

Neil Gerald Hebert *Appellant*

v.

Her Majesty The Queen *Respondent*

INDEXED AS: R. v. HEBERT

File No.: 21161.

1989: November 8; 1990: June 21.

Present: Dickson C.J. and Lamer, Wilson, La Forest, L'Heureux-Dubé, Sopinka, Gonthier, Cory and McLachlin JJ.

ON APPEAL FOR THE COURT OF APPEAL FOR THE YUKON TERRITORY

Constitutional law — Charter of Rights — Fundamental justice — Right to silence — Scope of right to silence — Accused refusing to make statements to police after consulting counsel — Accused later making inculpatory statements to undercover police officer placed in his cell — Whether accused's right to remain silent infringed — If so, whether statements admissible — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 7, 24(2).

Constitutional law — Charter of Rights — Waiver — Right to silence — Whether doctrine of waiver applies to right to silence — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 7.

Constitutional law — Charter of Rights — Reasonable limits — Accused refusing to make statements to police after consulting counsel — Accused later making inculpatory statements to undercover police officer placed in his cell — Violation of accused's right to remain silent — Whether limit imposed on accused's right to remain silent "prescribed by law" within the meaning of s. 1 of the Canadian Charter of Rights and Freedoms.

Constitutional law — Charter of Rights — Admissibility of evidence — Bringing administration of justice into disrepute — Accused refusing to make statements to police after consulting counsel — Accused later making inculpatory statements to undercover police officer placed in his cell — Violation of accused's right to remain silent — Whether statements should be excluded pursuant to s. 24(2) of the Canadian Charter of Rights and Freedoms.

Neil Gerald Hebert *Appellant*

c.

Sa Majesté la Reine *Intimée*

a

RÉPERTORIÉ: R. C. HEBERT

Nº du greffe: 21161.

b

1989: 8 novembre; 1990: 21 juin.

Présents: Le juge en chef Dickson et les juges Lamer, Wilson, La Forest, L'Heureux-Dubé, Sopinka, Gonthier, Cory et McLachlin.

c EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DU TERRITOIRE DU YUKON

Droit constitutionnel — Charte des droits — Justice fondamentale — Droit de garder le silence — Portée du droit de garder le silence — Refus de l'accusé de faire des déclarations aux policiers après avoir consulté un avocat — Déclarations incriminantes faites ultérieurement par l'accusé à un agent de police banalisé placé dans sa cellule — Le droit de l'accusé de garder le silence a-t-il été violé? — Dans l'affirmative, les déclarations sont-elles recevables? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 7, 24(2).

Droit constitutionnel — Charte des droits — Renonciation — Droit de garder le silence — La doctrine de la renonciation s'applique-t-elle au droit de garder le silence? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 7.

Droit constitutionnel — Charte des droits — Limites raisonnables — Refus de l'accusé de faire des déclarations aux policiers après avoir consulté un avocat — Déclarations incriminantes faites ultérieurement par l'accusé à un agent de police banalisé placé dans sa cellule — Violation du droit de l'accusé de garder le silence — La limite imposée au droit de l'accusé de garder le silence est-elle une limite prescrite par une règle de droit au sens de l'article premier de la Charte canadienne des droits et libertés?

Droit constitutionnel — Charte des droits — Admissibilité de la preuve — Déconsidération de l'administration de la justice — Refus de l'accusé de faire des déclarations aux policiers après avoir consulté un avocat — Déclarations incriminantes faites ultérieurement par l'accusé à un agent de police banalisé placé dans sa cellule — Violation du droit de l'accusé de garder le silence — Les déclarations devraient-elles être écartées en application de l'art. 24(2) de la Charte canadienne des droits et libertés?

Evidence — Confessions — Admissibility — Accused refusing to make statements to police after consulting counsel — Accused later making inculpatory statements to undercover police officer placed in his cell — Violation of accused's right to remain silent — Whether statements admissible — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 24(2).

The accused was arrested on a charge of robbery and informed upon arrest of his right to counsel. At the police station, after consulting counsel, he advised the police that he did not wish to make a statement. The accused was then placed in a cell with an undercover police officer posing as a suspect under arrest by police. The officer engaged the accused in conversation, during which the accused made various incriminating statements implicating him in the robbery. Prior to trial, there was a *voir dire* to determine the admissibility of these statements. The judge held that the accused's right to counsel under s. 10(b) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* and his right to remain silent asserted under s. 7 of the *Charter* had been violated and excluded the statements pursuant to s. 24(2) of the *Charter*. The Crown offered no evidence, and the accused was later acquitted. The Court of Appeal set aside the accused's acquittal and ordered a new trial. The Court found that the police conduct did not violate the accused's right to counsel or his right to remain silent.

Held: The appeal should be allowed.

Per Dickson C.J. and Lamer, La Forest, L'Heureux-Dubé, Gonthier, Cory and McLachlin JJ.: Section 7 of the *Charter* accords a detained person a pre-trial right to remain silent, and the scope of that right extends beyond the narrow formulation of the confessions rule. The rules relating to the right to remain silent adopted by our legal system, such as the common law confessions rule and the privilege against self-incrimination, suggest that the scope of the right in the pre-trial detention period must be based on the fundamental concept of the suspect's right to freely choose whether to speak to the authorities or remain silent. This concept, which is accompanied by a correlative concern with the reputé and integrity of the judicial process, is consistent with the right to counsel and the right against self-incrimination affirmed by the *Charter*. It is also consistent with the *Charter's* approach to the question of improperly obtained evidence under s. 24(2) and with the underlying philosophy and purpose of the procedural guarantees the *Charter* enshrines—in particular in s. 7. That section

Preuve — Confessions — Recevabilité — Refus de l'accusé de faire des déclarations aux policiers après avoir consulté un avocat — Déclarations incriminantes faites ultérieurement par l'accusé à un agent de police banalisé placé dans sa cellule — Violation du droit de l'accusé de garder le silence — Les déclarations sont-elles recevables? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 24(2).

Au moment de son arrestation sur une accusation de vol qualifié, l'accusé a été informé de son droit à l'assistance d'un avocat. Au poste de police, l'accusé, après avoir consulté un avocat, a avisé les policiers qu'il ne voulait pas faire de déclaration. On a ensuite placé l'accusé dans une cellule avec un agent de police banalisé qui prétendait être un suspect arrêté par la police. L'agent a engagé la conversation avec l'accusé, et celui-ci a fait diverses déclarations incriminantes qui l'impliquaient dans le vol qualifié. Avant le début du procès, on a tenu un *voir-dire* pour déterminer la recevabilité de ces déclarations. Le juge du procès a conclu que le droit de l'accusé à l'assistance d'un avocat, prévu à l'art. 10b) de la *Charte canadienne des droits et libertés*, et son droit de garder le silence, invoqué en vertu de l'art. 7 de la *Charte*, avaient été violés, et il a écarté les déclarations en application du par. 24(2) de la *Charte*. Le ministère public n'a présenté aucune preuve et l'accusé a été acquitté. La Cour d'appel a annulé l'acquittement de l'accusé et ordonné la tenue d'un nouveau procès. La cour a conclu que la conduite des policiers n'a violé ni le droit de l'accusé à l'assistance d'un avocat ni son droit de garder le silence.

Arrêt: Le pourvoi est accueilli.

Le juge en chef Dickson et les juges Lamer, La Forest, L'Heureux-Dubé, Gonthier, Cory et McLachlin: L'article 7 de la *Charte* confère à une personne détenue le droit de garder le silence avant le procès et la portée de ce droit s'étend au-delà de la formulation étroite de la règle des confessions. Les règles applicables au droit de garder le silence, adoptées dans notre système juridique, comme la règle des confessions en common law et le privilège de ne pas s'incriminer, indiquent que la portée du droit pendant la détention avant le procès doit être fondée sur la notion fondamentale du droit du suspect de choisir de parler aux autorités ou de garder le silence. Cette notion, qui s'accompagne d'un souci correspondant de préserver l'intégrité du processus judiciaire et la considération dont il jouit, est compatible avec le droit à l'assistance d'un avocat et avec le droit de ne pas s'incriminer reconnus par la *Charte*. Elle est également compatible avec la façon dont la *Charte* aborde la question de la preuve obtenue de façon irrégulière, en vertu du par.

imposes limits on the power of the state over the detained person and seeks to effect a balance between their respective interests. Under s. 7, the state is not entitled to use its superior power to override the suspect's will and negate his choice to speak to the authority or to remain silent. The courts, therefore, must adopt an approach to pre-trial interrogation which emphasizes the right of a detained person to make a meaningful choice and which permits the rejection of statements which have been obtained unfairly in circumstances that violate that right of choice. The test to determine whether the suspect's choice has been violated is essentially objective. The focus of the inquiry under the *Charter* will be on the conduct of the authorities *vis-à-vis* the suspect. Further, since the right to remain silent under s. 7 is not an absolute right but must be qualified by considerations of the state interest and the repute of the judicial system, the *Clarkson* standard relating to waiver of a *Charter* right does not apply to the right to silence.

The scope of the right to silence, however, does not go as far as to prohibit police from obtaining confessions in all circumstances. The proposed approach to the s. 7 right to silence retains the objective approach to the confessions rule and would permit the rule to be subject to the following limits. First, there is nothing that prohibits the police from questioning an accused or a suspect in the absence of counsel after he has retained counsel. Police persuasion, short of denying the suspect the right to choose or of depriving him of an operating mind, does not breach the right to silence. Second, the right applies only after detention. Third, the right does not affect voluntary statements made to fellow cell mates. The violation of the suspect's rights occurs only when the Crown acts to subvert the suspect's constitutional right to choose not to make a statement to the authorities. Fourth, a distinction must be made between the use of undercover agents to observe the suspect, and the use of undercover agents to actively elicit information in violation of the suspect's choice to remain silent. Finally, even where a violation of the suspect's right is established, the evidence may, where appropriate, be admitted. Only if the court is satisfied that its reception would be likely to bring the administration of justice into disrepute can the evidence be rejected under s. 24(2) of the *Charter*. Where the police have acted with due care for the suspect's rights, it is unlikely that the statements they obtain will be held inadmissible.

