de vue la forêt ou que ces derniers ne dissocieront pas le droit de la réalité. Les tribunaux ne doivent pas contrecarrer les objectifs mêmes du par. 24(2), qu'ils sont tenus de promouvoir en vertu de la Constitution.

Il ne faut pas perdre de vue, comme l'a clairement affirmé l'arrêt *Collins*, que le par. 24(2) n'a pas pour objet de soumettre les autorités à des mesures disciplinaires. Quant à cela, le par. 24(2) n'a pas non plus pour objet principal de chercher à décourager certaines formes de comportement chez les représentants de l'État, bien que cela soit certainement l'un de ses effets. Tout simplement, le par. 24(2) vise à éviter que l'administration de la justice ne soit déconsidérée davantage par l'utilisation d'éléments de preuve obtenus en violation de la *Charte*. Sans vouloir m'attarder davantage à cette question, je ferai simplement remarquer qu'il peut exister d'autres moyens, soit dans la loi soit en common law, de promouvoir plus directement l'objectif qui consiste à décourager ou à punir le comportement inconstitutionnel de représentants de l'État. (Voir, p. ex., § 1983 du *United States Code*, qui reconnaît une responsabilité délictuelle pour la violation des droits civils d'une personne.)

J'ai exposé précédemment ce que je crois être les principes de base et les objets sous-jacents du par. 24(2) de la *Charte* qui, je crois, trouvent leur source en grande partie dans l'arrêt *Rothman* et qui ont pris forme dans l'arrêt *Collins* de notre Cour. Je crois que la jurisprudence de notre Cour concernant le par. 24(2) s'est peut-être par inadvertance

Charter, and from the foundations laid down in those cases. By including too many factors within the rubric of "trial fairness", we have transformed s. 24(2) from a supple analytical framework within which could be balanced a multiplicity of factors into a fairly rigid test of exclusion that, with each passing day, bears increasing resemblance to the American model that the framers of our *Charter* so consciously eschewed.

Summary

To summarize briefly, giving effect to s. 24(2) requires courts to adopt a somewhat different focus than what is necessary to give effect to the substantive rights and freedoms guaranteed within the *Charter*. Whereas recognition of these substantive rights and freedoms must be done with primary regard to ensuring that every individual obtains the fullest protection possible under these rights, s. 24(2) mandates that courts adjudicate upon the admissibility of evidence with primary regard to preventing the administration of justice from being brought into disrepute. Whereas rights and freedoms must therefore be given expression through the eyes of one trained in the law, s. 24(2), which deals with the reputation of the justice system, must be approached from the point of view of the reasonable person, dispassionate and fully apprised of the circumstances. With great respect, I believe that this Court's recent jurisprudence governing s. 24(2) does not take this differing focus sufficiently into account.

Since writing these reasons, I have had the advantage of reading the reasons of Justice Sopinka. I take great exception to his implication that I am in any way advocating an approach to exclusion of evidence that is reminiscent of this Court's judgment in *R. v. Wray*, [1971] S.C.R. 272. In fact, the approach I suggest, which looks both to reliability and to the integrity of the judicial system, finds its genesis in Lamer J.'s influential remarks in *Rothman*, its inspiration in the wording and historical context of s. 24(2) of the *Charter*, and its application in this Court's approach in *Collins*. Although it bespeaks the obvious, I must emphasize that a court's inquiry into exclusion

écartée de l'objectif du par. 24(2) de la *Charte* et des fondations posées dans ces arrêts. En incluant trop de facteurs dans la rubrique «équité du procès», nous avons transformé le par. 24(2), d'un cadre analytique souple dans lequel une multitude de facteurs pouvaient être soupesés, en un critère d'exclusion assez rigide qui, de jour en jour, ressemble de plus en plus au modèle américain que les rédacteurs de notre *Charte* ont tant pris soin d'éviter.

Résumé

Bref, pour donner effet au par. 24(2), les tribunaux doivent mettre l'accent quelque peu différemment que lorsqu'il s'agit de donner effet aux droits et libertés fondamentaux garantis par la *Charte*. Alors que ces droits et libertés fondamentaux doivent être reconnus d'abord et avant tout pour assurer que chaque personne obtienne la protection la plus complète possible, le par. 24(2) exige que les tribunaux se prononcent sur l'admissibilité d'éléments de preuve afin, d'abord et avant tout, d'éviter que l'administration de la justice ne soit déconsidérée. Alors que les droits et libertés doivent en conséquence s'exprimer par l'intermédiaire du juriste, le par. 24(2), qui concerne la considération dont jouit le système de justice, doit être envisagé du point de vue de la personne raisonnable, objective et bien informée des circonstances. En toute déférence, j'estime que la jurisprudence récente de notre Cour, concernant le par. 24(2), ne tient pas suffisamment compte de cette perspective divergente.

Après avoir rédigé les présents motifs, j'ai eu l'avantage de lire les motifs du juge Sopinka. Je m'inscris en faux contre sa conclusion implicite selon laquelle je préconise de quelque manière une approche de l'exclusion de la preuve qui se rapproche du jugement de notre Cour dans *R. c. Wray*, [1971] R.C.S. 272. En fait, l'approche que je propose, qui tient compte à la fois du principe de la fiabilité et de l'intégrité du système judiciaire, trouve sa source dans les observations marquantes que faisait le juge Lamer dans l'arrêt *Rothman*, son inspiration dans la formulation et le contexte historique du par. 24(2) de la *Charte* et son application par notre Cour dans l'arrêt *Collins*. Bien que cela

does not end when it finds that unconstitutionally obtained evidence is inherently reliable (and therefore not subject to virtually automatic exclusion). Analysis then passes on to a consideration of the damage to the integrity of the system that could be occasioned by the admission of the impugned evidence. This must be approached from the point of the long-term effects on the community of the admission of evidence obtained under similar circumstances. The likelihood of exclusion under this framework therefore goes far beyond anything that ever existed at common law, particularly since evidence will be excluded whenever its admission could bring the administration of justice into dispute.

108

The thrust of my criticism of this Court's recent jurisprudence on s. 24(2) is that we may be digging ourselves into a hole. If we are to create a test of absolute exclusion to further the purposes of s. 24(2), then I believe that we must not define that test so broadly as to risk frustrating the text of s. 24(2), which calls upon courts to evaluate "all of the circumstances" in preserving the reputation of the justice system. I therefore prefer to formulate any absolute exclusionary rules more narrowly than most of my colleagues.

109

In my view, it is most consistent both with our common law approach to exclusion and with the purposes of s. 24(2) of the *Charter* to confine an absolute exclusionary rule to circumstances in which the unconstitutional conduct of state authorities is responsible for evidence which may possibly be unreliable. I do not feel that the nature of the evidence (real vs. self-incriminatory, or discoverable vs. undiscoverable) should be determinative of absolute exclusion. For my part, I believe that a viable distinction can and must be drawn between evidence whose admission potentially touches upon the adjudicative fairness of the hearing and evidence which is obtained in a manner which does violence to the integrity of the judicial system. Whereas the former must almost inevitably be excluded, the latter must be evaluated "having regard to all of the circumstances".

soit l'évidence même, je dois souligner que l'examen par le tribunal de la question de l'exclusion ne s'arrête pas lorsqu'il constate qu'une preuve obtenue inconstitutionnellement est intrinsèquement fiable (et n'est donc pas sujette à exclusion virtuellement automatique). L'analyse passe alors à l'étude du tort que pourrait causer l'utilisation de la preuve contestée à l'intégrité du système. Il faut aborder cette question sous l'angle des effets à long terme sur la collectivité de l'utilisation d'une preuve obtenue dans de telles circonstances. La probabilité de l'exclusion, dans ce contexte, est donc beaucoup plus élevée que ce qui a jamais existé en common law, d'autant plus que la preuve sera écartée quand son utilisation est susceptible de déconsidérer l'administration de la justice.

L'essentiel de mes critiques de la jurisprudence récente de la Cour concernant le par. 24(2) tient à ce que nous risquons de nous enliser. Si nous devons formuler un critère d'exclusion absolue aux fins du par. 24(2), je crois alors que nous devons éviter de le définir trop largement au risque de contrecarrer le texte du par. 24(2) qui demande aux tribunaux d'évaluer toutes «les circonstances» tout en préservant la réputation du système de justice. C'est pourquoi je préfère définir plus restrictivement toute règle d'exclusion absolue que ce que proposent la plupart de mes collègues.

Il est, selon moi, tout à fait compatible tant avec notre approche de l'exclusion en common law qu'avec les objectifs du par. 24(2) de la *Charte* de limiter la règle de l'exclusion absolue à des circonstances dans lesquelles la conduite inconstitutionnelle des autorités de l'État est à l'origine d'une preuve qui pourrait ne pas être fiable. Je ne pense pas que la nature de la preuve (preuve matérielle, preuve auto-incriminante ou preuve dont la découverte aurait été possible ou non) devrait décider de l'exclusion absolue. Pour ma part, j'estime possible de faire une distinction viable entre la preuve dont l'admission pourrait avoir une incidence sur l'équité de l'audition et la preuve qui est obtenue d'une façon qui menace l'intégrité du système judiciaire. La première doit presque inévitablement être exclue, la seconde doit être examinée «eu égard à toutes les circonstances».

My colleague Sopinka J. notes that Lamer J. did not specifically mention reliability in his discussion of trial fairness. I agree. For this, one must go back to *Rothman*, the grandfather of *Collins*. I do not believe that our concept of what constitutes a minimal standard of "trial fairness" has changed so dramatically since the *Charter*. The justice system was not suffering from widespread disrepute as a result of "unfair trials" when s. 24(2) came onto the scene.

Finally, Sopinka J. concludes by opining that the majority's approach to s. 24(2) is more consistent with *Collins* than the framework I propose. In answer, I repeat the following rhetorical question that I have already asked about *Collins*: given that the heroin balloon could not have been recovered "but for" the unreasonable search by the officer, why did this Court nonetheless conclude that, although the admission of the evidence would operate unfortunately for the accused, the "fairness of the trial" was in no way implicated? I find further support, moreover, in my rejection of using discoverability as a proxy for trial fairness in the following excerpt from J. Sopinka, S.N. Lederman and A.W. Bryant, *The Law of Evidence in Canada* (1992), at p. 407:

[The] disposition [in *R. v. Black*, [1989] 2 S.C.R. 138] leaves open the question whether real evidence obtained as a consequence of a s. 10(b) violation, but which would not have been discovered but for the violation, can be characterized as falling within the trial fairness rationale for exclusion In light of the strong indications in *Collins* and *Ross*, it is difficult to see how real evidence, no matter how obtained, could be said to affect the fairness of the trial. The better view seems to be that the admission of real evidence (i.e., tangible evidence not created by the accused as a consequence of a *Charter* violation) must stand or fall on the basis of the seriousness of the *Charter* violation by which it was obtained. [Emphasis added.]

I rest my case.

Mon collègue le juge Sopinka fait observer que le juge Lamer n'a pas mentionné spécifiquement la fiabilité dans son analyse de l'équité du procès. Je suis d'accord. Pour cela, il faut remonter à *Rothman*, l'ancêtre de *Collins*. Je ne crois pas que notre conception de la norme minimale de l'"équité du procès" ait changé si radicalement depuis l'avènement de la *Charte*. Le système de justice ne souffrait pas de déconsidération générale en raison de «procès inéquitables» à l'époque où le par. 24(2) est entré en jeu.

Enfin, le juge Sopinka conclut que l'approche majoritaire du par. 24(2) est plus compatible avec l'arrêt *Collins* que le cadre d'analyse que je propose. Ma réponse est de répéter simplement la question théorique suivante que j'ai déjà posée à l'égard de *Collins*: puisque le ballon d'héroïne n'aurait pas pu être découvert «n'eût été» la fouille abusive par un agent, pourquoi notre Cour a-t-elle cependant conclu que bien que l'utilisation de la preuve aurait des conséquences défavorables pour l'accusée, l'"équité du procès" n'était aucunement en jeu? De plus, je trouve un appui supplémentaire à mon opinion selon laquelle il ne faut pas utiliser la possibilité de découverte en remplacement de l'équité du procès, dans l'extrait suivant de *The Law of Evidence in Canada* (1992), de J. Sopinka, S.N. Lederman et A.W. Bryant, à la p. 407:

[TRADUCTION] [La décision dans *R. c. Black*, [1989] 2 R.C.S. 138] ne répond pas à la question de savoir si la preuve matérielle obtenue par suite d'une violation de l'al. 10b), mais qui n'aurait pas été découverte sans la violation, peut être considérée comme relevant des cas d'exclusion fondés sur l'équité du procès. [...] Compte tenu des indications claires des arrêts *Collins* et *Ross*, il est difficile de voir comment la preuve matérielle, quel qu'en soit le mode d'obtention, pourrait être jugée avoir une incidence sur l'équité du procès. Il semble plus juste de dire que l'utilisation de la preuve matérielle (c.-à-d. des éléments de preuve tangibles qui n'ont pas été créés par l'accusé à la suite d'une violation de la *Charte*) doit être décidée en fonction de la gravité de la violation de la *Charte* qui a permis de l'obtenir. [Je souligne.]