24(2), et avec la philosophie et l'objet qui sous-tendent les garanties procédurales contenues dans la *Charte*—en particulier à l'art. 7. Cette disposition restreint le pouvoir de l'État sur la personne détenue et tente d'établir un équilibre entre leurs intérêts respectifs. En vertu de l'art. 7, l'État ne peut utiliser son pouvoir supérieur pour faire fi de la volonté du suspect et nier son choix de parler aux autorités ou de garder le silence. Les tribunaux doivent donc adopter à l'égard des interrogatoires qui précèdent le procès une démarche qui insiste sur le droit de la personne détenue de faire un choix utile et qui permette d'écartier les déclarations qui ont été obtenues de façon inéquitable dans des circonstances qui violent ce droit de choisir. Le critère permettant de déterminer si le choix du suspect a été violé est essentiellement objectif. Il faut, en vertu de la *Charte*, se concentrer sur la conduite des autorités vis-à-vis du suspect. De plus, puisque le droit de garder le silence en vertu de l'art. 7 n'est pas absolu mais doit être restreint par des considérations relatives à l'intérêt de l'État et à la considération dont jouit le système judiciaire, la norme de l'arrêt *Clarkson* relative à la renonciation à un droit conféré par la *Charte* ne s'applique pas au droit de garder le silence.

La portée du droit de garder le silence ne va pas cependant jusqu'à interdire à la police d'obtenir des confessions, dans toutes les circonstances. L'interprétation préconisée du droit de garder le silence, en vertu de l'art. 7, retient la conception objective de la règle des confessions et permettrait d'assujettir la règle aux limites suivantes. Premièrement, rien n'interdit aux policiers d'interroger l'accusé ou le suspect en l'absence de l'avocat après que l'accusé a eu recours à ses services. La persuasion policière qui ne prive pas le suspect de son droit de choisir ni de son état d'esprit conscient ne viole pas le droit de garder le silence. Deuxièmement, le droit ne s'applique qu'après la détention. Troisièmement, le droit ne porte pas atteinte aux déclarations faites volontairement à des compagnons de cellule. Il n'y a violation des droits du suspect que lorsque le ministère public agit de façon à miner le droit constitutionnel du suspect de choisir de ne pas faire de déclaration aux autorités. Quatrièmement, il faut faire une distinction entre le recours à des agents banalisés pour observer le suspect et le recours à des agents banalisés pour obtenir de façon active des renseignements contrairement au choix du suspect de garder le silence. Enfin, même lorsqu'une violation des droits du suspect est établie, la preuve obtenue peut, dans les circonstances appropriées, être utilisée. Ce n'est que si le tribunal est convaincu que sa réception est susceptible de déconsidérer l'administration de la justice que cette preuve peut être écartée en vertu du par. 24(2) de la *Charte*. Lorsque les policiers ont agi en respectant dûment les droits du suspect, il est peu probable que les déclarations obtenues soient déclarées irrecevables.

Here, the accused exercised his choice not to speak to the police and the police violated his right to remain silent under s. 7 of the *Charter* by using a trick to negate his decision. Section 1 of the *Charter* was inapplicable because the police conduct was not a limit "prescribed by law" within the meaning of that section.

The evidence obtained in breach of the accused's right under s. 7 should be excluded pursuant to s. 24(2) of the *Charter*. Where an accused is conscripted to give evidence against himself after clearly electing not to do so by use of an unfair trick practised by the authorities, and where the resultant statement is the only evidence against him, the reception of the evidence would render the trial unfair. The accused would be deprived of his presumption of innocence and would be placed in the position of having to take the stand if he wished to counter the damaging effect of the confession. Further, the *Charter* violation was a serious one as the conduct of the police was wilful and deliberate. Finally, while the exclusion of the evidence would result in an acquittal, since virtually the only evidence against the accused was his statement to the undercover policeman, it is clear in balancing the three factors set out in *Collins* that, under the present circumstances, it is the admission of the evidence, not its exclusion, that would bring the administration of justice into disrepute. It is contrary to the notions of fundamental justice to require an accused to secure his own conviction.

Per Wilson and Sopinka JJ.: The right to remain silent is an integral element of our system of criminal justice and has the status of a principle of fundamental justice within the meaning of s. 7 of the *Charter*. This right is distinct from the privilege against self-incrimination, which applies only in the course of proceedings. The content of the residual right to remain silent protected by s. 7 extends at least as far as the common law right. The content of the right at common law, however, should not be confused with the efficacy of its enforcement. The enforcement mechanisms available to judges at common law do not compare to those granted by s. 24 of the *Charter*, particularly the power to exclude evidence under s. 24(2). To define *Charter* rights only in accordance with the ultimate effectiveness of their common law and statutory antecedents would be to deny the supremacy of the Constitution.

The right to remain silent, which is designed to shield an accused from the unequal power of the prosecution, arises when the coercive power of the state is brought to

En l'espèce, l'accusé a exercé son choix de ne pas parler aux policiers et ceux-ci ont violé son droit de garder le silence, reconnu à l'art. 7 de la *Charte*, en usant d'un artifice pour contrecarrer sa décision. L'article premier de la *Charte* ne s'applique pas parce que la conduite policière n'est pas une limite prescrite par une règle de droit au sens de cet article.

b La preuve obtenue en violation du droit de l'accusé prévu à l'art. 7 devrait être écartée en application du par. 24(2) de la *Charte*. Lorsqu'un accusé est appelé à témoigner contre lui-même, après avoir clairement choisi de ne pas le faire, au moyen d'un artifice inéquitable utilisé par les autorités, et lorsque la déclaration qui en résulte est la seule preuve contre lui, la réception de cette preuve rendrait le procès inéquitable. L'accusé serait privé de sa présomption d'innocence et serait tenu de témoigner s'il voulait contrecarrer l'effet préjudiciable de la confession. En outre, la violation de la *Charte* est grave puisque la conduite des policiers était intentionnelle et délibérée. Enfin, même si l'exclusion de la preuve donnerait lieu à un acquittement puisqu'en pratique, la seule preuve contre l'accusé est la déclaration qu'il a faite à l'agent banalisé, il est clair qu'en soulevant les trois facteurs formulés dans l'arrêt *Collins*, c'est, dans les circonstances de l'espèce, l'utilisation de la preuve et non son exclusion qui déconsidérerait l'administration de la justice. Il est contraire aux notions de justice fondamentale que l'accusé soit tenu de se condamner lui-même.

g *Les juges Wilson et Sopinka:* Le droit de garder le silence fait partie intégrante de notre système de justice criminelle et constitue un principe de justice fondamentale au sens de l'art. 7 de la *Charte*. Ce droit est distinct du privilège de ne pas s'incriminer qui s'applique seulement au cours des procédures. Le contenu du droit résiduaire de garder le silence protégé par l'art. 7 a une portée au moins aussi large que le droit de common law. Il ne faut cependant pas confondre le contenu du droit en common law avec l'efficacité de son application. Les mécanismes d'application dont disposent les juges en common law ne sont pas comparables à ceux prévus par l'art. 24 de la *Charte*, particulièrement le pouvoir d'écartier une preuve en application du par. 24(2). Ne définir les droits reconnus par la *Charte* qu'en conformité avec l'efficacité ultime de ceux qui les ont précédés en common law ou dans les lois serait nier la suprématie de la Constitution.

j Le droit de garder le silence, qui a pour but de protéger un accusé du pouvoir inégal de la poursuite, prend naissance lorsque le pouvoir coercitif de l'État

bear against the individual, either formally (by arrest or charge) or informally (by detention or accusation). It is at this point that an adversary relationship comes to exist between the state and the individual. The right, however, does not avail against private individuals. Once the right to remain silent attaches, any communication between an accused and an agent of the state (including a suborned informer) is subject to the right and may proceed only if the accused waives the right; but communication between an accused and another private individual is not subject to the right.

In this case, the accused's right to remain silent under s. 7 of the *Charter* was violated. The undercover police officer "engaged the accused in conversation" after the latter was charged and while he was in custody. In light of the *Clarkson* standard relating to waiver of a *Charter* rights, the accused did not waive his right to remain silent by speaking to the undercover officer. The limiting effect on the accused's right to remain silent was not "prescribed by law", and it is therefore unnecessary to consider the application of s. 1 of the *Charter*.

The evidence of the incriminating statements elicited by the undercover police officer should be excluded pursuant to s. 24(2) of the *Charter*. The self-incriminating evidence sought to be adduced in this case, if admitted, would render the trial unfair and would bring the administration of justice into disrepute. It would strip the accused of the presumption of innocence and would place him in the invidious position of having to take the stand, contrary to the privilege against self-incrimination, in order to disclaim the confession. The good faith of the police officers, who arranged for the deception of the accused relying on the authority of *Rothman*, is not a significant factor in favour of receiving the evidence. Where impugned evidence falls afoul of the first set of factors set out in *Collins* (trial fairness), the admissibility of such evidence cannot be saved by resort to the second set of factors (the seriousness of the violation). These two sets of factors are alternative grounds for the exclusion of evidence, and not alternative grounds for the admission of evidence.

Per Wilson J.: The right to remain silent is a principle of fundamental justice within the meaning of s. 7 of the *Charter*. This right, which arises whenever the coercive power of the state is brought to bear upon the citizen, must be given a generous interpretation to fulfill its purpose. It is accordingly inappropriate to qualify it by balancing the interests of the state against it or by applying to it the considerations relevant to the admissi-

vient à être exercé contre l'individu, soit formellement (par l'arrestation ou l'inculpation) soit de façon informelle (par la détention ou l'accusation). C'est à ce moment qu'un rapport contradictoire naît entre l'État et l'individu. Cependant les particuliers ne peuvent invoquer le droit entre eux. Lorsque le droit de garder le silence s'applique, toute communication entre un accusé et un fonctionnaire de l'État (y compris un dénonciateur suborné) est assujettie au droit et ne peut avoir lieu que si l'accusé renonce au droit; mais la communication entre un accusé et un autre particulier n'est pas assujettie à ce droit.

En l'espèce, le droit de l'accusé de garder le silence en vertu de l'art. 7 de la *Charte* a été violé. L'agent de police banalisé «a engagé la conversation avec l'accusé» après son inculpation et pendant sa détention. Compte tenu de la norme formulée dans l'arrêt *Clarkson* relativement à la renonciation aux droits reconnus par la *Charte*, l'accusé n'a pas renoncé à son droit de garder le silence en parlant à l'agent banalisé. L'effet limitant le droit de l'appelant de garder le silence n'était pas prescrit par une règle de droit et il n'est donc pas nécessaire d'examiner l'application de l'article premier de la *Charte*.

La preuve des déclarations incriminantes obtenues par l'agent de police banalisé doit être écartée conformément au par. 24(2) de la *Charte*. L'utilisation de la preuve incriminante que l'on tente de produire en l'espèce rendrait le procès inéquitable et déconsidérerait l'administration de la justice. Elle priverait l'accusé de la présomption d'innocence et le placerait dans la situation inconfortable où il aurait à témoigner, contrairement au privilège de ne pas s'incriminer, pour démentir la confession. La bonne foi des policiers qui ont dupé l'accusé en se fondant sur l'arrêt *Rothman* n'est pas un facteur important en faveur de l'utilisation de la preuve. Lorsque la preuve contestée se heurte à la première série des facteurs énoncés dans l'arrêt *Collins* (l'équité du procès), la recevabilité de cette preuve ne peut être sauvegardée par un recours à la deuxième catégorie de facteurs (la gravité de la violation). Ces deux séries de facteurs sont des moyens facultatifs pour écarter la preuve et non des moyens facultatifs pour admettre la preuve.

Le juge Wilson: Le droit de garder le silence est un principe de justice fondamentale au sens de l'art. 7 de la *Charte*. Ce droit, qui prend naissance chaque fois que le pouvoir coercitif de l'État vient à être exercé sur le citoyen, doit recevoir une interprétation libérale pour réaliser son objet. Il ne convient donc pas qu'on le restreigne en le mettant en balance avec les intérêts de l'État ou en lui appliquant les considérations relatives à

bility of evidence set out in s. 24(2) of the *Charter*. In deciding whether or not the authorities have offended fundamental justice, it is essential to focus on the treatment of the accused and not on the objective of the state. It would be contrary to a purposive approach to the s. 7 right to inject justificatory considerations for putting limits upon it into the ascertainment of its scope or content. For the same reasons, it is inappropriate to merge the question whether statements elicited in violation of the s. 7 right should be admitted into evidence with the question whether the right has in fact been violated. The repute of the justice system has no bearing on whether the right to silence has been violated contrary to the principles of fundamental justice. Finally, the doctrine of waiver applies to the right to remain silent under s. 7 as it does to other rights in the *Charter*.

la recevabilité de la preuve énoncées au par. 24(2) de la *Charte*. Pour décider si les autorités ont violé la justice fondamentale, il est essentiel de se concentrer sur le traitement de l'accusé et non sur l'objectif de l'État. Il serait contraire à une conception du droit reconnu à l'art. 7, fondée sur l'objet visé, que de faire intervenir des considérations justificatives pour lui imposer des limites dans le processus de définition de sa portée ou de son contenu. Pour les mêmes motifs, il ne convient pas de fusionner la question de savoir si des déclarations obtenues en violation du droit reconnu à l'art. 7 devraient être utilisées en preuve et celle de savoir si, dans les faits, le droit a été violé. La considération dont jouit le système judiciaire n'a aucune incidence sur la question de savoir si le droit de garder le silence a été violé contrairement aux principes de justice fondamentale. Enfin, la doctrine de la renonciation s'applique au droit de garder le silence reconnu à l'art. 7 comme elle s'applique à d'autres droits reconnus par la *Charte*.

d Jurisprudence

Citée par le juge McLachlin

Cases Cited

By McLachlin J.

Distinguished: *Rothman v. The Queen*, [1981] 1 S.C.R. 640; *R. v. Wray*, [1971] S.C.R. 272; **referred to:** *R. v. Woolley* (1988), 40 C.C.C. (3d) 531; *Re B.C. Motor Vehicle Act*, [1985] 2 S.C.R. 486; *R. v. Therens*, [1985] 1 S.C.R. 613; *Commissioners of Customs & Excise v. Harz*, [1967] 1 All E.R. 177; *Ibrahim v. The King*, [1914] A.C. 599; *Horvath v. The Queen*, [1979] 2 S.C.R. 376; *Ward v. The Queen*, [1979] 2 S.C.R. 30; *Gach v. The King*, [1943] S.C.R. 250; *Boudreau v. The King*, [1949] S.C.R. 262; *R. v. Fitton*, [1956] S.C.R. 958; *R. v. McLeod* (1968), 5 C.R.N.S. 101; *R. v. McCorkell* (1964-65), 7 Crim. L.Q. 395; *R. v. Collins*, [1987] 1 S.C.R. 265; *Marcoux v. The Queen*, [1976] 1 S.C.R. 763; *Hunter v. Southam Inc.*, [1984] 2 S.C.R. 145; *Clarkson v. The Queen*, [1986] 1 S.C.R. 383; *Kuhlmann v. Wilson*, 477 U.S. 436 (1986); *R. v. Logan* (1988), 46 C.C.C. (3d) 354; *R. v. Thomsen*, [1988] 1 S.C.R. 640; *R. v. Clot (No. 1)* (1982), 69 C.C.C. (2d) 349.

By Sopinka J.

Referred to: *Rothman v. The Queen*, [1981] 1 S.C.R. 640; *Thomson Newspapers Ltd. v. Canada (Director of Investigation and Research, Restrictive Trade Practices Commission)*, [1990] 1 S.C.R. 425; *Curr v. The Queen*, [1972] S.C.R. 889; *Marcoux v. The Queen*, [1976] 1 S.C.R. 763; *R. v. Woolley* (1988), 40 C.C.C. (3d) 531; *R. v. Hansen* (1988), 46 C.C.C. (3d) 504; *R. v. Collins*, [1987] 1 S.C.R. 265; *R. v. Eden*, [1970] 3 C.C.C. 280; *R. v. Clarke* (1979), 33 N.S.R. (2d) 636; *R. v. Engel* (1981), 9 Man. R. (2d) 279; *R. v. Symonds* (1983), 9

Distinction d'avec les arrêts: *Rothman c. La Reine*, [1981] 1 R.C.S. 640; *R. c. Wray*, [1971] R.C.S. 272; **arrêts mentionnés:** *R. v. Woolley* (1988), 40 C.C.C. (3d) 531; *Renvoi: Motor Vehicle Act de la C.-B.*, [1985] 2 R.C.S. 486; *R. c. Therens*, [1985] 1 R.C.S. 613; *Commissioners of Customs & Excise v. Harz*, [1967] 1 All E.R. 177; *Ibrahim c. The King*, [1914] A.C. 599; *Horvath c. La Reine*, [1979] 2 R.C.S. 376; *Ward c. La Reine*, [1979] 2 R.C.S. 30; *Gach c. The King*, [1943] R.C.S. 250; *Boudreau c. The King*, [1949] R.C.S. 262; *R. v. Fitton*, [1956] R.C.S. 958; *R. v. McLeod* (1968), 5 C.R.N.S. 101; *R. v. McCorkell* (1964-65), 7 Crim. L.Q. 395; *R. c. Collins*, [1987] 1 R.C.S. 265; *Marcoux c. La Reine*, [1976] 1 R.C.S. 763; *Hunter c. Southam Inc.*, [1984] 2 R.C.S. 145; *Clarkson c. La Reine*, [1986] 1 R.C.S. 383; *Kuhlmann c. Wilson*, 477 U.S. 436 (1986); *R. v. Logan* (1988), 46 C.C.C. (3d) 354; *R. c. Thomsen*, [1988] 1 R.C.S. 640; *R. v. Clot* (1982), 27 C.R. (3d) 324.

Citée par le juge Sopinka

Arrêts mentionnés: *Rothman c. La Reine*, [1981] 1 R.C.S. 640; *Thomson Newspapers Ltd. c. Canada (Directeur des enquêtes et recherches, Commission sur les pratiques restrictives du commerce)*, [1990] 1 R.C.S. 425; *Curr c. La Reine*, [1972] R.C.S. 889; *Marcoux c. La Reine*, [1976] 1 R.C.S. 763; *R. v. Woolley* (1988), 40 C.C.C. (3d) 531; *R. v. Hansen* (1988), 46 C.C.C. (3d) 504; *R. c. Collins*, [1987] 1 R.C.S. 265; *R. v. Eden*, [1970] 3 C.C.C. 280; *R. v. Clarke* (1979), 33 N.S.R. (2d) 636; *R. v. Engel* (1981), 9 Man. R. (2d) 279; *R. v.*

C.C.C. (3d) 225; *R. v. Minhas* (1986), 53 C.R. (3d) 128; *R. v. Christie*, [1914] A.C. 545; *Stein v. The King*, [1928] S.C.R. 553; *Chadelaine v. The King*, [1935] S.C.R. 53; *Hall v. The Queen*, [1971] 1 All E.R. 322; *Bessela v. Stern* (1877), 2 C.P.D. 265; *MacKenzie v. Commer* (1973), 44 D.L.R. (3d) 473; *R. v. Esposito* (1985), 24 C.C.C. (3d) 88; *R. v. St. Lawrence*, [1949] O.R. 215; *R. v. Wray*, [1971] S.C.R. 272; *Ibrahim v. The King*, [1914] A.C. 599; *Dubois v. The Queen*, [1985] 2 S.C.R. 350; *Taggart v. R.* (1980), 13 C.R. (3d) 179; *Miranda v. Arizona*, 384 U.S. 436 (1966); *Massiah v. United States*, 377 U.S. 201 (1964); *United States v. Henry*, 447 U.S. 264 (1980); *Kuhlmann v. Wilson*, 477 U.S. 436 (1986); *Hoffa v. United States*, 385 U.S. 293 (1966); *Parkes v. The Queen*, [1976] 1 W.L.R. 1251; *RWDSU v. Dolphin Delivery Inc.*, [1986] 2 S.C.R. 573; *R. v. Hicks* (1988), 42 C.C.C. (3d) 394 (Ont. C.A.), aff'd [1990] 1 R.C.S. 120; *R. v. Thatcher*, [1987] 1 S.C.R. 652; *R. v. Smith, Wilson and Quesnelle*, Ont. S.C., November 5, 1987; *R. v. Duarte*, [1990] 1 S.C.R. 30; *Clarkson v. The Queen*, [1986] 1 S.C.R. 383; *R. v. Manninen*, [1987] 1 S.C.R. 1233; *R. v. Conway*, [1989] 1 S.C.R. 1659; *R. v. Turpin*, [1989] 1 S.C.R. 1296; *R. v. Therens*, [1985] 1 S.C.R. 613; *R. v. Thomsen*, [1988] 1 S.C.R. 640; *R. v. Ross*, [1989] 1 S.C.R. 3; *R. v. Black*, [1989] 2 S.C.R. 138.