Cela suffit, me semble-t-il, à prouver mon énoncé.

112 (iv) Application of Section 24(2) to the Impugned Evidence

At the outset, it is important to recall that no appeal is taken by the Crown from the trial judge's decision to exclude, on the basis of a serious s. 10(b) violation, the compelled confessions as well as the fact that the appellant led police to the location of the murder weapon and to the site of the murder. I will not comment further on the exclusion of those two pieces of evidence under s. 24(2) except to say that I agree that, under the circumstances, their admission could bring the administration of justice into greater disrepute than their exclusion. As I have already noted, had this been the only evidence indicating a nexus between the accused and the gun found in the river, then the exclusion of this evidence would in all likelihood have also precluded the Crown from pointing to any basis for admitting into evidence the gun itself, or the fact of its finding. Simply put, the Crown would not have been able to show that the gun found in the river was at all relevant to the proceedings. The effect of excluding the other evidence would therefore be to exclude the gun itself, as well as the fact of its finding.

113 I turn to the accused's statement to Hall. My colleague Iacobucci J. would focus his s. 24(2) analysis primarily on the gun and the fact of its finding. I respectfully disagree. The gun and the fact of its finding are meaningless and, in fact, inadmissible without evidence that connects them somehow to the accused. The accused's voluntary statement to Hall is the only basis for their admission. By contrast, even if the gun had not been found or introduced at trial, the statement was, by itself, extremely incriminating, since it constituted a voluntary admission to a third party which indicated involvement in the crime. Thus, I have no doubt that the proper focus of our analysis must be on the statement made to Hall.

114 My colleague would exclude this statement on the basis that it is proximately connected to the s.

(iv) Application du par. 24(2) à la preuve contestée

Il importe, au départ, de rappeler que le ministère public n'interjette pas appel de la décision du juge du procès d'éarter, en raison d'une violation grave de l'al. 10b), les aveux forcés non plus que du fait que l'appelant a conduit la police à l'endroit où était cachée l'arme du crime et là où le meurtre a été commis. Je ne commenterai pas plus longuement l'exclusion de ces deux éléments de preuve en vertu du par. 24(2), si ce n'est pour convenir que, eu égard aux circonstances, leur utilisation est susceptible de déconsidérer l'administration de la justice davantage que leur exclusion. Comme je l'ai déjà mentionné, si cela avait été la seule preuve révélant l'existence d'un lien entre l'accusé et l'arme à feu trouvée dans la rivière, l'exclusion de ces éléments de preuve aurait alors fort probablement empêché le ministère public d'établir quelque raison que ce soit d'utiliser en preuve l'arme à feu elle-même ou le fait de sa découverte. Tout simplement, le ministère public aurait été incapable de démontrer que l'arme à feu retrouvée dans la rivière pouvait avoir quelque pertinence au procès. L'exclusion des autres éléments de preuve aurait donc pour effet d'éarter l'arme à feu elle-même et le fait de sa découverte.

Je me tourne maintenant vers la déclaration de l'accusé à Hall. Mon collègue le juge Iacobucci centrerait principalement sur le fusil et sa découverte son analyse fondée sur le par. 24(2). En toute déférence, je ne suis pas d'accord. L'arme à feu et le fait de sa découverte n'ont aucune signification et sont en fait inadmissibles sans preuve les reliant d'une façon ou d'une autre à l'accusé. La déclaration volontaire de l'accusé à Hall est le seul fondement de leur admission. En revanche, même si le fusil n'avait pas été découvert ni produit au procès, la déclaration était en elle-même extrêmement incriminante puisqu'il s'agissait d'une admission volontaire à un tiers qui indiquait une participation au crime. Par conséquent, j'ai la certitude que l'analyse devrait être centrée sur la déclaration faite à Hall.

Mon collègue écarterait cette déclaration pour le motif qu'elle est étroitement liée à la violation de

10(b) violation and that its admission would therefore tend to render the trial unfair. He relies for this proposition on this Court's judgment in *R. v. Strachan*, [1988] 2 S.C.R. 980. With respect, I do not believe that *Strachan* supports such an approach.

Strachan stands for the proposition that the accused need not show a strict causal link between the s. 10(b) violation and the statement to Hall. The accused can bring the statement to Hall within the ambit of a s. 24(2) examination so long as he can demonstrate that the statement was not too remote from the rights violation. (By way of aside, I note that there was never any challenge raised as to the admissibility of a statement made by the accused to Hall some two months later, alleging that he had been present at the killing but that it had been committed by Biddlecome.) I must respectfully disagree, however, with my colleague's conclusion that principles of remoteness should also predispose this Court's determination on whether the fairness of the trial is adversely affected. Whereas I take *Strachan* to govern the applicability of s. 24(2), my colleague takes *Strachan* one step further, and extends its logic of "proximate connection" to the application of the first branch of the s. 24(2) *Collins* test. With respect, given the almost automatic exclusionary consequences of a finding of "trial process unfairness", I fear that this approach will dig this Court even more deeply into the legal hole that I believe it has already dug itself.

In my opinion, the "proximate connection" between the s. 10(b) violation and the accused's voluntary statement to Hall is sufficient to bring that statement within the purview of a s. 24(2) examination: *R. v. Strachan*. I note, however, that although the accused was incarcerated at the time, the statement to Hall was freely and voluntarily made. No element of state compulsion could have operated upon his mind at that time so as to taint that statement with the possibility of unreliability, and therefore with the possibility of unfairness to

l'al. 10b) et que son utilisation tendrait donc à rendre le procès inéquitable. À l'appui de sa position, il invoque l'arrêt de notre Cour *R. c. Strachan*, [1988] 2 R.C.S. 980. En toute déférence, je ne crois pas que l'arrêt *Strachan* appuie une telle approche.

L'arrêt *Strachan* appuie la proposition selon laquelle l'accusé n'est pas tenu d'établir un lien strict de causalité entre la violation de l'al. 10b) et la déclaration à Hall. Il peut soumettre cette déclaration à un examen fondé sur le par. 24(2) en autant qu'il puisse démontrer qu'elle n'était pas trop éloignée de la violation des droits. (À titre d'aparté, je remarque qu'on n'a jamais contesté l'admissibilité d'une déclaration faite par l'accusé à Hall environ deux mois plus tard, dans laquelle il aurait dit qu'il était présent lors du meurtre mais que celui-ci avait été commis par Biddlecome.) En toute déférence, je dois exprimer mon désaccord avec la conclusion de mon collègue selon laquelle les principes du caractère éloigné devraient également influencer la décision de notre Cour quant à savoir si l'équité du procès est compromise. Bien que j'estime que l'arrêt *Strachan* régit l'applicabilité du par. 24(2), mon collègue pousse cet arrêt un peu plus loin et étend sa logique du «lien étroit» à l'application du premier volet du test de l'arrêt *Collins* applicable à l'analyse fondée sur le par. 24(2). En toute déférence, étant donné qu'une conclusion à «l'iniquité du processus du procès» entraîne presque automatiquement l'exclusion, je crains que ce point de vue n'enfonce la Cour encore plus profondément dans la fosse juridique dans laquelle elle s'est, à mon avis, déjà emboisée.

À mon sens, le «lien étroit» entre la violation de l'al. 10b) et la déclaration volontaire de l'accusé à Hall est suffisant pour assujettir cette déclaration à une analyse fondée sur le par. 24(2): *R. c. Strachan*. Je remarque toutefois que, bien que l'accusé ait été incarcéré à l'époque, la déclaration à Hall a été faite librement et volontairement. Aucun élément de contrainte exercée par l'État n'aurait pu, à l'époque, l'influencer au point de compromettre la fiabilité de cette déclaration et, partant, d'y associer la possibilité qu'elle rende le procès inéqui-

the trial. Thus, although the evidence is highly incriminating to the accused, and therefore prejudicial in the sense that it increases materially the likelihood of his conviction, I do not see how it touches in any way upon the Reliability Principle, and therefore upon trial fairness.

117

I next turn to the second branch of the *Collins* framework, to ascertain whether the method by which this statement was obtained raises sufficient concerns under the Fairness Principle that its admission into evidence could bring the administration of justice into disrepute.

118

In my view, accepting this statement into evidence would not send a signal to the community condoning this kind of conduct by state actors. We must recall that both the confession and the totality of the self-incriminating evidence emanating from the accused while acting under state compulsion were excluded by the trial judge. In this case, however, the state obtained an unanticipated windfall as a result of the accused's voluntary remarks to his girlfriend. This windfall cannot realistically be said to have been part of the officers' scheme at the time the "deal" was hatched. In this sense, the present case is different in important respects from instances in which the state actively seeks to elicit incriminatory statements from the accused through the use of undercover agents (*R. v. Hebert*, [1990] 2 S.C.R. 151) or through individuals effectively acting as agents of the state (*R. v. Broyles*, [1991] 3 S.C.R. 595). In both of those types of situations, the court is faced with evidence arising as a direct result of an unconstitutional scheme on the part of the authorities, and obtained in the manner reasonably anticipated by the police. The judicial sanction of such unconstitutional activity by admitting evidence thus obtained can have significant repercussions in the long-term on citizens' dignity and right generally to be free from unwarranted interference from the state. Admission of evidence under such circumstances could bring the administration of justice into disrepute in the eyes of the reasonable person, dispassionate and fully apprised of the circumstances.

table. Aussi, bien que la preuve soit fort incriminante pour l'accusé et donc préjudiciable en ce sens qu'elle accroît considérablement la probabilité qu'il soit déclaré coupable, je ne vois pas en quoi elle touche de quelque façon le principe de la fiabilité et donc l'équité du procès.

Je passe maintenant au second volet du test de l'arrêt *Collins*, pour vérifier si la façon dont cette déclaration a été obtenue soulève des craintes suffisantes, en vertu du principe de l'équité, pour que son utilisation en preuve soit susceptible de déconsidérer l'administration de la justice.

À mon avis, admettre cette déclaration en preuve n'aurait pas pour effet d'indiquer à la collectivité que ce genre de comportement des représentants de l'État est toléré. Nous devons nous rappeler que le juge du procès a exclu les aveux et l'ensemble de la preuve auto-incriminante obtenus de l'accusé sous l'effet de la contrainte exercée par l'État. En l'espèce, toutefois, l'État a bénéficié d'une aubaine inespérée du fait des remarques volontaires de l'accusé à son amie. On ne peut, de façon réaliste, dire de cette aubaine qu'elle faisait partie du plan des policiers au moment où le «marché» a été conclu. En ce sens, la présente affaire diffère à d'importants égards de celles où l'État tente activement de soutirer à l'accusé des déclarations incriminantes par l'intermédiaire d'agents banalisés (*R. c. Hebert*, [1990] 2 R.C.S. 151) ou de personnes agissant en fait à titre de représentants de l'État (*R. c. Broyles*, [1991] 3 R.C.S. 595). Dans ces deux genres de situations, la cour fait face à une preuve qui découle directement d'un stratagème inconstitutionnel de la part des autorités, et qui a été obtenue de la manière raisonnablement prévue par les policiers. La sanction judiciaire d'une telle activité inconstitutionnelle par l'utilisation de la preuve ainsi obtenue peut, à long terme, avoir des répercussions considérables sur la dignité et le droit des citoyens en général d'être à l'abri de toute ingérence injustifiée de l'État. L'utilisation d'une preuve, dans ces circonstances, est susceptible de déconsidérer l'administration de la justice aux yeux de la personne raisonnable, objective et bien informée de toutes les circonstances.

By contrast, in the present case, the direct and intended fruits of the state's unconstitutional conduct were properly excluded by the trial judge. All that remained was a voluntary statement — an evidentiary windfall. It would be largely speculative to guess at whether the accused would not have made such a statement, or any other incriminating statement, to Hall if the circumstances had been different. I note, for instance, that he made another highly incriminating statement to Hall some two months later. I am willing to accept, however, that this statement may not have been available had the rights violation not occurred. In fact, I agree with my colleague Iacobucci J.'s observation at para. 42 of his reasons that

[t]he fact is that the Crown sought to introduce the statement at trial precisely because it allowed it to do indirectly what the trial judge had ruled the Crown could not do directly: introduce evidence that the appellant knew where the gun was hidden.