By Wilson J.

Referred to: *R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 S.C.R. 295.

Statutes and Regulations Cited

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

Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, s. 303 [am. 1972, c. 13, s. 70].

Authors Cited

Cross, Sir Rupert. *Cross on Evidence*, 6th ed. By Sir Rupert Cross and Colin Tapper. London: Butterworths, 1985.

Freedman, Samuel. "Admissions and Confessions". In Roger E. Salhany and Robert J. Carter, eds., *Studies in Canadian Criminal Evidence*. Toronto: Butterworths, 1972.

Galligan, D. J. "The Right to Silence Reconsidered" (1988), 41 C.L.P. 69.

Harris, M. H. "Concerning Statements to Police Officers" (1964-65), 7 Crim. L.Q. 395.

Kaufman, Fred. *The Admissibility of Confessions*, 3rd ed. Toronto: Carswells, 1979.

Kaufman, Fred. *The Admissibility of Confessions*. Third supplement (cumulative) to the third edition. Toronto: Carswells, 1986.

Symonds (1983), 9 C.C.C. (3d) 225; *R. v. Minhas* (1986), 53 C.R. (3d) 128; *R. v. Christie*, [1914] A.C. 545; *Stein v. The King*, [1928] R.C.S. 553; *Chadelaine v. The King*, [1935] R.C.S. 53; *Hall v. The Queen*, [1971] 1 All E.R. 322; *Bessela v. Stern* (1877), 2 C.P.D. 265; *MacKenzie v. Commer* (1973), 44 D.L.R. (3d) 473; *R. v. Esposito* (1985), 24 C.C.C. (3d) 88; *R. v. St. Lawrence*, [1949] O.R. 215; *R. v. Wray*, [1971] R.C.S. 272; *Ibrahim v. The King*, [1914] A.C. 599; *Dubois e. La Reine*, [1985] 2 R.C.S. 350; *Taggart v. R.* (1980), 13 C.R. (3d) 179; *Miranda v. Arizona*, 384 U.S. 436 (1966); *Massiah v. United States*, 377 U.S. 201 (1964); *United States v. Henry*, 447 U.S. 264 (1980); *Kuhlmann v. Wilson*, 477 U.S. 436 (1986); *Hoffa v. United States*, 385 U.S. 293 (1966); *Parkes v. The Queen*, [1976] 1 W.L.R. 1251; *SDGMR c. Dolphin Delivery Inc.*, [1986] 2 R.C.S. 573; *R. v. Hicks* (1988), 42 C.C.C. (3d) 394 (C.A. Ont.), conf. [1990] 1 R.C.S. 120; *R. c. Thatcher*, [1987] 1 R.C.S. 652; *R. v. Smith, Wilson and Quesnelle*, C.S. Ont., 5 novembre 1987; *R. c. Duarte*, [1990] 1 R.C.S. 30; *Clarkson c. La Reine*, [1986] 1 R.C.S. 383; *R. c. Manninen*, [1987] 1 R.C.S. 1233; *R. c. Conway*, [1989] 1 R.C.S. 1659; *R. c. Turpin*, [1989] 1 R.C.S. 1296; *R. c. Therens*, [1985] 1 R.C.S. 613; *R. c. Thomsen*, [1988] 1 R.C.S. 640; *R. c. Ross*, [1989] 1 R.C.S. 3; *R. c. Black*, [1989] 2 R.C.S. 138.

e Citée par le juge Wilson

Arrêt mentionné: *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 R.C.S. 295.

Lois et règlements cités

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

Code criminel, S.R.C. 1970, ch. C-34, art. 303 [mod. 1972, ch. 13, art. 70].

g Doctrine citée

Cross, Sir Rupert. *Cross on Evidence*, 6th ed. By Sir Rupert Cross and Colin Tapper. London: Butterworths, 1985.

h Freedman, Samuel. «Admissions and Confessions». In Roger E. Salhany and Robert J. Carter, eds., *Studies in Canadian Criminal Evidence*. Toronto: Butterworths, 1972.

Galligan, D. J. «The Right to Silence Reconsidered» (1988), 41 C.L.P. 69.

i Harris, M. H. «Concerning Statements to Police Officers» (1964-65), 7 Crim. L.Q. 395.

Kaufman, Fred. *The Admissibility of Confessions*, 3rd ed. Toronto: Carswells, 1979.

j Kaufman, Fred. *The Admissibility of Confessions*. Third supplement (cumulative) to the third edition. Toronto: Carswells, 1986.

Ratushny, Ed. "Is There a Right Against Self-Incrimination in Canada?" (1973), 19 *McGill L.J.* 1.

Ratushny, Ed. *Self-Incrimination in the Canadian Criminal Process*. Toronto: Carswells, 1979.

APPEAL from a judgment of the Yukon Court of Appeal (1988), 3 Y.R. 81, 29 B.C.L.R. (2d) 296, 43 C.C.C. (3d) 56, allowing the Crown's appeal from the accused's acquittal on a charge of robbery contrary to s. 303 of the *Criminal Code*. Appeal allowed.

Edward L. Greenspan, Q.C., and Paul S. O'Brien, for the appellant.

S. R. Fainstein, Q.C., and D. R. Beardall, for the respondent.

The judgment of Dickson C.J. and Lamer, La Forest, L'Heureux-Dubé, Gonthier, Cory and McLachlin JJ. was delivered by

MCLACHLIN J.—This case raises the issue of whether a statement made by a detained person to an undercover police officer violates the rights of the accused under the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*.

The Facts

The accused, after consulting counsel and advising the police that he did not wish to make a statement to them, was tricked into making a statement by the ruse of an undercover police officer placed in the cell to which he was taken. The question is whether this violates his rights under the *Charter* and if so, whether the trial judge was right in refusing to admit the statement in evidence.

The agreed statement of facts reads as follows:

1. On January 11, 1987 at approximately 6:00 a.m., a male person wearing a ski mask entered the Klondike Inn and approached the front desk clerk, and told the clerk to give him the money. He then raised a claw hammer in the air in a threatening motion and again demanded the money. The clerk complied, and passed over to the culprit the sum of \$180.00, the contents of the till. The culprit then told the clerk to wait ten minutes before calling the police, and fled

Ratushny, Ed. «Is There a Right Against Self-Incrimination in Canada?» (1973), 19 *McGill L.J.* 1.

Ratushny, Ed. *Self-Incrimination in the Canadian Criminal Process*. Toronto: Carswells, 1979.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel du Yukon (1988), 3 Y.R. 81, 29 B.C.L.R. (2d) 296, 43 C.C.C. (3d) 56, qui a accueilli l'appel interjeté par le ministère public contre l'acquittement de l'accusé d'une accusation de vol qualifié, en contravention de l'art. 303 du *Code criminel*. Pourvoi accueilli.

Edward L. Greenspan, c.r., et Paul S. O'Brien, pour l'appellant.

S. R. Fainstein, c.r., et D. R. Beardall, pour l'intimée.

Version française du jugement du juge en chef Dickson et des juges Lamer, La Forest, L'Heureux-Dubé, Gonthier, Cory et McLachlin rendu par

LE JUGE MCLACHLIN—Il s'agit en l'espèce de savoir si une déclaration faite par une personne en détention à un agent de police banalisé viole les droits que la *Charte canadienne des droits et libertés* reconnaît à l'accusé.

f Les faits

Après avoir consulté un avocat et avisé les policiers qu'il ne voulait pas faire de déclaration, l'accusé, par suite d'un artifice pratiqué par un agent de police banalisé placé dans la même cellule que lui, a fini par faire une déclaration. La question est de savoir s'il y a violation des droits que lui reconnaît la *Charte* et, le cas échéant, si le juge du procès a eu raison de refuser d'admettre la déclaration en preuve.

L'exposé conjoint des faits se lit ainsi:

[TRADUCTION]

- i 1. Le 11 janvier 1987, vers 6 h, un homme portant une cagoule de ski est entré au Klondike Inn et s'est approché du commis à la réception et lui a dit de lui donner l'argent. Il a ensuite brandi d'un geste menaçant un marteau à pied-de-biche et a demandé à nouveau l'argent. Le commis s'est exécuté et a remis à l'accusé la somme de 180 \$, le contenu de la caisse. L'accusé a ensuite dit au commis d'attendre dix minutes avant d'appeler la police et il s'est enfui des

the scene on foot. He was last seen heading in the direction of 4th Avenue.

2. In the course of the investigation over the next several months, police received confident [sic] information from three informants that the person responsible for the robbery was the accused, Neil Gerald HEBERT.

3. On April 15, 1987, at 8:42 p.m., the accused was located by the police in the lounge area of the Taku Hotel in Whitehorse. He was placed under arrest, advised of his right to retain and instruct counsel without delay, and taken to the R.C.M.P. Detachment.

4. Once at the Detachment, HEBERT contacted counsel and obtained advice from counsel regarding his right to refuse to give a statement.

5. The police were aware that HEBERT had contacted counsel and of the identity of that counsel.

6. After exercising his right to contact counsel, HEBERT was taken into an interview room by Constable Mike Stewart. He was given the usual police caution, and then told that the police wanted to know why he had done it. He indicated that he did not wish to make a statement.

7. He was then placed in a cell with Corporal Daun Miller, disguised in plainclothes, and posing as a suspect under arrest by police. While in the cell, Corporal Miller engaged the accused in conversation, during which the accused made various incriminating statements which implicated himself in the robbery of January 11, 1987.

The Legislation

Canadian Charter of Rights and Freedoms

7. Everyone has the right to life, liberty and security of the person and the right not to be deprived thereof except in accordance with the principles of fundamental justice.

10. Everyone has the right on arrest or detention

(b) to retain and instruct counsel without delay and to be informed of that right; and

24. . . .

(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 circum-

lieux à pied. Il se dirigeait vers la 4^e avenue la dernière fois qu'il a été vu.

2. Pendant l'enquête tenue au cours des mois suivants, les policiers ont été informés confidentiellement par trois indicateurs que la personne responsable du vol était l'accusé, Neil Gerald HEBERT.

3. Le 15 avril 1987, à 20 h 42, les policiers ont trouvé l'accusé dans le hall d'entrée du Taku Hotel à Whitehorse. Il a été mis en état d'arrestation, informé de son droit d'avoir recours sans délai à l'assistance d'un avocat et amené au quartier de la GRC.

4. Une fois au quartier, HEBERT a communiqué avec son avocat qui l'a conseillé au sujet de son droit de refuser de faire une déclaration.

5. Les policiers savaient que HEBERT avait communiqué avec son avocat et ils connaissaient l'identité de cet avocat.

6. Après que HEBERT eut exercé son droit de communiquer avec un avocat, l'agent Mike Stewart l'a amené dans une salle d'interrogatoire. On lui a fait la mise en garde habituelle et on lui a dit ensuite que les policiers voulaient savoir pourquoi il avait fait cela. Il a indiqué qu'il ne voulait pas faire de déclaration.

7. Il a ensuite été placé dans une cellule avec le caporal Daun Miller, lequel était habillé en civil et prétendait être un suspect que les policiers avaient mis en état d'arrestation. Alors qu'il était dans la cellule, le caporal Miller a engagé la conversation avec l'accusé et celui-ci lui a fait diverses déclarations incriminantes qui l'impliquaient dans le vol du 11 janvier 1987.

Les dispositions législatives

Charte canadienne des droits et libertés

7. Chacun a droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de sa personne; il ne peut être porté atteinte à ce droit qu'en conformité avec les principes de justice fondamentale.

10. Chacun a le droit, en cas d'arrestation ou de détention:

b) d'avoir recours sans délai à l'assistance d'un avocat et d'être informé de ce droit;

24. . . .

(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

stances, the admission of it in the proceedings would bring the administration of justice into disrepute.

The Judgments

The trial judge, Maddison J., held that the accused's right to counsel and right to remain silent had been violated: (1987), 3 Y.R. 88. He distinguished *Rothman v. The Queen*, [1981] 1 S.C.R. 640, where this Court ruled admissible a statement to an undercover police officer, on the grounds that: (1) in *Rothman* the accused had not retained counsel at the time of the statement; and (2) *Rothman* was decided before the advent of the *Charter*.

On the right to counsel, the trial judge said, at p. 91:

I am of the opinion that to subvert the lawyer-client relationship by means of fraud on the client effectively destroys the retainer and thus destroys one of the legal rights guaranteed by the **Charter**.

The trial judge also held that the accused's right to remain silent had been violated. He concluded, at p. 91:

The [appellant] exercised his right to remain silent and at no time thereafter waived his right to remain silent by agreeing to speak to a person in authority. He was then, by trickery, induced to make incriminating statements. That is a wilful and deliberate breach of the [appellant's] right to silence, which by itself, in the view of the majority of the Supreme Court of Canada in **Rothman**, is an acceptable means to an end. Done in the context of his having retained counsel and the knowledge of the police to that effect it is unfair and the admission of the evidence in the proceedings could bring the administration of justice into disrepute.

The Court of Appeal for the Yukon Territory held that the trial judge erred in rejecting the accused's statement to the undercover officer: (1988), 3 Y.R. 81, 29 B.C.L.R. (2d) 296, 43 C.C.C. (3d) 56. In its view, neither the accused's right to counsel nor his right to remain silent had been breached. The Court rejected the view that the right to counsel under s. 10(b) of the *Charter* precluded questioning in the absence of counsel after counsel had been contacted. As for the right

aux circonstances, que leur utilisation est susceptible de déconsidérer l'administration de la justice.

Les jugements

Le juge du procès Maddison a conclu que le droit de l'accusé à l'assistance d'un avocat et le droit de garder le silence avaient été violés: (1987), 3 Y.R. 88. Il a établi une distinction d'avec l'arrêt *Rothman c. La Reine*, [1981] 1 R.C.S. 640, dans lequel notre Cour a jugé recevable une déclaration faite à un agent de police banalisé pour le motif que: (1) dans l'arrêt *Rothman*, l'accusé n'avait pas eu recours à l'assistance d'un avocat au moment de la déclaration, et (2) l'arrêt *Rothman* a été rendu avant l'adoption de la *Charte*.

Quant au droit à l'assistance d'un avocat, le juge du procès a affirmé (à la p. 91):

[TRADUCTION] Je suis d'avis que miner la relation avocat-client en usant d'artifices envers le client annule réellement le mandat et annule donc l'une des garanties juridiques reconnues par la **Charte**.

Le juge du procès a également statué que le droit de l'accusé de garder le silence avait été violé. Il a conclu (à la p. 91):

[TRADUCTION] L'[appellant] a exercé son droit de garder le silence et n'y a jamais renoncé par la suite en acceptant de parler à une personne en autorité. Il a ensuite été amené au moyen d'un artifice à faire des déclarations incriminantes. Il s'agit d'une violation pré-méditée et délibérée du droit de l'[appellant] de garder le silence qui, en soi, selon l'opinion de la majorité de la Cour suprême du Canada dans l'arrêt **Rothman**, est un moyen acceptable de parvenir à une fin. Parce que cette violation a eu lieu après que l'accusé eut retenu les services d'un avocat, et ce, à la connaissance des policiers, elle est injuste et l'utilisation de la preuve dans les procédures serait susceptible de déconsidérer l'administration de la justice.

La Cour d'appel du territoire du Yukon a conclu que le juge du procès avait commis une erreur en rejetant la déclaration que l'accusé a faite à l'agent banalisé: (1988), 3 Y.R. 81, 29 B.C.L.R. (2d) 296, 43 C.C.C. (3d) 56. À son avis, ni le droit de l'accusé à l'assistance d'un avocat ni son droit de garder le silence n'avaient été violés. La cour a rejeté l'opinion que le droit à l'assistance d'un avocat, en vertu de l'al. 10b) de la *Charte*, ne permet pas de procéder à un interrogatoire en

to remain silent asserted under s. 7 of the *Charter*, the Court of Appeal found the principles of fundamental justice upon which the right must rest must be interpreted in the context of *Rothman*, where interrogation by a police officer posing as a fellow prisoner was held not to violate the principles of fundamental justice.

a l'absence de l'avocat une fois que l'accusé est entré en communication avec lui. Quant au droit de garder le silence invoqué en vertu de l'art. 7 de la *Charte*, la Cour d'appel a conclu que les principes de justice fondamentale sur lesquels le droit doit se fonder doivent être interprétés dans le contexte de l'arrêt *Rothman*, où on a décidé que l'interrogatoire par un policier prétendant être un compagnon de prison ne violait pas les principes de justice fondamentale.

The Issues

There are two main issues:

1. Were the appellant's rights under the *Charter* infringed?
 - (a) Was his right to remain silent infringed?
 - (b) Was his right to counsel infringed?
2. If the appellant's rights were infringed, was the statement admissible under s. 24(2) of the *Charter*?

f The parties agree that s. 7 of the *Charter* accords a right to silence to a detained person. As Cory J.A. (as he then was) stated in *R. v. Woolley* (1988), 40 C.C.C. (3d) 531 (Ont. C.A.), at p. 539: "The right to remain silent is a well-settled principle that has for generations been part of the basic tenets of our law." The parties disagree, however, over the extent of the right to silence of a detained person accorded by s. 7 of the *Charter*.

i The Crown submits that the right to silence is defined by the ambit of the confessions rule as it stood at the time the *Charter* was adopted. It would follow from this that statements obtained by tricks such as the one practised here would be admissible: *Rothman, supra*.

The accused submits that the right to silence guaranteed by s. 7 of the *Charter* is broader than the confessions rule as it stood in 1982, and that the use of tricks to obtain a confession after the

Les questions en litige

Le pourvoi soulève deux questions principales:

1. Les droits que la *Charte* reconnaît à l'appelant ont-ils été violés?
 - a) Son droit de garder le silence a-t-il été violé?
 - b) Son droit à l'assistance d'un avocat a-t-il été violé?
2. Si les droits de l'appelant ont été violés, la déclaration était-elle admissible en vertu du par. 24(2) de la *Charte*?

g Les parties ont convenu que l'art. 7 de la *Charte* reconnaît à une personne détenue le droit de garder le silence. Comme le juge Cory de la Cour d'appel (maintenant juge de notre Cour) l'a affirmé dans l'arrêt *R. v. Woolley* (1988), 40 C.C.C. (3d) 531 (C.A. Ont.), à la p. 539: [TRA-DUCTION] «Le droit de garder le silence est un principe bien établi qui fait partie des préceptes fondamentaux de notre droit depuis des générations.» Les parties ne s'entendent cependant pas sur la portée du droit qu'a une personne détenue de garder le silence en vertu de l'art. 7 de la *Charte*.

h Le ministère public soutient que le droit de garder le silence est défini par la portée de la règle des confessions telle qu'elle existait à l'époque de l'adoption de la *Charte*. Il s'ensuivrait alors que les déclarations obtenues au moyen d'artifices comme ceux utilisés en l'espèce seraient admissibles: *Rothman*, précité.

j L'accusé soutient que le droit de garder le silence garanti par l'art. 7 de la *Charte* est de portée plus générale que la règle des confessions telle qu'elle existait en 1982 et que le recours à des

suspect has chosen not to give a statement violates the *Charter*.