In my view, however, the long-term interests in the administration of justice and in the integrity of the Fairness Principle would not be disserved by admitting this evidence, notwithstanding the insalubrious police conduct that may have, as its incidental effect, prompted the statement to Hall.

I am, as I have said, mindful of the unfairness that flows from admitting a statement that may not have been made were it not for the *Charter* violation. Indeed, it is true that the accused made the statement to his girlfriend while he was still under the impression that the "deal" was on. As I have said, however, it is important not to consider this factor in isolation, but to examine it "having regard to all the circumstances". The mere presence of some unfairness in the manner in which the evidence was obtained, and the fact that the admission of the statement operates unfortunately for the accused, do not compel irrevocably the conclusion that evidence obtained in such a manner be automatically excluded. In the present case, even assuming that this factor militated sufficiently toward finding that the administration of justice could be brought into disrepute by the admission of the voluntary statement, I would nonetheless conclude that the exclusion of this reliable evidence would bring the administration of justice

119

Or, en l'espèce, le juge du procès, à juste titre, a écarté les fruits directs et intentionnels du comportement inconstitutionnel de l'État. Il ne restait qu'une déclaration volontaire — une aubaine en matière de preuve. Il serait hautement conjectural de dire si l'accusé aurait fait une telle déclaration, ou toute autre déclaration incriminante, à Hall si les circonstances avaient été différentes. Je note, par exemple, que l'accusé a fait une autre déclaration très incriminante à Hall environ deux mois plus tard. Je suis cependant disposée à admettre que cette déclaration n'aurait probablement pas pu être obtenue sans la violation des droits. En fait, je souscris à l'observation que fait mon collègue le juge Iacobucci, au par. 42 de ses motifs:

Il reste que le ministère public a tenté de produire la déclaration au procès précisément parce qu'elle lui permettait de faire indirectement ce que le juge du procès lui avait interdit de faire directement: produire la preuve que l'appelant savait où était cachée l'arme à feu.

À mon avis, toutefois, les intérêts à long terme de l'administration de la justice et de l'intégrité du principe de l'équité ne seraient pas mal servis par l'utilisation de cette preuve, en dépit du comportement malsain de la police qui peut avoir provoqué, de façon accessoire, la déclaration à Hall.

120

Je suis consciente, comme je l'ai dit, de l'iniquité qui découle de l'utilisation d'une déclaration qui n'aurait peut-être pas été faite n'eût été la violation de la *Charte*. Il est incontestable que l'accusé a fait la déclaration à son amie alors qu'il était toujours sous l'impression que le «marché» tenait. Toutefois, comme je l'ai indiqué précédemment, il importe non pas de considérer ce facteur isolément, mais plutôt de l'examiner «eu égard aux circonstances». La seule existence d'une certaine iniquité dans la manière dont la preuve a été obtenue et le fait que l'utilisation de la déclaration ait un effet déplorable pour l'accusé n'oblige pas irrévocablement à conclure que la preuve ainsi obtenue doit être écartée automatiquement. En l'espèce, à supposer même que ce facteur militait suffisamment en faveur de la conclusion que l'utilisation de la déclaration volontaire est susceptible de déconsidérer l'administration de la justice, je statuerais néanmoins que l'exclusion de cette preuve fiable est susceptible de déconsidérer

121 into greater disrepute, given the seriousness of the offence as well as the fact that the making of the statement was essentially incidental to the police officers' unconstitutional conduct.

Lastly, I wish to note that I am also mindful of the concern raised by McEachern C.J. that this statement tends to connect the accused more closely with the crime, and could give rise to an inference of consciousness of guilt. It is important to realize, however, that trial fairness will only be connected to the rights violation, and therefore subject to special scrutiny under the first branch of the *Collins* analysis, when there is some possibility that the evidence is unreliable or otherwise likely to lead to the conviction of an innocent person, and when this unreliability is somehow attributable to the state's unconstitutional conduct. Such was not the case here. Under the circumstances, there was no reasonable possibility of unreliability in the statement. I note, as well, that if a statement or other communicative behaviour is prejudicial in the evidentiary sense, in that it could mislead a trier of fact by causing it to follow an inappropriate chain of logic, then that problem must be addressed within the context of the traditional balancing test outlined by this Court in *R. v. Seaboyer*, [1991] 2 S.C.R. 577, by inquiring into whether the probative value of the evidence outweighs its prejudicial effect.

davantage l'administration de la justice, compte tenu de la gravité de l'infraction et du fait que la déclaration découle de façon essentiellement accessoire de la conduite inconstitutionnelle du policier.

Enfin, je désire signaler que je suis également consciente de la crainte exprimée par le juge en chef McEachern que cette déclaration ne tende à relier l'accusé plus étroitement au crime et puisse porter à conclure qu'il était conscient de sa culpabilité. Il importe de réaliser, toutefois, que l'équité du procès ne sera liée à la violation des droits et donc assujettie à une analyse spéciale fondée sur le premier volet de l'analyse *Collins*, que s'il existe une possibilité que la preuve ne soit pas fiable ou qu'elle soit, par ailleurs, susceptible d'entraîner la déclaration de culpabilité d'une personne innocente, et que si cette absence de fiabilité est en quelque sorte attribuable au comportement inconstitutionnel de l'État. Ce n'était pas le cas en l'espèce. Il n'y avait aucune possibilité réelle de manque de fiabilité de cette déclaration, compte tenu des circonstances. Je signale en outre que s'il existe néanmoins un risque que la déclaration ou tout autre comportement communicateur soit préjudiciable dans le contexte de la présentation de la preuve du fait qu'elle pourrait induire en erreur un juge des faits en faussant le cheminement logique, ce problème doit alors être abordé dans le contexte du test traditionnel de pondération exposé par notre Cour dans l'arrêt *R. c. Seaboyer*, [1991] 2 R.C.S. 577, en examinant si la valeur probante de la preuve l'emporte sur son effet préjudiciable.

122 To recapitulate, although the admission of the evidence most definitely operates unfortunately for the appellant, a reasonable person, dispassionate and fully apprised of all of the circumstances in this case would conclude that the exclusion of this evidence would bring the administration of justice into greater disrepute than its inclusion. The most important consideration leading me to this conclusion is that admission of this statement would not imply any condonation of the police officers' actions, even though those actions were, themselves, clearly contrary to the long-term interests of the integrity of the justice system. Any other

Pour récapituler, bien que l'utilisation de la preuve ait certainement un effet malheureux pour l'appelant, une personne raisonnable, objective et bien informée de toutes les circonstances conclurait en l'espèce que l'exclusion de cette preuve serait susceptible de déconsidérer davantage que son utilisation. La considération la plus importante qui m'amène à cette conclusion est que l'utilisation de cette déclaration ne signifierait aucunement que l'on peut fermer les yeux sur les agissements des agents de police, alors que ces agissements sont eux-mêmes clairement contraires aux intérêts à long terme de l'intégrité du système de justice.

damage to the integrity of the judicial system, such as the unfairness flowing from the fact that the windfall statement might not otherwise have been made, is outweighed by the impact upon the administration of justice of excluding such evidence, given that it is incidental to the opprobrious police conduct, inherently reliable, and significantly probative of the most serious crime in Canada.

Because of my conclusion that the statement to Hall is admissible under s. 24(2) of the *Charter*, I am also satisfied that the admission of the gun and the fact of finding the gun would not bring the administration of justice into disrepute.

2. The Interaction of section 24(2) of the Charter and section 686(1)(b)(iii) of the Code

Given my conclusion that the evidence which is the subject of this appeal was properly admitted at trial, it is not strictly necessary for me to address the interaction between s. 24(2) of the *Charter* and s. 686(1)(b)(iii) of the *Criminal Code*. Nonetheless, assuming that my colleague is correct in concluding that the impugned evidence should be excluded, I shall address this issue as well.

(i) Principles Governing the Interaction of section 24(2) and section 686(1)(b)(iii)

Section 686(1)(b)(iii) of the *Criminal Code* reads as follows:

686. (1) On the hearing of an appeal against a conviction or against a verdict that the appellant is unfit to stand trial or not criminally responsible on account of mental disorder, the court of appeal

...

(b) may dismiss the appeal where

...

(iii) notwithstanding that the court is of the opinion that on any ground mentioned in subparagraph (a)(ii) the appeal might be decided in favour of the

Tout autre tort causé à l'intégrité du système de justice, comme l'iniquité résultant de ce que la déclaration imprévue n'aurait peut-être pas été faite, est dépassé par l'incidence de son exclusion sur l'administration de la justice, puisque cette preuve est une conséquence accessoire de la conduite répréhensible de la police, qu'elle est intrinsèquement fiable et qu'elle a une forte valeur probante à l'égard du crime le plus grave au Canada.

Puisque je conclus que la déclaration à Hall est admissible en vertu du par. 24(2) de la *Charte*, je suis également convaincue que l'admission de l'arme à feu et du fait de sa découverte n'est pas susceptible de déconsidérer l'administration de la justice.

2. L'interaction entre le par. 24(2) de la Charte et le sous-al. 686(1)b)(iii) du Code

Vu ma conclusion que les éléments de preuve dont il est question dans le présent pourvoi ont été régulièrement admis au procès, il ne m'est pas absolument nécessaire d'examiner l'interdépendance du par. 24(2) de la *Charte* et du sous-al. 686(1)b)(iii) du *Code criminel*. Néanmoins, en présumant que mon collègue ait raison de conclure qu'il faille exclure la preuve contestée, je vais également traiter ce point.

(i) Les principes qui régissent l'interaction entre le par. 24(2) et le sous-al. 686(1)b)(iii)

Le sous-al. 686(1)b)(iii) du *Code criminel* se lit:

686. (1) Lors de l'audition d'un appel d'une déclaration de culpabilité ou d'un verdict d'inaptitude à subir son procès ou de non-responsabilité criminelle pour cause de troubles mentaux, la cour d'appel:

...

b) peut rejeter l'appel, dans l'un ou l'autre des cas suivants:

...

(iii) bien qu'elle estime que, pour un motif mentionné au sous-alinéa a)(ii), l'appel pourrait être décidé en faveur de l'appelant, elle est d'avis

appellant, it is of the opinion that no substantial wrong or miscarriage of justice has occurred. . . .

The most recent elucidation of the proper approach to s. 686(1)(b)(iii) is outlined by Major J., speaking for the Court on this issue, in *R. v. Bevan*, [1993] 2 S.C.R. 599. After outlining various approaches to s. 686(1)(b)(iii) that had been utilized by this Court in the past, he consolidated those approaches within the following test, at p. 617:

... the task of an appellate court is to determine whether there is any reasonable possibility that the verdict would have been different had the error at issue not been made. [Emphasis added.]

The most recent statement by this Court on the interaction between s. 24(2) of the *Charter* and s. 686(1)(b)(iii) of the *Code*, however, predates Major J.'s articulation of the proper approach to be taken to s. 686(1)(b)(iii).

126

In *R. v. Elshaw*, [1991] 3 S.C.R. 24, the accused was observed with young boys under suspicious circumstances, and attempted to flee when police accosted him. He was locked in the police van for a short period of time after which he made several inculpatory statements to the police. Iacobucci J. found that the accused had been denied his rights under s. 10(b), that the statements should be excluded under s. 24(2) and that the curative provisions in s. 686(1)(b)(iii) could not prevent the ordering of a re-trial. He made the following observation on the interplay between s. 24(2) of the *Charter* and s. 686(1)(b)(iii) of the *Code* (at p. 46):

If the evidence in question should have been excluded under s. 24(2) of the *Charter* because its admission would put the administration of justice into disrepute, then generally its admission was such as to amount to a substantial wrong or miscarriage of justice, thereby putting matters beyond the reach of s. 686(1)(b)(iii), which is available to cure errors of law where no substantial wrong or miscarriage of justice results. Consequently, s.

qu'aucun tort important ou aucune erreur judiciaire grave ne s'est produit. . . .

Le plus récent éclaircissement sur la bonne façon d'aborder le sous-al. 686(1)b)(iii) nous vient du juge Major qui s'est exprimé au nom de la Cour sur cette question, dans l'arrêt *R. c. Bevan*, [1993] 2 R.C.S. 599. Après avoir exposé les diverses façons dont notre Cour a, dans le passé, abordé le sous-al. 686(1)b)(iii), il les regroupe dans le critère suivant, à la p. 617:

... la tâche de la cour d'appel consiste à déterminer s'il existe une possibilité raisonnable que le verdict eût été différent en l'absence de l'erreur en question. [Je souligne.]

Le plus récent énoncé de notre Cour sur l'interaction entre le par. 24(2) de la *Charte* et le sous-al. 686(1)b)(iii) du *Code* est, toutefois, antérieur à la formulation par le juge Major de la façon dont il convient d'aborder le sous-al. 686(1)b)(iii).

Dans l'arrêt *R. c. Elshaw*, [1991] 3 R.C.S. 24, l'accusé a été aperçu en compagnie de jeunes garçons dans des circonstances douteuses, et il a tenté de fuir au moment où la police l'a abordé. Il a été enfermé dans un fourgon cellulaire pendant un bref délai, après quoi il a fait plusieurs déclarations incriminantes à la police. Le juge Iacobucci a conclu qu'on avait porté atteinte aux droits garantis à l'accusé par l'al. 10b), qu'il y avait lieu d'écartier les déclarations en vertu du par. 24(2) et que les dispositions réparatrices du sous-al. 686(1)b)(iii) ne pouvaient empêcher d'ordonner la tenue d'un nouveau procès. Il fait l'observation suivante sur l'interaction entre le par. 24(2) de la *Charte* et le sous-al. 686(1)b)(iii) du *Code* (à la p. 46):

Si la preuve en cause avait dû être écartée, en vertu du par. 24(2) de la *Charte*, pour le motif que son utilisation aurait été susceptible de déconsidérer l'administration de la justice, alors, en règle générale, cette utilisation constituerait un tort important ou une erreur judiciaire grave, ce qui entraînerait l'inapplicabilité du sous-al. 686(1)b)(iii) qui est destiné à réparer les erreurs de droit dans les cas où il ne s'est produit aucun tort important ni

686(1)(b)(iii) is not available in this case. This is not to say that there may not be other circumstances where the curative provision could apply notwithstanding that evidence should have been excluded under s. 24(2) of the Charter. [Emphasis added.]

We must recall that the inculpatory statements given to the police by the accused in *Elshaw* were quite central to the Crown's case, and no doubt played an important role in his conviction. In essence, therefore, given the majority's finding of a s. 10(b) violation and given the majority's conclusion that the impugned inculpatory statements should be excluded under s. 24(2), there was, indeed, a "reasonable possibility that the verdict would have been different" had this important evidence not been available to the Crown.

I note, however, that in *Elshaw*, Iacobucci J. did not have the benefit of Major J.'s approach to s. 686(1)(b)(iii) for the Court in *Bevan*. As such, I believe that it is now clear that the "other circumstances" to which Iacobucci J. alluded in *Elshaw* include situations where, even if the appellate court concludes that certain evidence should have been excluded under s. 24(2) of the *Charter*, the court is satisfied that no reasonable possibility existed that the verdict would have been different.

I would like to preface my remarks on the application of s. 686(1)(b)(iii) to the instant case with three additional observations about the interplay between s. 24(2) of the *Charter* and s. 686(1)(b)(iii) of the *Code*. First, it is now established that although an examination under s. 24(2) must look to the particular context of the rights violation, the determination as to whether or not evidence should be excluded necessarily also involves long-term considerations, such as the impact on the reputation of the justice system of the regular inclusion or exclusion of this type of

aucune erreur judiciaire grave. Par conséquent, le sous-al. 686(1)b)(iii) ne s'applique pas en l'espèce. Ce qui ne veut pas dire qu'il ne peut y avoir d'autres circonstances où la disposition réparatrice pourrait s'appliquer malgré le fait que des éléments de preuve auraient dû être écartés en application du par. 24(2) de la *Charte*. [Je souligne.]

Il faut se rappeler que les déclarations incriminantes que l'accusé a faites à la police dans *Elshaw* étaient essentielles à la preuve du ministère public, et ont sans doute contribué grandement à sa déclaration de culpabilité. Essentiellement, donc, étant donné que la majorité a conclu à la violation de l'al. 10b) et qu'il y avait lieu, en vertu du par. 24(2), d'éarter les déclarations incriminantes contestées, il existait, en effet, une «possibilité raisonnable que le verdict eût été différent» si le ministère public n'avait pas disposé de cet élément de preuve important.

Je remarque toutefois que, dans l'arrêt *Elshaw*, le juge Iacobucci ne bénéficiait pas de la façon d'aborder le sous-al. 686(1)b)(iii) que le juge Major a exposée, au nom de la Cour, dans *Bevan*, précité. Pour ce motif, je crois qu'il est maintenant évident que les «autres circonstances» auxquelles le juge Iacobucci a fait allusion dans *Elshaw* incluent des situations où, même si la cour d'appel conclut que certains éléments de preuve auraient dû être écartés en application du par. 24(2) de la *Charte*, la cour est convaincue qu'il n'existe aucune possibilité raisonnable que le verdict eût été différent.

J'aimerais faire précéder mes remarques sur l'application du sous-al. 686(1)b)(iii) à la présente affaire de trois autres observations sur l'interaction entre le par. 24(2) de la *Charte* et le sous-al. 686(1)b)(iii) du *Code*. Premièrement, il est maintenant établi que, bien qu'une analyse fondée sur le par. 24(2) doive tenir compte du contexte particulier dans lequel la violation des droits a été commise, la question de savoir s'il y a lieu d'éarter la preuve fait elle aussi appel à des considérations à long terme, comme les conséquences de l'utilisation ou de l'exclusion régulière de ce genre de

evidence: *Collins*, at p. 281. Section 686(1)(b)(iii), by contrast, only requires consideration by the appellate court of the particular circumstances before it. The differing breadth of the examination under s. 24(2) and under s. 686(1)(b)(iii) is therefore one indication that the two sections are clearly not coextensive.

129

Second, as I observed at the outset of my reasons, it is important to recall that the French version of s. 24(2), which is the text upon which the *Collins* framework is based, requires that evidence be excluded "if its admission could bring the administration of justice into disrepute". A conclusion that the administration of justice could be brought into disrepute by the admission of certain evidence does not necessarily mean that its admission has, by definition, led to a "substantial wrong" or "miscarriage of justice" in the particular case under review.

130

Third, s. 24(2) of the *Charter* and s. 686(1)(b)(iii) of the *Code* clearly focus on different things, in furtherance of different objectives. Section 24(2) focuses on whether the inclusion or exclusion of evidence obtained in violation of the *Charter* would bring the administration of justice into further disrepute. Its primary purpose, therefore, is protection of the integrity of the judicial system. By contrast, as is clear from Major J.'s test in *R. v. Bevan*, s. 686(1)(b)(iii) focuses on the outcome of the particular proceedings. Its primary purpose is to enable appellate courts to feel unhindered to clarify errors of law committed by the trial judge. If a new trial were required every time an appellate court identified an error of law in the proceedings below, even if that error were immaterial to the outcome of the proceedings, then appellate courts might be reluctant to identify such errors of law in the first place. Instead, s. 686(1)(b)(iii) reflects a careful balancing of collective interests in the effective and efficient conclusion of litigation against the right of the individual accused to a full and fair trial. Whenever these two interests collide, s. 686(1)(b)(iii) resolves the conflict in favour of the accused. Where there is no

preuve sur la considération dont jouit le système de justice: *Collins*, à la p. 281. Par contre, le sous-alinéa 686(1)b)(iii) exige seulement que la cour d'appel examine les circonstances particulières dont elle est saisie. L'ampleur différente de l'analyse fondée sur le par. 24(2) et sur le sous-al. 686(1)b)(iii) indique donc que les deux dispositions n'ont manifestement pas la même portée.

Deuxièmement, comme je l'ai souligné au début de mes motifs, il est important de se rappeler que le texte français du par. 24(2), sur lequel se fonde le cadre exposé dans l'arrêt *Collins*, exige que la preuve soit écartée «si son utilisation est susceptible de déconsidérer l'administration de la justice». Une conclusion que l'utilisation de certains éléments de preuve est susceptible de déconsidérer l'administration de la justice ne signifie pas nécessairement que leur utilisation a, par définition, engendré un «tort important» ou «une erreur judiciaire grave» dans le cas examiné.

Troisièmement, le par. 24(2) de la *Charte* et le sous-al. 686(1)b)(iii) du *Code* sont nettement axés sur des choses différentes, dans la poursuite d'objectifs différents. Le paragraphe 24(2) est axé sur la question de savoir si l'utilisation ou l'exclusion d'éléments de preuve obtenus en violation de la *Charte* est susceptible de déconsidérer davantage l'administration de la justice. Il vise donc, d'abord et avant tout, à préserver l'intégrité du système judiciaire. En revanche, ainsi qu'il ressort nettement du critère formulé par le juge Major dans l'arrêt *R. c. Bevan*, le sous-al. 686(1)b)(iii) est axé sur l'issue d'une instance particulière. Il vise, d'abord et avant tout, à permettre aux cours d'appel de se sentir libres de clarifier des erreurs de droit commises par le juge du procès. S'il fallait tenir un nouveau procès chaque fois qu'une cour d'appel décèle une erreur de droit dans les instances inférieures, même si cette erreur était sans importance quant à l'issue de l'instance, les cours d'appel pourraient alors hésiter, au départ, à déceler ces erreurs de droit. Le sous-alinéa 686(1)b)(iii) reflète plutôt un équilibre entre les droits collectifs au règlement efficace et efficient des litiges et ceux d'une personne à un procès juste et équitable.

conflict, however, then s. 686(1)(b)(iii) provides a means by which to advance collective interests while not at the expense of the accused.

(ii) Application of section 686(1)(b)(iii) to the Facts

In *R. v. Hodge* (1993), 133 N.B.R. (2d) 240, the New Brunswick Court of Appeal found that evidence should have been excluded under s. 24(2), yet declined to order a retrial on the basis that no substantial wrong or miscarriage of justice had occurred. The impugned evidence was a hair sample which had been seized from the accused while he was detained, and which was matched with hair found on the motorcycle with which he was alleged to have made his getaway from the scene of a robbery. The court found a clear s. 8 violation and ruled that the seized hair should have been excluded under s. 24(2), but declined to order a new trial on the basis that the hair sample had limited probative value since the hair on the motorcycle could have been deposited at any time prior to the incident, and could not have factored very significantly in the conviction of the accused.

My colleague declines to apply s. 686(1)(b)(iii) in the present case on the basis that the admission of the evidence amounted to a "substantial wrong". Moreover, he relies upon *John v. The Queen*, [1985] 2 S.C.R. 476, for the proposition that appellate courts should not retry cases to assess the worth of residual evidence after improperly adduced evidence has been extracted. In *John*, this Court found that the prosecution improperly split its case so as to sandwich the defence, forcing the accused to testify a second time and face a second round of cross-examination on issues that related directly to credibility. The Court stated at p. 480 that, "[i]t is of course impossible to reconstruct this trial by jury so as to determine what the verdict

Lorsque ces droits s'opposent, le sous-al. 686(1)b)(iii) résout le conflit en faveur de l'accusé. En l'absence de conflit, toutefois, le sous-al. 686(1)b)(iii) fournit un moyen de promouvoir les droits collectifs, sans qu'il n'affecte les droits de l'accusé.

(ii) Application du sous-al. 686(1)b)(iii) aux faits

Dans l'arrêt *R. c. Hodge* (1993), 133 R.N.-B. (2^e) 240, la Cour d'appel du Nouveau-Brunswick a conclu que la preuve aurait dû être écartée en vertu du par. 24(2), tout en refusant d'ordonner la tenue d'un nouveau procès pour le motif qu'aucun tort important ni aucune erreur judiciaire grave n'avaient été commis. L'élément de preuve contesté était un cheveu prélevé sur l'accusé pendant sa détention, cheveu qui correspondait aux cheveux trouvés sur la motocyclette qu'il aurait utilisée pour s'enfuir de la scène du vol. La cour a conclu à l'existence d'une violation manifeste de l'art. 8 et a décidé que le cheveu prélevé sur l'accusé aurait dû être écarté en vertu du par. 24(2); elle a cependant refusé d'ordonner la tenue d'un nouveau procès pour le motif que le cheveu avait une valeur probante limitée puisque les cheveux trouvés sur la motocyclette auraient pu y être déposés à n'importe quel moment avant l'incident, et ne pouvaient avoir joué un rôle très déterminant dans la déclaration de culpabilité de l'accusé.¹³¹

Mon collègue refuse d'appliquer le sous-al. 686(1)b)(iii), en l'espèce, parce que l'admission des éléments de preuve équivaudrait à un «tort important». Il invoque, en outre, l'arrêt *John c. La Reine*, [1985] 2 R.C.S. 476, pour soutenir que les cours d'appel ne devraient pas refaire les procès de manière à soupeser la valeur de la preuve qui subsiste une fois que la preuve produite irrégulièrement a été écartée. Dans l'arrêt *John*, notre Cour a conclu que la poursuite avait irrégulièrement scindé sa preuve de façon à coincer la défense et à forcer ainsi l'accusé à revenir témoigner et à subir un deuxième contre-interrogatoire sur des questions touchant directement à la crédibilité. La Cour déclare, à la p. 480, qu'«[i]l est évidemment

131

132

would have been had this evidence not been presented". That case is very clearly distinguishable from the case at bar.

impossible de reconstituer ce procès avec jury de manière à savoir quel aurait été le verdict si ce témoignage n'avait pas été donné». Cette affaire se distingue très nettement de celle qui nous occupe.