The parties also agree that s. 10(b) of the *Charter* creates a right to counsel. The disagreement, once again, is as to the extent of that right. Is it confined to s. 10(b)? Or is there a broader right to counsel under s. 7?

I see the issues of the right of a detained person to remain silent and the right to counsel as intertwined. The question, as I view it, is whether, bearing in mind the *Charter* guarantee of the right to counsel and other provisions of the *Charter*, the accused's right to remain silent has been infringed.

Analysis

I. Have the Appellant's Charter Rights Been Violated?

(a) General Considerations

The appellant's liberty is at stake. Under section 7 of the *Charter*, he can only be deprived of that liberty in accordance with the principles of fundamental justice. The question is whether the manner in which the police obtained a statement from him violates that right. The answer to this question lies in an exploration of the underlying legal principles of our system of justice relevant to a detained person's right to silence. As Lamer J. stated in *Re B.C. Motor Vehicle Act*, [1985] 2 S.C.R. 486, at p. 503:

... the principles of fundamental justice are to be found in the basic tenets of our legal system.

How do we discover the "basic tenets of our legal system" in a case such as this? Initially, it must be by reference to the legal rules relating to the right which our legal system has adopted. As D. J. Galligan points out in "The Right to Silence Reconsidered" (1988), 41 *C.L.P.* 69, at pp. 76-77: "The right . . . is general and abstract, concealing a bundle of more specific legal relationships. It is only by an analysis of the surrounding legal rules

artifices pour obtenir une confession après que le suspect a choisi de ne pas faire de déclaration viole la *Charte*.

a Les parties ont également convenu que l'al. 10b) de la *Charte* crée un droit à l'assistance d'un avocat. Encore une fois, le désaccord porte sur l'étendue de ce droit. Est-il restreint à l'al. 10b)? Ou existe-t-il un droit plus large à l'assistance d'un avocat en vertu de l'art. 7?

À mon sens, les questions du droit d'une personne détenue de garder le silence et du droit à l'assistance d'un avocat sont intimement liées. *e* Ayant à l'esprit la garantie du droit à l'assistance d'un avocat prévue par la *Charte* et les autres dispositions de la *Charte*, j'estime que la question est de savoir s'il y a eu violation du droit de l'accusé de garder le silence.

L'analyse

I. Les droits que la Charte reconnaît à l'appelant ont-ils été violés?

e a) Considérations générales

La liberté de l'appelant est en jeu. En vertu de l'art. 7 de la *Charte*, il ne peut être privé de cette liberté qu'en conformité avec les principes de justice fondamentale. La question est de savoir si la manière dont les policiers ont obtenu sa déclaration viole ce droit. Pour y répondre, il faut examiner les principes juridiques qui sous-tendent notre système de justice et qui s'appliquent au droit d'une personne détenue de garder le silence. Comme le juge Lamer l'a affirmé dans le *Renvoi: Motor Vehicle Act de la C.-B.*, [1985] 2 R.C.S. 486, à la p. 503:

h ... les principes de justice fondamentale se trouvent dans les préceptes fondamentaux de notre système juridique.

Comment découvrir les «préceptes fondamentaux de notre système juridique» dans un cas comme celui-ci? Il faut d'abord se rapporter aux règles juridiques qui régissent ce droit et que notre système juridique a adoptées. Comme D. J. Galligan le souligne dans son article «The Right to Silence Reconsidered» (1988), 41 *C.L.P.* 69, aux pp. 76 et 77: [TRADUCTION] «Le droit [...] est général et abstrait, englobant une série de rapports

that those more precise elements of the right can be identified." Thus rules such as the common law confessions rule, the privilege against self-incrimination and the right to counsel may assist in determining the scope of a detained person's right to silence under s. 7.

At the same time, existing common law rules may not be conclusive. It would be wrong to assume that the fundamental rights guaranteed by the *Charter* are cast forever in the straight-jacket of the law as it stood in 1982. The reference in s. 7 of the *Charter* is broadly to "principles of fundamental justice", not to this rule or that. Thus Le Dain J. wrote in *R. v. Therens*, [1985] 1 S.C.R. 613, at p. 638:

In my opinion the premise that the framers of the *Charter* must be presumed to have intended that the words used by it should be given the meaning which had been given to them by judicial decisions at the time the *Charter* was enacted is not a reliable guide to its interpretation and application. By its very nature a constitutional charter of rights and freedoms must use general language which is capable of development and adaptation by the courts.

For this reason, a fundamental principle of justice under s. 7 of the *Charter* may be broader and more general than the particular rules which exemplify it.

A second reason why a fundamental principle of justice under s. 7 may be broader in scope than a particular legal rule, such as the confessions rule, is that it must be capable of embracing more than one rule and reconciling diverse but related principles. Thus the right of a detained person to silence should be philosophically compatible with related rights, such as the right against self-incrimination at trial and the right to counsel.

The final reason why a principle of fundamental justice under s. 7 may be broader than a particular rule exemplifying it lies in considerations relating to the philosophy of the *Charter* and the purpose of the fundamental right in question in that con-

juridiques plus précis. Ce n'est qu'en examinant les règles juridiques connexes que ces éléments plus précis du droit peuvent être identifiés.» Ainsi, des règles comme la règle des confessions en common law, le privilège de ne pas s'incriminer et le droit à l'assistance d'un avocat peuvent être utiles pour déterminer la portée du droit d'une personne détenue de garder le silence en vertu de l'art. 7.

b En même temps, il se peut que les règles actuelles de common law ne soient pas concluantes. Il serait faux de croire que les droits fondamentaux garantis par la *Charte* sont figés à tout jamais par le droit tel qu'il existait en 1982. L'article 7 de la

c *Charte* mentionne de façon générale les «principes de justice fondamentale» et non une règle précise. C'est ainsi que le juge Le Dain écrit dans l'arrêt *R. c. Therens*, [1985] 1 R.C.S. 613, à la p. 638:

d Selon moi, la prémissse portant qu'il faut présumer que les rédacteurs de la *Charte* ont voulu que ses termes reçoivent le sens que leur donnait la jurisprudence à l'époque de son adoption n'est pas un guide fiable quant à la façon de l'interpréter et de l'appliquer. De par sa nature même une charte constitutionnelle des droits et libertés doit être rédigée en termes généraux susceptibles d'évolution et d'adaptation par les tribunaux.

f Pour cette raison, un principe de justice fondamentale au sens de l'art. 7 de la *Charte* peut être de portée plus large et plus générale que les règles particulières qui constituent un exemple de son application.

g Une deuxième raison pour laquelle un principe de justice fondamentale au sens de l'art. 7 peut être de portée plus large qu'une règle juridique particulière, comme la règle des confessions, est qu'il doit pouvoir englober plus d'une règle et harmoniser des principes variés mais connexes. Donc le droit d'une personne détenue de garder le silence devrait philosophiquement être compatible avec des droits connexes, comme le droit de ne pas s'incriminer au procès et le droit à l'assistance d'un avocat.

j La dernière raison pour laquelle un principe de justice fondamentale au sens de l'art. 7 peut être de portée plus large qu'une règle particulière qui constitue un exemple de son application relève de considérations qui se rapportent à la philosophie de

text. The *Charter* has fundamentally changed our legal landscape. A legal rule relevant to a fundamental right may be too narrow to be reconciled with the philosophy and approach of the *Charter* and the purpose of the *Charter* guarantee.

These considerations suggest that the task of defining the scope of the right of a detained person to silence under s. 7 of the *Charter* must focus initially on the related rules which our legal system has developed—in this case the confessions rule and the privilege against self-incrimination. However, that is not the end of the inquiry. The scope of a fundamental principle of justice will also depend on the general philosophy and purpose of the *Charter*, the purpose of the right in question, and the need to reconcile that right with others guaranteed by the *Charter*.

(b) The Scope of the Pre-Trial Right to Silence Suggested by Related Rules

A detained person's right to silence under s. 7 of the *Charter* is general and abstract, subsuming a bundle of more specific legal relationships. The first step in defining the ambit of the right to silence is to consider these specific relationships and the rules which arise from them, with a view to identifying a common substratum of principle.

The right to silence conferred by s. 7 of the *Charter* is rooted in two common law concepts. The first is the confessions rule, which makes a confession which the authorities improperly obtain from a detained person inadmissible in evidence. The second is the privilege against self-incrimination which precludes a person from being required to testify against himself at trial. While the exact scope of the confessions rule has been the subject of debate over the past century, a common theme can be said to unite these two quite separate rules—the idea that a person in the power of the state in the course of the criminal process has the right to choose whether to speak to the police or remain silent.

la *Charte* et à l'objet du droit fondamental en question dans ce contexte. La *Charte* a changé fondamentalement notre environnement juridique. Une règle juridique applicable à un droit fondamental peut être trop restreinte pour être harmonisée avec la philosophie et l'esprit de la *Charte* ainsi qu'avec l'objet de la garantie prévue par la *Charte*.

Ces considérations laissent entendre que pour définir la portée du droit d'une personne détenue de garder le silence en vertu de l'art. 7 de la *Charte*, il faut d'abord se pencher sur les règles connexes que notre système juridique a conçues—en l'espèce, la règle des confessions et le privilège de ne pas s'incriminer. L'analyse ne s'arrête cependant pas là. La portée d'un principe de justice fondamentale dépendra également de la philosophie et de l'objet généraux de la *Charte*, de l'objet du droit en question et de la nécessité d'harmoniser ce droit avec d'autres droits garantis par la *Charte*.

b) La portée du droit de garder le silence avant le procès eu égard aux règles connexes

Le droit d'une personne détenue de garder le silence en vertu de l'art. 7 de la *Charte* est général et abstrait, englobant une série de rapports juridiques plus précis. Pour déterminer la portée du droit de garder le silence, il faut d'abord examiner ces rapports précis et les règles qui s'en dégagent en vue d'identifier un élément de principe commun.

Le droit de garder le silence reconnu par l'art. 7 de la *Charte* tire son origine de deux concepts de common law. Le premier est la règle des confessions qui rend inadmissible en preuve une confession que les autorités ont obtenue de façon irrégulière d'une personne détenue. Le deuxième est le privilège de ne pas s'incriminer qui empêche une personne d'être tenue de témoigner contre elle-même au procès. Bien que la portée exacte de la règle des confessions ait fait l'objet de débats au cours du dernier siècle, on peut dire qu'un élément commun unit ces deux règles très distinctes—l'idée qu'une personne assujettie au pouvoir de l'État en matière criminelle a le droit de décider de parler aux policiers ou de garder le silence.

(i) *The Confessions Rule*

The exact nature and definition of the confessions rule has long bedeviled our courts. One can, however, discern two distinct approaches. Lord Reid identified them in *Commissioners of Customs & Excise v. Harz*, [1967] 1 All E.R. 177 (H.L.), at p. 184:

I do not think that it is possible to reconcile all the very numerous judicial statements on rejection of confessions, but two lines of thought appear to underlie them: first, that a statement made in response to a threat or promise may be untrue or at least untrustworthy; and secondly, that *nemo tenetur seipsum prodere*.

Both versions of the confessions rule focus on voluntariness as the basic requirement for the admission of a statement made to the authorities by a detained person. The requirement of voluntariness, in turn, comports the idea that the detained person is entitled to choose whether to make a statement to the authorities or not. The difference between the two approaches to the confessions rule lies in the way they define voluntariness and choice.

The traditional confessions rule set out in *Ibrahim v. The King*, [1914] A.C. 599, defines the choice negatively, in terms of the absence of threats or promises by the authorities inducing the statement, and objectively, in terms of the physical acts and words of the parties. The awareness of the detained person of his alternatives is irrelevant. He need not be told that he has the right to remain silent. He need not be told that he has the right to consult counsel to determine what his options are. The only right he has is a negative right—the right not to be tortured or coerced into making a statement by threats or promises held out by a person who is and whom he subjectively believes to be a person in authority. The act of choosing is viewed objectively, and the mental state of the suspect, apart from his belief that he is speaking to a person in authority, is irrelevant. Were it not for the insistence in the cases that the absence of threats and promises establishes the voluntariness of the statement and that voluntariness is the ultimate requirement for an admissible confession, one would be tempted to say that choice in the

(i) *La règle des confessions*

La nature exacte et la définition de la règle des confessions a longtemps tourmenté nos tribunaux. Il est cependant possible d'en dégager deux conceptions distinctes. Lord Reid les a identifiées dans l'arrêt *Commissioners of Customs & Excise v. Harz*, [1967] 1 All E.R. 177 (H.L.), à la p. 184:

[TRADUCTION] Je ne crois pas qu'il soit possible de concilier toutes les très nombreuses déclarations judiciaires qui rejettent les confessions, mais deux courants de pensée semblent les sous-tendre: premièrement, une déclaration faite en réaction à une menace ou à une promesse peut être fausse ou à tout le moins non digne de foi, et deuxièmement, *nemo tenetur seipsum prodere*.

Les deux conceptions de la règle des confessions sont axées sur le caractère volontaire comme condition fondamentale de l'utilisation d'une déclaration faite aux autorités par une personne détenue. L'exigence du caractère volontaire comporte à son tour l'idée qu'une personne détenue peut choisir de faire une déclaration ou non aux autorités. La différence entre les deux conceptions de la règle des confessions réside dans leur façon de définir le caractère volontaire et le choix.

La règle traditionnelle des confessions énoncée dans l'arrêt *Ibrahim v. The King*, [1914] A.C. 599, définit le choix en termes négatifs, comme l'absence de menaces ou de promesses par les autorités qui amènent l'accusé à faire une déclaration, et en termes objectifs, comme les actes physiques et les paroles des parties. La connaissance par la personne détenue des choix qui s'offrent à elle n'est pas pertinente. Il n'est pas nécessaire de l'aviser qu'elle a le droit de garder le silence. Il n'est pas nécessaire de l'aviser de son droit de consulter un avocat pour déterminer quels sont ses choix. Le seul droit que possède la personne est un droit négatif—le droit de ne pas être torturée ni forcée de faire une déclaration sous l'effet de la menace ou de promesses d'une personne qui est et que l'auteur de la déclaration croit subjectivement être une personne en autorité. Le choix lui-même est envisagé de façon objective et l'état d'esprit du suspect, mis à part le fait qu'il croit s'adresser à une personne en autorité, n'est pas pertinent. N'était-ce de l'insistance dans la jurisprudence que l'absence de menaces et de promesses établit le

usual sense of deciding between alternatives plays little role in the traditional narrow formulation of the confessions rule.

Allied with this narrow concept of choice in the traditional confessions rule, is the view that the rationale for the rule is the rejection of unreliable statements. The questions of the suspect's actual state of mind and whether, given that state of mind, it is unfair to use the statement against him, do not arise.

The second approach to choice in the confessions rule is much broader. It starts from the proposition that choice involves not only an act, but a mental element. On this view, the act of choosing whether to remain silent or speak to the police necessarily comprehends the mental act of selecting one alternative over another. The absence of violence, threats and promises by the authorities does not necessarily mean that the resulting statement is voluntary, if the necessary mental element of deciding between alternatives is absent. On this view, the fact that the accused may not have realized he had a right to remain silent (e.g. where he has not been given the standard warning) or has been tricked into making the statement, are relevant to the question of whether the statement is voluntary.

The modern Canadian confessions rule accepts some aspects of this approach. Thus a voluntary choice to confess presupposes an "operating mind": *Horvath v. The Queen*, [1979] 2 S.C.R. 376; and *Ward v. The Queen*, [1979] 2 S.C.R. 30. Beyond this basic requirement, however, the mainstream of contemporary Canadian confessions law has not, by and large, acknowledged the mental element involved in choice. Nevertheless, the second, broader concept of choice persists as part of our fundamental notion of procedural fairness. Older Canadian cases acknowledge it, as does the

caractère volontaire de la déclaration et que celui-ci est la condition ultime de l'utilisation d'une confession, on serait tenté de dire que le choix, dans le sens habituel d'une décision entre deux options, joue un rôle négligeable dans la formulation traditionnellement étroite de la règle des confessions.

Appartement à cette notion étroite du choix dans la règle traditionnelle des confessions, il y a l'opinion que la raison d'être de la règle est le rejet des déclarations non dignes de foi. Les questions relatives à l'état d'esprit réel du suspect et celle de savoir si, compte tenu de cet état d'esprit, il est inéquitable d'utiliser la déclaration contre lui, ne se posent pas.

La deuxième façon d'aborder le choix dans la règle des confessions est beaucoup plus large. Elle part de la proposition que le choix comporte non seulement un acte, mais un élément psychologique. Selon cette façon de voir, l'acte qui consiste à choisir de garder le silence ou de parler aux policiers comprend nécessairement l'acte psychologique de choisir une option plutôt qu'une autre. L'absence de violence, de menaces et de promesses de la part des autorités ne signifie pas nécessairement que la déclaration qui résulte est volontaire si l'élément psychologique nécessaire de la décision entre des options est absent. Selon cette façon de voir, le fait que l'accusé ait pu ne pas avoir pris conscience qu'il avait le droit de garder le silence (par exemple, lorsqu'il n'a pas reçu la mise en garde habituelle) ou qu'il a été amené à faire la déclaration au moyen d'un artifice, n'est pas pertinent pour déterminer le caractère volontaire de la déclaration.

La règle contemporaine des confessions au Canada reconnaît certains aspects de cette façon de voir. Ainsi, le choix volontaire de faire une confession presuppose un «état d'esprit conscient»: *Horvath c. La Reine*, [1979] 2 R.C.S. 376, et *Ward c. La Reine*, [1979] 2 R.C.S. 30. Cependant, au-delà de cette condition fondamentale, l'attitude dominante en matière de confessions en droit canadien contemporain n'a pas, de façon générale, reconnu l'élément psychologique que comporte le choix. Quoi qu'il en soit, la deuxième conception plus large du choix continue de faire partie de nos

law in other jurisdictions. And it recurs like a leitmotif through the dissenting judgments of distinguished Canadian jurists and in the work of scholars.

Allied with this second, broader approach to voluntariness or choice under the confessions rule is the view that the rule's rationale goes beyond the exclusion of unreliable statements and extends to considerations of whether reception of the statement will be unfair or tend to bring the administration of justice into disrepute.

Until the case of *R. v. Wray*, [1971] S.C.R. 272, the confessions rule in Canada, as in England and elsewhere in the Commonwealth, may be characterized as an uneasy and to some extent illogical amalgam of these two quite different views of choice. It was said that the test for admissibility was whether the confession was voluntary, which carries with it the idea of an active choice between alternatives. At the same time, voluntariness was said to be established objectively by the simple absence of threats and promises: *Ibrahim*.

The law in England went (and continues to go) some way toward the reconciliation of the notion of voluntariness with the narrow legal test, by recognizing a discretion in judges to refuse to admit a statement which meets the *Ibrahim* test, on the ground that admission of the statement would be unfair to the accused and bring the administration of justice into disrepute. Violation of the Judges' Rules—guidelines laid down by the judges for the conduct of interrogations—frequently results in rejection of statements which meet the "threat-promise" test. Statements made where the police have not advised the suspect of his right to remain silent (required by the Judges' Rules) may be rejected on this basis, as may statements obtained by tricks. The practical result is that judges may reject confessions obtained where the mental factor relevant to true voluntariness is absent. Moreover, this discretion, not being tied to the traditional confessions rule, may be exercised where, because of police deception, the

notions fondamentales d'équité procédurale. La jurisprudence canadienne plus ancienne la reconnaît tout comme le droit d'autres ressorts. Et elle réapparaît comme un leitmotif dans les opinions dissidentes de grands juristes canadiens et dans les ouvrages de doctrine.