133

In the present case, although the murder weapon and the statement to Hall were significant pieces of evidence, the remainder of the case was so overwhelming as to make this an appropriate case in which to invoke the curative provisions of s. 686(1)(b)(iii) notwithstanding a finding that evidence should have been excluded under s. 24(2). Even without the impugned statement from Hall and the evidence of the actual gun, the Crown's case against the accused was unimpeachable. Evidence properly admitted at trial included the following: testimony from the appellant's father that he had found a pair of jeans and a vest with a floral pattern (the same clothing that other witnesses testified Worms had been wearing the night of her murder) in the back of the family pick-up truck the morning after the killing; testimony from the appellant's girlfriend, Hall, that she had found a vest of that description in his pick-up the next day, and that he had snatched it away from her; testimony that the accused was at the same nightclub as Worms on the night of the murder; testimony by a friend of the appellant (Biddlecome) that the appellant stole a .410 shotgun a few weeks before the murder of Worms; testimony from Biddlecome that the appellant had showed him the same shotgun with the barrel sawed off days before the killing; three .410 shotgun shells found in the appellant's vehicle; and testimony from Hall that the appellant had voluntarily told her, during the spring of 1985, that he had been present at the killing but that he had stood by while Biddlecome beat the victim and killed her. This statement definitively placed the appellant at the scene of the crime, and therefore left it to the jury to decide whether the murderer was the appellant or Biddlecome. In this respect, the accused did not testify, Biddlecome denied any involvement on the stand, and there was no evidence of beating found on the body. Finally, striking similar fact evidence was admitted into evidence concerning the almost identical killing of Hughes (to which the appellant

En l'espèce, bien que l'arme du crime et la déclaration à Hall aient constitué des éléments de preuve importants, la balance de la preuve est si accablante qu'il convient en l'espèce d'invoquer les dispositions réparatrices du sous-al. 686(1)b)(iii), malgré une conclusion que des éléments de preuve auraient dû être écartés en vertu du par. 24(2). Même sans la déclaration contestée de Hall et la preuve de l'arme à feu elle-même, la preuve du ministère public contre l'accusé était inattaquable. Parmi les éléments de preuve régulièrement admis au procès, il y avait: le témoignage du père de l'appelant, selon lequel il avait découvert un jeans et une veste à motifs floraux (les mêmes vêtements que, d'après d'autres témoins, Worms portait le soir où elle a été assassinée) à l'arrière de la camionnette familiale, le matin suivant le meurtre; le témoignage de l'amie de l'appelant, Hall, voulant qu'elle ait trouvé une veste correspondant à cette description dans la camionnette de l'accusé le lendemain, et qu'il la lui ait arrachée des mains; le témoignage selon lequel l'accusé se trouvait dans la même boîte de nuit que Worms le soir du meurtre; le témoignage d'un ami de l'appelant (Biddlecome) voulant que celui-ci ait volé un fusil de chasse de calibre .410 quelques semaines avant le meurtre de Worms; le témoignage de Biddlecome voulant que l'appelant lui ait montré le même fusil de chasse tronçonné, quelques jours avant le meurtre; trois cartouches de fusil de chasse de calibre .410, trouvées dans le véhicule de l'appelant; et le témoignage de Hall suivant lequel l'appelant lui a volontairement dit, au printemps 1985, qu'il était présent lors du meurtre mais qu'il était resté là à ne rien faire pendant que Biddlecome battait et tuait la victime. Cette déclaration a certainement situé l'appelant sur les lieux du crime et a, par conséquent, laissé au jury la tâche de décider si le meurtrier était l'appelant ou Biddlecome. À cet égard, l'accusé n'a pas témoigné, Biddlecome a témoigné et a nié toute participation, et il n'y avait aucune marque de coups sur le corps.

confessed and had already been convicted) three months after the killing of Worms.

Moreover, I note the trial judge's warning to the jury as to the limited probative value of both the gun and the appellant's statement to Hall that he had directed police to its location:

Now, I'm invading your function, but I do so deliberately, to caution you that that statement, if you accept it as truthful and accurate, that he took the police to where the gun was in the river, is not evidence that he, Burlingham, threw the gun in the river necessarily. It only goes so far as to show that he knows that somebody, and possibly including himself, but somebody put the gun in the river at that location.

Given the appellant's assertions to Hall that he had seen Biddlecome kill the victim, it was open for the jury to conclude that the appellant had simply seen Biddlecome dispose of the weapon. In my view, the judge's sharp cautionary remarks to the jury on the use of the evidence is surely a factor in deciding whether "there [was] a reasonable possibility that the verdict would have been different", since this warning could have mitigated at least some of the prejudice that might flow to the accused as a result of an impermissible inference of consciousness of guilt. The gun, moreover, proved absolutely nothing about whether it was the appellant who committed the murder, since it could equally well have been Biddlecome, according to the appellant's tale to Hall. Although the appellant did not testify, defence counsel impressed upon the jury members in his closing address that they had heard the appellant's story through the mouth of Hall.

Having regard to all the circumstances, including the sharp warning issued by the trial judge, the reliance by defence counsel on the story of the murder told through the mouth of Hall, and the overwhelming case against the accused presented by the Crown at trial, I am satisfied that the

Enfin, une preuve de faits remarquablement similaires a été admise concernant le meurtre quasi identique de Hughes (que l'appelant avait avoué avoir commis et dont il avait déjà été déclaré coupable) survenu trois mois après celui de Worms.

Au surplus, je note la mise en garde du juge au jury quant à la valeur probante limitée de l'arme à feu et de la déclaration de l'appelant à Hall voulant qu'il ait conduit la police à l'endroit où elle se trouvait:

[TRADUCTION] J'empêtre maintenant sur votre rôle, mais je le fais délibérément pour vous prévenir que si vous jugez véridique et exacte la déclaration selon laquelle il a conduit la police là où se trouvait l'arme à feu dans la rivière, elle ne prouve pas nécessairement que c'est lui, Burlingham, qui l'y a jetée. Elle ne fait que démontrer qu'il sait que quelqu'un, peut-être bien lui-même, a jeté l'arme à feu dans la rivière à cet endroit.

Puisque l'appelant a déclaré à Hall qu'il avait vu Biddlecome tuer la victime, le jury pouvait conclure que l'appelant avait simplement vu Biddlecome se débarrasser de l'arme. À mon avis, la sévère mise en garde du juge au jury sur l'utilisation de la preuve est certainement un facteur à considérer pour décider s'"il exist[ait] une possibilité raisonnable que le verdict eût été différent", puisque cette mise en garde aurait pu atténuer, à tout le moins en partie, le préjudice qu'une conclusion inacceptable qu'il était conscient de sa culpabilité pouvait causer à l'accusé. De plus, l'arme à feu ne prouvait absolument rien quant à savoir si l'appelant était l'auteur du meurtre puisque le meurtrier aurait très bien pu être Biddlecome selon le récit de l'appelant à Hall. Bien que Burlingham n'ait pas témoigné, l'avocat de la défense a souligné, dans son exposé final aux membres du jury, qu'ils avaient entendu le récit de l'appelant de la bouche de Hall.

Compte tenu de toutes les circonstances, y compris la sévère mise en garde du juge du procès, le fait que l'avocat de la défense se soit fondé sur le récit du meurtre par Hall et la preuve accablante que le ministère public a produite contre l'accusé au procès, je suis convaincue que l'absence ou la

absence or presence of either or both items of the impugned evidence would not have factored materially in the ultimate outcome. I am satisfied that there is no reasonable possibility that the verdict would have been different had the impugned evidence been excluded under s. 24(2) of the *Charter*.

présence de l'un ou l'autre ou des deux éléments de preuve attaqués n'aurait pas eu d'impact considérable sur l'issue de l'affaire. Je suis persuadée qu'il n'existe aucune possibilité raisonnable que le verdict eût été différent même si les éléments de preuve contestés avaient été écartés en vertu du par. 24(2) de la *Charte*.

3. *The Unfair Crown Conduct*

136 In closing, I would like to turn very briefly to the Crown's conduct in repudiating the "deal" reached between the police officers and the appellant. I agree with my colleague's conclusion that the conduct of the authorities, though certainly contemptible, did not amount to one of the "clearest of cases" of abuse of process, requiring a stay of proceedings. I am also mindful of the fact that the trial judge found the police to have made an honest mistake and not to have acted with *mala fides* in breaking their bargain. Their misunderstanding of the Crown's offer may very well have been genuine. However, I firmly believe that the Crown acted in bad faith by charging the accused with first degree murder notwithstanding the fact that the Crown was aware that the police had misled the appellant who, in full reliance on the "deal" proffered by the police, had fulfilled his half of the bargain. Under the circumstances, and given that the Crown did not object to the police officers' presenting the "deal" on the Crown's behalf, it seems highly unfair and unjust to allow the Crown to act in total disregard for its agents undertakings, and to impose the consequences for such disregard upon the appellant. For this reason, I would find a violation of the principle of fundamental fairness under s. 7 of the *Charter*, as discussed in my reasons in *R. v. S.(R.J.)*. Under the circumstances, while I do not believe that this case is one of the "clearest of cases" calling for a stay of proceedings, I am of the opinion that it would be appropriate and just under s. 24(1) of the *Charter* to require the Crown to uphold its half of the "deal", and for this Court to substitute a conviction for the lesser

3. *Le comportement inéquitable du ministère public*

En terminant, j'aimerais examiner brièvement le comportement adopté par le ministère public en répudiant le «marché» conclu entre les policiers et l'appelant. Je souscris à la conclusion de mon collègue que le comportement des autorités, bien que certainement méprisable, n'était pas l'un des «cas les plus manifestes» d'abus de procédure requérant un arrêt des procédures. Je suis également consciente du fait que le juge du procès a conclu que les policiers avaient honnêtement commis une erreur et n'avaient pas agi de mauvaise foi en ne respectant pas leur part du marché. Leur mauvaise compréhension de l'offre du ministère public peut très bien avoir été sincère. Toutefois, je crois fermement que le ministère public a agi de mauvaise foi en inculpant l'accusé de meurtre au premier degré, en dépit du fait qu'il savait que la police avait induit l'appelant en erreur et que, sur la foi totale du «marché» proposé par la police, il en avait rempli sa part. Dans ces circonstances et puisque le ministère public ne s'est pas opposé à ce que les policiers transmettent le «marché» au nom du ministère, il semble très inéquitable et injuste de permettre que le ministère public fasse fi des engagements pris par ses mandataires, et en fasse subir les conséquences à l'appelant. Pour cette raison, je suis d'avis qu'il y a eu violation du principe d'équité fondamentale au sens de l'art. 7 de la *Charte*, tel que discuté dans mes motifs dans *R. c. S. (R.J.)*. Dans ces circonstances, même si je ne crois pas qu'il s'agisse ici de l'un des «cas les plus manifestes» qui milite en faveur d'un arrêt des procédures, il est à mon avis juste et approprié, au sens du par. 24(1) de la *Charte*, d'obliger le ministère public à remplir sa part du «marché», et que notre Cour substitue à l'actuelle déclaration de cul-

included offence of second degree murder for the present conviction of first degree murder.

III. Disposition

I would dismiss the appeal but would substitute a conviction of second degree murder for the conviction of first degree murder imposed at trial, and return the case to the trial judge for proper sentencing in this respect.

The reasons of Sopinka, Cory Iacobucci and Major JJ. were delivered by

SOPINKA J. — I agree with the reasons and conclusion of Justice Iacobucci but wish to address the point made by my colleague, Justice L'Heureux-Dubé, that the Court has departed from the approach adopted in *R. v. Collins*, [1987] 1 S.C.R. 265, in favour of a rule of automatic exclusion.

The criticism made by my colleague closely parallels the opinion of Professor Paciocco who advocates a more literal and restrictive interpretation of s. 24(2) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. See David M. Paciocco, "The Judicial Repeal of s. 24(2) and the Development of the Canadian Exclusionary Rule" (1990), 32 *Crim. L.Q.* 326. Not surprisingly, commentators no less than the public differ as to the appropriate approach to the exclusion of evidence associated with a violation of a *Charter* right. See, for example, Yves-Marie Morissette, "The Exclusion of Evidence under the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*: What to Do and What Not to Do" (1984), 29 *McGill L.J.* 521; R. J. Deslisle, "Collins: An Unjustified Distinction" (1987), 56 C.R. (3d) 216; Tim Quigley and Eric Colvin, "Developments in Criminal Law and Procedure: The 1988-89 Term" (1990), 1 *S.C.L.R.* (2d) 187; Steven M. Penney, "Unreal Distinctions: The Exclusion of Unfairly Obtained Evidence Under s. 24(2) of the *Charter*" (1994), 32 *Alta. L. Rev.* 782, at p. 800. While Professor Paciocco favours an approach that would be less exclusionary and, in his opinion, more in tune with the views of the

pabilité de meurtre au premier degré une déclaration de culpabilité de l'infraction moindre et incluse de meurtre au deuxième degré.

III. Dispositif

Je rejette le pourvoi, mais je substituerais à la déclaration de culpabilité de meurtre au premier degré prononcée au procès une déclaration de culpabilité de meurtre au deuxième degré, et je renverrais l'affaire au juge du procès afin qu'il prononce la peine appropriée à cet égard.

Version française des motifs des juges Sopinka, Cory, Iacobucci et Major rendus par

LE JUGE SOPINKA — Je souscris aux motifs et à la conclusion du juge Iacobucci. Je souhaite cependant traiter de l'argument avancé par ma collègue le juge L'Heureux-Dubé selon lequel la Cour s'est écartée de la position adoptée dans l'arrêt *R. c. Collins*, [1987] 1 R.C.S. 265, en faveur d'une règle d'exclusion automatique.

La critique formulée par ma collègue suit étroitement l'opinion du professeur Paciocco qui privilie une interprétation plus littérale et restrictive du par. 24(2) de la *Charte canadienne des droits et libertés*. Voir David M. Paciocco, «The Judicial Repeal of s. 24(2) and the Development of the Canadian Exclusionary Rule» (1990), 32 *Crim. L.Q.* 326. Il n'est guère étonnant que les auteurs, comme le public, diffèrent sur la façon d'envisager l'exclusion de la preuve obtenue par suite de la violation d'un droit garanti par la *Charte*. Voir, par exemple, Yves-Marie Morissette, «The Exclusion of Evidence under the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*: What to Do and What Not to Do» (1984), 29 *R.D. McGill* 521; R. J. Deslisle, «Collins: An Unjustified Distinction» (1987), 56 C.R. (3d) 216; Tim Quigley et Eric Colvin, «Developments in Criminal Law and Procedure: The 1988-89 Term» (1990), 1 *S.C.L.R.* (2d) 187; Steven M. Penney, «Unreal Distinctions: The Exclusion of Unfairly Obtained Evidence Under s. 24(2) of the *Charter*» (1994), 32 *Alta. L. Rev.* 782, à la p. 800. Si le professeur Paciocco privilie une conception qui tendrait moins à l'exclusion et qui, à son avis, serait davantage conforme aux opinions

average Canadian, Steven Penney, in his comprehensive article at p. 810, argues that by focusing on trial fairness, as opposed to the criminal justice system as a whole, we "render individual Canadians more susceptible to invasions of their constitutional rights".

140 Both Professor Paciocco and my colleague are of the view that the approach we have taken is out of step with the public mood. Quite apart from the admonitions of Lamer J. (as he then was) in *Collins*, at pp. 281-82, that individual rights are not to be submitted to an adjudication by the majority, there is no accurate assessment of public opinion. Adjusting the approach to *Charter* rights based on public opinion surveys is fraught with difficulties. This can be illustrated by reference to the empirical study to which my colleague refers by A.W. Bryant, M. Gold, H.M. Stevenson and D. Northrup, "Public Attitudes Toward the Exclusion of Evidence: Section 24(2) of the Canadian Charter of Rights and Freedoms" (1990), 69 *Can. Bar Rev.* 1. It purported to show "a significant gap between public and judicial opinion" (p. 45) regarding the application of the *Collins* factors. After publication of that study, a further study by the same authors, "Public Support for the Exclusion of Unconstitutionally Obtained Evidence" (1990), 1 *S.C.L.R.* (2d) 555, concluded at p. 557 that "taking into account some of the ambiguity in the case law, the gap between public and judicial opinion may not be that substantial over a broad range of cases".

141 The study concluded with the following warning, at p. 587:

Whatever one's views on the merits or rationale of the exclusionary rule, our study illustrates the multi-faceted and complex nature of the public's judgments about admissibility. Levels of support for the exclusion of evidence varied considerably depending upon a number of factors, some of which were case-specific while others were attitudinal and demographic. In this respect, any argument for or against how judges apply section 24(2)

du Canadien moyen, Steven Penney, à la p. 810 de son article détaillé, fait valoir qu'en axant notre attention sur l'équité du procès plutôt que sur le système de justice criminelle dans son ensemble, [TRADUCTION] «nous exposons davantage chaque Canadien à la violation de ses droits constitutionnels».

Le professeur Paciocco et ma collègue sont tous deux d'avis qu'il y a un décalage entre notre position et l'humeur du public. Mis à part les avertissements du juge Lamer (maintenant Juge en chef) dans l'arrêt *Collins*, aux pp. 281 et 282, portant que les droits individuels ne doivent pas être assujettis à la décision de la majorité, il n'existe aucune évaluation juste de l'opinion publique. Il serait fort difficile de régler notre conception des droits garantis par la *Charte* sur les sondages d'opinion publique. L'étude empirique à laquelle ma collègue renvoie, effectuée par A.W. Bryant, M. Gold, H.M. Stevenson et D. Northrup, «Public Attitudes Toward the Exclusion of Evidence: Section 24(2) of the Canadian Charter of Rights and Freedoms» (1990), 69 *R. du B. can.* 1, le démontre bien. Cette étude visait à démontrer [TRADUCTION] «l'écart important qui sépare l'opinion publique et judiciaire» (p. 45) quant à l'application des facteurs énoncés dans *Collins*. Après la publication de cette étude, les mêmes auteurs ont conclu dans une autre étude, «Public Support for the Exclusion of Unconstitutionally Obtained Evidence» (1990), 1 *S.C.L.R.* (2d) 555, à la p. 557, que [TRADUCTION] «compte tenu d'une certaine ambiguïté dans la jurisprudence, l'écart entre l'opinion publique et celle des juges n'est peut-être pas aussi marqué sur une vaste gamme d'affaires».

L'étude se termine avec l'avertissement suivant, à la p. 587:

[TRADUCTION] Quoi que l'on pense du bien-fondé ou de la raison d'être de la règle d'exclusion, notre étude illustre la nature complexe et diversifiée de l'opinion du public quant à l'admissibilité. L'ampleur de l'appui à l'exclusion d'éléments de preuve a varié considérablement selon différents facteurs, dont certains étaient pertinents dans une affaire donnée, et d'autres relevaient du comportement et de la démographie. À cet égard, tout argument avancé pour ou contre la façon dont les juges devraient appliquer le par. 24(2), qui se fonde sur une

that relies upon a supposedly monolithic "public opinion" clearly must be rejected. [Emphasis added.]

Had the Court reacted to the first study and altered its approach, the validity of cases decided under the altered approach would have been called into question by the subsequent study. It is for this reason that the test with respect to what could bring the administration of justice into disrepute was stated in *Collins* to be grounded in longer term community values rather than the public passion of the moment. These long-term community values are to be assessed in terms of the views of the hypothetical, reasonable, well-informed and dispassionate person in the community.

R. v. Collins

The jurisprudence of this Court with respect to s. 24(2), subsequent to *Collins*, has generally evolved with due respect for *stare decisis* but also with due regard for the fact that as an early comprehensive statement of principles, it did not purport to be exhaustive or immutable. The key statement of principles in *Collins* is contained in the following passage at pp. 284-85:

Real evidence that was obtained in a manner that violated the *Charter* will rarely operate unfairly for that reason alone. The real evidence existed irrespective of the violation of the *Charter* and its use does not render the trial unfair. However, the situation is very different with respect to cases where, after a violation of the *Charter*, the accused is conscripted against himself through a confession or other evidence emanating from him. The use of such evidence would render the trial unfair, for it did not exist prior to the violation and it strikes at one of the fundamental tenets of a fair trial, the right against self-incrimination. Such evidence will generally arise in the context of an infringement of the right to counsel. Our decisions in *Therens* [[1985] 1 S.C.R. 613] and *Clarkson v. The Queen*, [1986] 1 S.C.R. 383, are illustrative of this. The use of self-incriminating evidence obtained following a denial of the right to counsel will generally go to the very fairness of the trial and should generally be excluded.

It is apparent that the words "conscripted against himself through a confession or other evidence

«opinion publique» que l'on dit monolithique, doit manifestement être écarté. [Je souligne.]

Si la Cour avait réagi à la première étude et changé son approche de la question, la validité des affaires résolues suivant cette position modifiée aurait été remise en cause par l'étude subséquente. C'est pour cela que l'arrêt *Collins* dit que le critère relatif à ce qui est susceptible de déconsidérer l'administration de la justice repose sur des valeurs de la société qui sont plus durables que la passion publique du moment. Ces valeurs durables véhiculées dans la société doivent être évaluées par rapport aux opinions de l'hypothétique personne raisonnable, objective et bien informée.¹⁴²

L'arrêt R. c. Collins

Après l'arrêt *Collins*, la jurisprudence de notre Cour relative au par. 24(2) a généralement évolué dans le respect du *stare decisis* tout en tenant bien compte du fait que ce premier énoncé général de principes n'était pas censé être exhaustif ou immuable. L'énoncé de principes clé dans l'arrêt *Collins* se trouve dans l'extrait suivant des pp. 284 et 285:

Une preuve matérielle obtenue d'une manière contraire à la *Charte* sera rarement de ce seul fait une cause d'injustice. La preuve matérielle existe indépendamment de la violation de la *Charte* et son utilisation ne rend pas le procès inéquitable. Il en est toutefois bien autrement des cas où, à la suite d'une violation de la *Charte*, l'accusé est conscrit contre lui-même au moyen d'une confession ou d'autres preuves émanant de lui. Puisque ces éléments de preuve n'existaient pas avant la violation, leur utilisation rendrait le procès inéquitable et constituerait une attaque contre l'un des principes fondamentaux d'un procès équitable, savoir le droit de ne pas avoir à témoigner contre soi-même. Ce genre de preuve se trouvera généralement dans le contexte d'une violation du droit à l'assistance d'un avocat. C'est ce qu'illustrent nos arrêts *Therens* [[1985] 1 R.C.S. 613] et *Clarkson c. La Reine*, [1986] 1 R.C.S. 383. L'utilisation d'une preuve auto-incriminante obtenue dans le contexte de la négation du droit à l'assistance d'un avocat compromettra généralement le caractère équitable du procès même et elle doit en général être écartée.¹⁴³

De toute évidence, l'expression «conscrit contre lui-même au moyen d'une confession ou d'autres

emanating from him" necessitated further definition in subsequent cases.

144

Whether it was ever so intended, it soon became apparent that real evidence and evidence emanating from the accused were not mutually exclusive categories of evidence, and in *R. v. Ross*, [1989] 1 S.C.R. 3, Lamer J. explained at p. 16 that:

... the use of any evidence that could not have been obtained but for the participation of the accused in the construction of the evidence for the purposes of the trial would tend to render the trial process unfair.

The rationale for this view is that it is unfair for the Crown to make out its case in whole or in part by the use of evidence that it obtained in breach of the rights of the accused and involving his or her participation. La Forest J. addressed this point in *Thomson Newspapers Ltd. v. Canada (Director of Investigation and Research, Restrictive Trade Practices Commission)*, [1990] 1 S.C.R. 425, stating at p. 553:

A breach of the *Charter* that forces the eventual accused to create evidence necessarily has the effect of providing the Crown with evidence it would not otherwise have had. It follows that the strength of its case against the accused is necessarily enhanced as a result of the breach . . . In contrast, where the effect of a breach of the *Charter* is merely to locate or identify already existing evidence, the case of the ultimate strength of the Crown's case is not necessarily strengthened in this way. The fact that the evidence already existed means that it could have been discovered anyway. Where this is the case, the accused is not forced to confront any evidence at trial that he would not have been forced to confront if his *Charter* rights had been respected. [Emphasis added.]

145

The participation of the accused in providing incriminating evidence involving a breach of *Charter* rights is the ingredient that tends to render the trial unfair as he or she is not under any obligation to assist the Crown to secure a conviction. See *R. v. Genest*, [1989] 1 S.C.R. 59, at p. 83. Serious breaches of the *Charter* which do not involve the participation of the accused may result in the exclusion of the evidence under the second branch of the *Collins* test.

preuves émanant de lui» commandait plus ample définition dans des affaires subséquentes.

Que cela ait été voulu ou non, il est rapidement ressorti que la preuve matérielle et la preuve émanant de l'accusé n'étaient pas des preuves mutuellement exclusives, et dans *R. c. Ross*, [1989] 1 R.C.S. 3, le juge Lamer a expliqué ceci, à la p. 16:

... l'utilisation de tout élément de preuve qu'on n'aurait pas pu obtenir sans la participation de l'accusé à la constitution de la preuve aux fins du procès est susceptible de rendre le procès inéquitable.

Ce point de vue repose sur le principe qu'il est injuste que le ministère public présente une partie ou la totalité de sa preuve au moyen d'éléments de preuve obtenus en violation des droits de l'accusé et exigeant sa participation. Le juge La Forest a traité de ce point dans *Thomson Newspapers Ltd. c. Canada (Directeur des enquêtes et recherches, Commission sur les pratiques restrictives du commerce)*, [1990] 1 R.C.S. 425, à la p. 553:

Une violation de la *Charte* qui force l'accusé éventuel à créer une preuve a nécessairement pour effet de fournir à la poursuite une preuve qu'elle n'aurait pu obtenir autrement. Il s'ensuit que sa preuve contre l'accusé se trouve nécessairement renforcée par suite de la violation. [...] Par contre, lorsque la violation de la *Charte* a simplement pour effet de situer ou d'identifier une preuve déjà existante, la valeur ultime de la preuve de la poursuite n'est pas nécessairement renforcée de cette façon. Le fait que la preuve existait déjà signifie qu'elle aurait pu être découverte de toute façon. Dans ce cas, l'accusé n'est pas obligé, au procès, de faire face à une preuve à laquelle il n'aurait pas été obligé de faire face si ses droits garantis par la *Charte* avaient été respectés. [Je souligne.]

La participation de l'accusé qui fournit une preuve incriminante dans le contexte d'une violation de ses droits en vertu de la *Charte* est l'ingrédient qui tend à rendre le procès inéquitable puisque l'accusé n'a aucune obligation d'aider le ministère public à obtenir une déclaration de culpabilité. Voir *R. c. Genest*, [1989] 1 R.C.S. 59, à la p. 83. Les graves violations de la *Charte* qui n'impliquent aucune participation de l'accusé peuvent entraîner l'exclusion de la preuve sous le second volet du critère énoncé dans *Collins*.

My colleague accepts the *Collins* test and that its application would satisfy the hypothetical reasonable person. Specifically, she does not criticize the principle that the admission of evidence that would render the trial unfair would bring the administration of justice into disrepute. A fair trial is the *sine qua non* of our justice system and it is hard to conceive of a situation in which it could be said that an unfair trial resulting in a conviction did not depreciate the repute of our system of justice. My colleague's criticism is with respect to the kind of evidence that can result in an unfair trial. In her view, only the admission of evidence that is not reliable by reason of some connection with state action amounting to a *Charter* breach can render the trial unfair (the "reliability principle"). Other state conduct which runs afoul of common law and *Charter* protections is grouped under the "fairness principle". The fairness principle "recognizes the vital importance in ensuring that the state treat each individual in accordance with basic principles of decency and fair play" but violation of the fairness principle cannot render the trial unfair. A violation of the fairness principle may in certain circumstances result in the exclusion of evidence provided that the breach of the *Charter* protection is so serious that its admission would bring the administration of justice into disrepute.

I have great difficulty in appreciating how the application of these two principles as suggested by my colleague constitutes a return to *Collins*. Nowhere in *Collins* is the fairness of the trial equated with the reliability of the evidence. The description used in *Collins* as to the kind of evidence that could render a trial unfair was "a confession or other evidence emanating from him" (p. 284). Leaving aside the words "or other evidence emanating from him", even the admissibility of a "confession" is not determined solely on the basis of reliability. Prior to the *Charter* and at common law, reliability ceased to be the exclusive basis for excluding confessions. See *Rothman v.*

146

Ma collègue accepte le critère de l'arrêt *Collins* et admet que son application satisferait l'hypothétique personne raisonnable. Particulièrement, elle ne critique pas le principe suivant lequel l'utilisation de la preuve qui rendrait le procès inéquitable est susceptible de déconsidérer l'administration de la justice. Un procès équitable est une condition *sine qua non* de notre système de justice et on peut difficilement imaginer une situation où l'on pourrait soutenir qu'une déclaration de culpabilité prononcée au terme d'un procès inéquitable ne déconsidère pas l'administration de la justice. Les critiques de ma collègue concernent la nature de la preuve qui peut rendre un procès inéquitable. À son avis, seule l'utilisation d'éléments de preuve qui ne sont pas fiables en raison de l'existence d'un lien avec la mesure de l'État qui constitue une violation de la *Charte* peut rendre le procès inéquitable (le «principe de la fiabilité»). Les autres mesures de l'État qui contreviennent aux garanties qu'offrent la common law et la *Charte* sont réunies sous le «principe de l'équité». Le principe de l'équité «reconnaît l'importance vitale de garantir que l'État traite chaque individu conformément aux principes fondamentaux de la décence et du franc-jeu», mais la violation du principe d'équité ne peut rendre le procès inéquitable. La violation du principe de l'équité peut, dans certaines circonstances, entraîner l'exclusion de la preuve si la violation de la garantie offerte par la *Charte* est grave au point que l'utilisation de cette preuve est susceptible de déconsidérer l'administration de la justice.

J'ai énormément de difficulté à voir comment l'application de ces deux principes, comme ma collègue le suggère, constitue un retour à l'arrêt *Collins*. Nulle part dans *Collins* l'équité du procès n'est associée à la fiabilité de la preuve. La description dans *Collins* de la catégorie de preuve qui pourrait rendre le procès inéquitable était «une confession ou d'autres preuves émanant de [l'accusé]» (p. 284). Indépendamment des mots «autres preuves émanant de [l'accusé]», même l'admissibilité d'une «confession» n'est pas déterminée uniquement sur le fondement de sa fiabilité. Avant l'avènement de la *Charte*, et en common law, la fiabilité a cessé d'être l'unique motif d'exclusion

The Queen, [1981] 1 S.C.R. 640, *R. v. Hebert*, [1990] 2 S.C.R. 151, especially at p. 207, *R. v. Whittle*, [1994] 2 S.C.R. 914, at p. 932, and *R. v. Sang*, [1980] A.C. 402. It could hardly be suggested that exclusion of involuntary confessions did not relate to the fairness of the trial. The reliability principle would, therefore, impose a more restrictive exclusionary rule than that which existed at common law. Its preoccupation with the probative value of the evidence would also appear to be a close relative of the rule in *R. v. Wray*, [1971] S.C.R. 272. At page 293, Martland J. stated:

... the exercise of a discretion by the trial judge arises only if the admission of the evidence would operate unfairly. The allowance of admissible evidence relevant to the issue before the court and of substantial probative value may operate unfortunately for the accused, but not unfairly. It is only the allowance of evidence gravely prejudicial to the accused, the admissibility of which is tenuous, and whose probative force in relation to the main issue before the court is trifling, which can be said to operate unfairly.

Wray was widely criticized, has not been followed by this Court and was not the basis for the exclusionary power adopted by the *Charter* in s. 24(2). See Anne McLellan and Bruce Elman, "The Enforcement of the Canadian Charter of Rights and Freedoms: An Analysis of Section 24" (1983), 21 *Alta. L. Rev.* 205, at p. 230; Penney, *supra*, at p. 794; *R. v. S. (R.J.)*, [1995] 1 S.C.R. 451, *per* L'Heureux-Dubé J., at pp. 583-84.

des confessions. Voir *Rothman c. La Reine*, [1981] 1 R.C.S. 640, *R. c. Hebert*, [1990] 2 R.C.S. 151, en particulier à la p. 207, *R. c. Whittle*, [1994] 2 R.C.S. 914, à la p. 932, et *R. c. Sang*, [1980] A.C. 402. On ne peut certainement pas dire que l'exclusion de confessions faites involontairement n'a rien à voir avec l'équité du procès. Le principe de la fiabilité imposerait par conséquent une règle d'exclusion plus stricte que celle qui existait en common law. Le fait que ce principe soit axé sur la valeur probante de la preuve l'apparenterait également à la règle énoncée dans *R. c. Wray*, [1971] R.C.S. 272, où le juge Martland a écrit, à la p. 293:

... il n'y a lieu pour le juge de première instance d'exercer ce pouvoir discrétionnaire que s'il y est inéquitable de recevoir la preuve. Recevoir une preuve pertinente à la question en litige et de grande force probante peut avoir un effet défavorable à l'accusé, sans être inéquitable. C'est seulement le fait de recevoir une preuve fortement préjudiciable à l'accusé et dont la recevabilité tient à une subtilité, mais dont la valeur probante à l'égard de la question fondamentale en litige est insignifiante, qui peut être considéré comme inéquitable.

L'arrêt *Wray*, fort critiqué, n'a pas été suivi par notre Cour, et il n'est pas à l'origine de l'adoption du pouvoir d'exclusion prévu au par. 24(2) de la *Charte*. Voir Anne McLellan et Bruce Elman, «The Enforcement of the Canadian Charter of Rights and Freedoms: An Analysis of Section 24» (1983), 21 *Alta. L. Rev.* 205, à la p. 230; Penney, *loc. cit.*, à la p. 794; *R. c. S. (R.J.)*, [1995] 1 R.C.S. 451, les motifs du juge L'Heureux-Dubé, aux pp. 583 et 584.

Il est inexact de qualifier le premier volet du critère énoncé dans *Collins* de règle d'exclusion automatique relativement à tous les éléments de preuve auto-incriminants. Si la conclusion que l'utilisation d'éléments de preuve obtenus illégalement rendrait le procès inéquitable entraîne l'exclusion, la Cour doit d'abord conclure qu'«*eu égard aux circonstances*» l'utilisation des éléments de preuve rendrait le procès inéquitable.

Les arrêts *R. c. Tremblay*, [1987] 2 R.C.S. 435, et *R. c. Mohl*, [1989] 1 R.C.S. 1389, illustrent certaines circonstances dont on peut tenir compte

It is not accurate to characterize the first branch of the *Collins* test as an automatic rule of exclusion with respect to all self-incriminating evidence. While a finding that admission of illegally obtained evidence would render the trial unfair will result in exclusion, the Court must first conclude that "in all the circumstances" the admission of the evidence would render the trial unfair.

R. v. Tremblay, [1987] 2 S.C.R. 435, and *R. v. Mohl*, [1989] 1 S.C.R. 1389, illustrate the kinds of circumstances that can be taken into account to

secure admission of the evidence even in the case of a breach of the right to counsel under s. 10(b) of the *Charter*.

Discoverability

The discoverability or “but for” test which my colleague criticizes can also be traced to *Collins*. At page 285, Lamer J. stated that, in relation to the factors relating to the fairness of the trial, “[i]t may also be relevant, in certain circumstances, that the evidence would have been obtained in any event without the violation of the *Charter*”. In *R. v. Ross*, *supra*, in relation to evidence that could be classed as real evidence, he observed that the fairness of the trial would be affected by “the use of any evidence that could not have been obtained but for the participation of the accused” [emphasis added]. In *R. v. Dersch*, [1993] 3 S.C.R. 768, at p. 781, my colleague L’Heureux-Dubé J. states:

Pursuant to *Collins*, *supra*, the admission of evidence that would have been unlikely to have been discovered, had the *Charter* violation not occurred, severely affects the fairness of the trial. On the other hand, if the evidence had been discoverable regardless of the *Charter* violation, the fairness of the trial will not be influenced.

While the Court has not decided the extent to which discoverability is relevant in all aspects of the *Collins* test, it has been applied to admit evidence (*R. v. Black*, [1989] 2 S.C.R. 138) as well as to exclude evidence (*R. v. Mellenthin*, [1992] 3 S.C.R. 615).

The distinction that was made in *Collins* between real evidence and evidence emanating from the accused was based, at least in part, on the rationale that real evidence (or things) can be discovered without the participation of the accused. They pre-existed the state action which is called into question, and were there to be discovered by investigative means not involving the accused. In a situation such as *R. v. Ross* in which this distinction is blurred, discoverability has been used to

pour obtenir l’utilisation d’éléments de preuve même dans le cas d’une violation du droit à l’assistance d’un avocat, garanti par l’al. 10b) de la *Charte*.

La possibilité de découvrir la preuve

Le critère de la possibilité de découverte ou critère du «n’eût été», que ma collègue critique, peut également être relié à l’arrêt *Collins*. À la p. 285, le juge Lamer écrit ceci en ce qui concerne les facteurs relatifs à l’équité du procès: «[D]ans certaines circonstances, il peut également être pertinent de savoir que les éléments de preuve auraient été obtenus de toute façon sans violation de la *Charte*». Dans l’arrêt *R. c. Ross*, précité, relativement à la preuve qui pourrait être qualifiée de preuve matérielle, il a fait remarquer que l’équité du procès serait compromise par l’«utilisation de tout élément de preuve qu’on n’aurait pas pu obtenir sans la participation de l’accusé» [je souligne]. Dans l’arrêt *R. c. Dersch*, [1993] 3 R.C.S. 768, à la p. 781, ma collègue le juge L’Heureux-Dubé écrit:

Conformément à l’arrêt *Collins*, précité, l’utilisation d’une preuve qui n’aurait vraisemblablement pas été découverte, n’eût été la violation de la *Charte*, porte gravement atteinte à l’équité du procès. Par ailleurs, si la preuve pouvait être découverte indépendamment de la violation de la *Charte*, l’équité du procès n’en serait pas compromise.

Si la Cour ne s’est pas prononcée sur la pertinence de la possibilité de découverte relativement à tous les aspects du critère énoncé dans l’arrêt *Collins*, on a tenu compte de cet élément pour admettre des éléments de preuve (*R. c. Black*, [1989] 2 R.C.S. 138) et pour en exclure (*R. c. Mellenthin*, [1992] 3 R.C.S. 615).

La distinction établie dans *Collins* entre la preuve matérielle et la preuve émanant de l’accusé était fondée, du moins en partie, sur le fait que la preuve matérielle (ou les objets) peut être découverte sans la participation de l’accusé. Cette preuve préexistait à l’action contestée de l’État, et pouvait être découverte par des moyens d’enquête ne faisant pas intervenir l’accusé. Dans un cas comme *R. c. Ross*, où cette distinction s’estompe, on a eu recours à la possibilité de découvrir la preuve pour

place the evidence in one or other of these two categories. If the evidence was discoverable without the participation of the accused, then it has the attributes of real evidence. Conversely, evidence that clearly emanates from the accused such as statements has not been subjected to the discoverability analysis. While it can be argued that when an accused has been denied the right to counsel under s. 10(b), an inquiry could be made as to whether the accused would have acted differently had his *Charter* rights been observed, the Court has generally refused to enter into such an inquiry. See *R. v. Strachan*, [1988] 2 S.C.R. 980, at p. 1002; *R. v. Elshaw*, [1991] 3 S.C.R. 24, at pp. 43-44; *R. v. Bartle*, [1994] 3 S.C.R. 173, at pp. 217-18. Unless the right to counsel is waived by the accused, such a breach generally results in the exclusion of the evidence.

153

Various proposals have been made as to the future direction that this Court should take with respect to s. 24(2). Some would favour an approach that is less exclusionary and others more exclusionary. It has been suggested that the distinction between real and other evidence be eliminated as well as any distinction between the nature of the *Charter* right that has been infringed. See Deslisle, *supra*. It has been proposed that the distinction based on participation of the accused be eliminated, and that discoverability be the main touchstone of admissibility (*R. v. Meddoui* (1990), 61 C.C.C. (3d) 345, at p. 364). See Quigley and Colvin, *supra*.

154

While we have not rushed in to adopt every current theory on the application of s. 24(2), these are serious proposals that have been and should be taken into account in the incremental evolution of the jurisprudence in this area. Accordingly, as my colleague Iacobucci J. points out, the distinction between real and conscriptive evidence is not treated as determinative and greater emphasis has been placed on the discoverability or "but for" test. See *Mellenthin*, *supra*. In my opinion, we should proceed to develop the law relating to s. 24(2) on this basis rather than adopt the new approach advo-

classer la preuve dans l'une ou l'autre de ces deux catégories. Si la preuve pouvait être découverte sans la participation de l'accusé, alors elle présentait les attributs de la preuve matérielle. À l'inverse, la preuve émanant clairement de l'accusé, comme les déclarations, n'a pas été soumise à l'analyse de la possibilité de découverte. On peut soutenir que, lorsqu'est enfreint le droit d'un accusé à l'assistance d'un avocat garanti à l'al. 10b), on peut se demander si l'accusé aurait agi différemment si ses droits en vertu de la *Charte* avaient été respectés. Toutefois, de façon générale, la Cour a refusé d'effectuer une telle analyse. Voir *R. c. Strachan*, [1988] 2 R.C.S. 980, à la p. 1002; *R. c. Elshaw*, [1991] 3 R.C.S. 24, aux pp. 43 et 44; *R. c. Bartle*, [1994] 3 R.C.S. 173, aux pp. 217 et 218. Une telle violation entraîne généralement l'exclusion de la preuve, sauf si l'accusé a renoncé à son droit à l'assistance d'un avocat.

Diverses propositions ont été avancées quant à la direction que devrait prendre notre Cour relativement au par. 24(2). Certains préfèrent une conception qui tend moins vers l'exclusion, d'autres une conception qui tend plus vers l'exclusion. On a proposé d'éliminer la distinction entre la preuve réelle et d'autres formes de preuve, ainsi que toute distinction quant à la nature du droit garanti par la *Charte* qui a été violé. Voir Deslisle, *loc. cit.* On a proposé aussi que la distinction fondée sur la participation de l'accusé soit éliminée, et que la possibilité de découvrir la preuve constitue la principale pierre de touche de l'admissibilité (*R. c. Meddoui* (1990), 61 C.C.C. (3d) 345, à la p. 364). Voir Quigley et Colvin, *loc. cit.*

Si nous ne nous sommes pas empressés d'adopter chaque nouvelle théorie sur l'application du par. 24(2), ce sont là des propositions sérieuses qui ont été, et devraient être considérées dans l'évolution de la jurisprudence dans ce domaine. Par conséquent, comme mon collègue le juge Iacobucci le souligne, la distinction entre la preuve matérielle et la preuve obtenue en mobilisant l'accusé contre lui-même n'est pas vue comme déterminante, et on a davantage tenu compte du critère de la possibilité de découvrir la preuve, ou critère du «n'eût été». Voir *Mellenthin*, précité. À mon avis, nous

cated by my colleague L'Heureux-Dubé J. In my view, our approach to date is more consistent with *Collins* and therefore with *stare decisis*. Moreover, I believe it strikes the appropriate balance between a restrictive versus a liberal exclusionary rule, and therefore is more faithful to the values that the *Charter* protects.

devrions élaborer le droit relatif au par. 24(2) sur ce fondement plutôt que d'adopter la nouvelle position avancée par ma collègue le juge L'Heureux-Dubé. À mon avis, notre position actuelle est plus conforme à l'arrêt *Collins* et, partant, au *stare decisis*. Par ailleurs, j'estime que notre position établit un juste équilibre entre une règle d'exclusion stricte et une règle d'exclusion généreuse, et qu'elle est donc plus fidèle aux valeurs que la *Charte* protège.

The following are the reasons delivered by

GONTHIER J.— I have had the benefit of the reasons of Justices L'Heureux-Dubé, Sopinka and Iacobucci. I consider that those of L'Heureux-Dubé J., read together with the comments of Sopinka J., contribute to a proper understanding of the principles governing the exclusion of evidence under s. 24(2) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. I am in agreement with Iacobucci J. that the accused's statement to Ms. Hall is to be excluded as well as the gun and its location, the discovery of which could be made possible by this statement. The making of this statement which recounted the carrying out by the accused of his part of the deal made with the police officers was intimately connected to that deal which was obtained through the highly egregious conduct of the police officers in pressing the accused to confess and systematically undermining the role of defence counsel. This conduct was a *Charter* violation of the most serious kind, bringing into play both the Reliability and the Fairness Principles referred to by L'Heureux-Dubé J. though other evidence served to allay concern as to reliability. The charge of first degree murder is, it is true, one of the most serious known to the criminal law. In the circumstances, however, it is my view that the admission of this evidence would tend to bring the administration of justice into disrepute in the eyes of a reasonable person, dispassionate and fully apprised of the circumstances. The evidence should therefore be excluded. The accused must be tried for his crime but without having to face evidence which is the product of egregious police misconduct.

Version française des motifs rendus par

LE JUGE GONTHIER — J'ai pris connaissance des motifs des juges L'Heureux-Dubé, Sopinka et Iacobucci. Je considère que les motifs du juge L'Heureux-Dubé, conjugués aux observations du juge Sopinka, permettent de bien comprendre les principes qui régissent l'exclusion d'éléments de preuve en vertu du par. 24(2) de la *Charte canadienne des droits et libertés*. Je conviens avec le juge Iacobucci qu'il faut écarter la déclaration de l'accusé à Mme Hall, de même que l'arme à feu et l'endroit où elle se trouvait, que celle-ci a permis de découvrir. Cette déclaration, dans laquelle l'accusé a raconté la façon dont il s'était acquitté de sa part du marché avec les policiers, était étroitement liée à ce marché qui a été conclu grâce à l'inconduite très grave dont les policiers ont fait preuve en pressant l'accusé de passer aux aveux et en minant systématiquement le rôle de l'avocat de la défense. Il s'agissait là d'une violation des plus sérieuses de la *Charte*, qui mettait en cause les principes de la fiabilité et de l'équité mentionnés par le juge L'Heureux-Dubé, même si d'autres éléments de preuve permettaient de dissiper des préoccupations quant à la fiabilité. L'accusation de meurtre au premier degré est certes l'une des plus graves que l'on connaisse en droit criminel. Dans les circonstances, toutefois, je suis d'avis que l'utilisation des éléments de preuve en question est susceptible de déconsidérer l'administration de la justice aux yeux d'une personne raisonnable, objective et pleinement informée des circonstances. Il y a donc lieu d'écarter ces éléments de preuve. L'accusé doit être jugé pour son crime mais sans avoir à faire face à une preuve obtenue grâce à l'inconduite manifeste des policiers.

156

At the same time, in agreement with the reasons of Iacobucci J., I am not prepared to apply the curative provision of s. 686(1)(b)(iii) of the *Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46. The extreme egregious conduct of the police in this case casts a pall on the perception of fairness of the whole trial process and constituted a substantial wrong for which the proper remedy is a new trial. While miscarriage of justice in s. 686(1)(b)(iii) may focus on avoiding conviction of the innocent, substantial wrong (which, I note, does not appear in s. 686(1)(a)(iii)) may be more encompassing.

157

I therefore concur in the disposition of this appeal by Iacobucci J.

Appeal allowed, L'HEUREUX-DUBÉ J. dissenting in part.

Solicitor for the appellant: Sheldon Goldberg, Vancouver.

Solicitor for the respondent: The Ministry of the Attorney General, Vancouver.

En même temps, à l'instar du juge Iacobucci, je ne suis pas disposé à appliquer la disposition réparatrice du sous-al. 686(1)b(iii) du *Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46. L'inconduite très grave de la police en l'espèce ternit l'image d'équité de tout le procès et a causé un tort important qu'il convient de réparer par la tenue d'un nouveau procès. Si l'erreur judiciaire grave, dont il est question au sous-al. 686(1)b(iii), peut avoir pour objet d'éviter toute déclaration de culpabilité d'une personne innocente, le tort important (qui, je le souligne, n'est pas mentionné au sous-al. 686(1)a(iii)) peut englober davantage.

Je souscris donc à la façon dont le juge Iacobucci statue sur le présent pourvoi.

Pourvoi accueilli, le juge L'HEUREUX-DUBÉ est dissidente en partie.

Procureur de l'appelant: Sheldon Goldberg, Vancouver.

Procureur de l'intimée: Le ministère du Procureur général, Vancouver.