Apparentée à cette deuxième conception plus large du caractère volontaire ou du choix de la règle des confessions, il y a l'opinion que la raison d'être de la règle va au-delà de l'exclusion des déclarations non dignes de foi pour s'étendre aux questions de savoir si la réception de la déclaration sera inéquitable ou susceptible de déconsidérer l'administration de la justice.

Jusqu'à l'arrêt *R. c. Wray*, [1971] R.C.S. 272, la règle des confessions au Canada, comme en Angleterre et ailleurs dans les pays du Commonwealth, peut être qualifiée de combinaison difficile et, dans une certaine mesure, illogique de ces deux notions très différentes du choix. On a dit que le critère d'admissibilité était de savoir si la confession était volontaire, ce qui comporte l'idée d'un choix actif entre des options. En même temps, on a dit que le caractère volontaire devait être établi objectivement par la simple absence de menaces ou de promesses: *Ibrahim*.

En Angleterre, le droit a commencé (et continue) à harmoniser l'idée du caractère volontaire avec le critère juridique étroit en reconnaissant aux juges le pouvoir discrétionnaire de refuser d'admettre une déclaration qui respecte le critère de l'arrêt *Ibrahim* pour le motif que l'utilisation de la déclaration serait inéquitable pour l'accusé et susceptible de déconsidérer l'administration de la justice. La violation des Règles des juges—soit des directives établies par les juges pour la tenue des interrogatoires—conduit fréquemment au rejet de déclarations qui respectent le critère des menaces et des promesses. Ainsi, les déclarations faites alors que les policiers n'ont pas avisé le suspect de son droit de garder le silence (requis par les Règles des juges) peuvent être rejetées pour ce motif, tout comme les déclarations obtenues au moyen d'artifices. En pratique, il en résulte que les juges peuvent rejeter les confessions obtenues en l'absence de l'élément psychologique applicable au véritable caractère volontaire. En outre, ce pouvoir

accused is unaware of the fact he is speaking to the authorities.

In Canada we have never had Judges' Rules. Yet one can discern in some of the earlier cases a willingness to go beyond the strict confines of the *Ibrahim* rule and to accord to the trial judge a discretion as to the admission of a statement taken in circumstances the judge deems unfair. In *Gach v. The King*, [1943] S.C.R. 250, it was suggested that failure to give the accused the standard warning might render a statement inadmissible. In *Boudreau v. The King*, [1949] S.C.R. 262, this Court, while stating that the absence of a warning would not necessarily render a statement involuntary, suggested that it might be considered with all the other circumstances in determining whether a confession was voluntary (*per* Kerwin J., at p. 267). In the same case Rand J. suggested at p. 270 that the decision was very much one for the trial judge:

The underlying and controlling question then remains: is the statement freely and voluntarily made? Here the trial judge found that it was. It would be a serious error to place the ordinary modes of investigation of crime in a strait jacket of artificial rules; and the true protection against improper interrogation or any kind of pressure or inducement is to leave the broad question to the court. Rigid formulas can be both meaningless to the weakling and absurd to the sophisticated or hardened criminal

At the same time, other cases continued to emphasize the threat-promise formulation: see *R. v. Fitton*, [1956] S.C.R. 958.

Nevertheless, until the decision in *Wray*, *supra*, generally thought to be open to judges in Canada to reject statements which met the *Ibrahim* test, but which had been obtained unfairly. As Kaufman J.A. puts it (F. Kaufman, *The Admissibility of Confessions* (3rd ed. 1979), at p. 236):

discrétionnaire, qui est distinct de la règle traditionnelle des confessions, peut être exercé lorsqu'en raison de la supercherie des policiers l'accusé ne sait pas qu'il s'adresse aux autorités.

^a Au Canada, nous n'avons jamais eu de Règles des juges. Il est cependant possible de déceler dans certaines décisions antérieures une volonté d'aller au-delà des limites strictes de la règle de l'arrêt *Ibrahim* et d'accorder au juge du procès le pouvoir discrétionnaire de rejeter une déclaration faite dans des circonstances que le juge estime inéquitables. Dans l'arrêt *Gach v. The King*, [1943] R.C.S. 250, on a dit que l'omission de donner à l'accusé la mise en garde habituelle pourrait rendre une déclaration inadmissible. Dans l'arrêt *Boudreau v. The King*, [1949] R.C.S. 262, notre Cour, tout en affirmant que l'absence de mise en garde ne rendrait pas automatiquement une déclaration involontaire, a dit que ce facteur pouvait être considéré avec toutes les autres circonstances pour déterminer si une confession était volontaire (le juge Kerwin, à la p. 267). Dans le même arrêt, à la p. 270, le juge Rand a dit que cette décision relevait essentiellement du juge du procès:

^f [TRADUCTION] La question fondamentale et décisive est donc celle-ci: la déclaration a-t-elle été faite librement et volontairement? En l'espèce, le juge du procès a jugé qu'elle l'avait été. Ce serait une grave erreur d'imposer aux méthodes habituelles d'enquêtes criminelles un carcan étroit de règles artificielles; le meilleur moyen de se prémunir contre un interrogatoire irrégulier ou toute forme de pression ou d'incitation est de laisser la question aux tribunaux. Les règles rigides peuvent être dénuées de sens pour les faibles et sembler absurdes aux criminels habiles ou endurcis

^h En même temps, d'autres décisions ont continué à insister sur la formule des menaces et des promesses: voir l'arrêt *R. v. Fitton*, [1956] R.C.S. 958.

ⁱ Quoi qu'il en soit, jusqu'à l'arrêt *Wray*, précité, on estimait en général qu'au Canada les juges étaient libres de rejeter les déclarations conformes au critère de l'arrêt *Ibrahim* mais obtenues de façon inéquitable. Comme le juge Kaufman l'explique (F. Kaufman, *The Admissibility of Confessions* (3^e éd. 1979), à la p. 236):

It was generally believed, and not without reason, that a judge was entitled to exercise his discretion in cases such as these, and that appellate courts would not lightly interfere.

Examples are not difficult to find. Laskin J.A. (as he then was) took the view in delivering the judgment of the Ontario Court of Appeal in *R. v. McLeod* (1968), 5 C.R.N.S. 101, at p. 104, that confessions could be excluded where the stratagems of police put in doubt whether the ensuing statement had been properly elicited. Similarly, Gale J. (as he then was) stated in rejecting a confession in *R. v. McCorkell* (1964-65), 7 Crim. L.Q. 395, at p. 397:

It is my opinion that once an accused person has retained counsel to the knowledge of the police or other persons in authority, the latter ought not to endeavour to interview and question that accused person without first seeking and obtaining the concurrence of his solicitor. So strong is my view in this respect that I am therefore exercising my discretion in the way I have indicated, perhaps wrongly, because, strictly speaking, the statement thus procured was probably admissible. I decline, however, to give any encouragement in the future to persons in authority to circumvent the position of an accused's solicitor by going directly to speak to the accused.

To this point, the law in Canada was not significantly different from that elsewhere in the Commonwealth.

Wray changed this. The issue in that case was the admissibility, not of a confession but rather of real evidence obtained as a result of a statement. Nevertheless, the principle enunciated had a profound effect on the power of a trial judge to exclude a confession which was, strictly speaking, admissible on the *Ibrahim* test. The ruling was simple: a court did not have the power to exclude admissible and relevant evidence merely because its admission would bring the administration of justice into disrepute. This represented a divergence from the approach to confessions elsewhere in the Commonwealth. Instead of a two-pronged approach to confessions—the basic rule supplemented by a residual discretion to exclude on grounds of unfairness or the repute of the administration of justice—Canada was left with the

[TRADUCTION] On croyait généralement, et avec raison, que le juge pouvait exercer son pouvoir discrétionnaire dans ces cas et que les cours d'appel n'interviendraient pas à la légère.

^a Il n'est pas difficile de trouver des exemples. Le juge Laskin (avant d'être nommé à notre Cour) a dit en rendant l'arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario *R. v. McLeod* (1968), 5 C.R.N.S. 101, à la p. 104, que les confessions pouvaient être écartées lorsque les stratagèmes des policiers mettaient en doute la régularité de l'obtention de la déclaration. De même, le juge Gale (plus tard Juge en chef de l'Ontario), dans l'arrêt *R. v. McCorkell* (1964-65), 7 Crim. L.Q. 395, à la p. 397, a affirmé en rejetant une confession:

[TRADUCTION] Je suis d'avis que lorsqu'un accusé a retenu les services d'un avocat à la connaissance de la police ou d'autres personnes en situation d'autorité, ces derniers ne doivent pas tenter d'interroger l'accusé ou de lui poser des questions sans avoir d'abord demandé et obtenu le consentement de son avocat. Mon opinion est à ce point ferme à cet égard que j'exerce mon pouvoir discrétionnaire dans le sens que j'ai indiqué, peut-être à tort, parce que, en droit strict, la déclaration ainsi obtenue était probablement recevable. Je refuse cependant d'encourager pour l'avenir les personnes en situation d'autorité à circonvenir la position de l'avocat d'un accusé en communiquant directement avec l'accusé.

^f Jusque-là, le droit au Canada n'était pas très différent de celui des autres pays du Commonwealth.

^g L'arrêt *Wray* a apporté des changements. Dans cet arrêt, la question portait sur l'utilisation non pas d'une confession mais plutôt d'une preuve matérielle obtenue par suite d'une déclaration. Quoi qu'il en soit, le principe formulé a eu un effet important sur le pouvoir du juge du procès d'écartier une confession qui, à strictement parler, était admissible selon le critère de l'arrêt *Ibrahim*. La décision était simple: un tribunal n'avait pas le pouvoir d'écartier une preuve admissible et pertinente simplement parce que son utilisation était susceptible de déconsidérer l'administration de la justice. C'était s'écartier de la conception retenue à l'égard des confessions ailleurs dans les pays du Commonwealth. Au lieu de l'interprétation à double volet retenue à l'égard des confessions—la règle fondamentale assortie d'un pouvoir discré-

narrow *Ibrahim* rule. Reliability was the only concern. All statements were admissible unless induced by threats, promises or violence.

It was in this context that the majority of this Court ruled in *Rothman* that a statement obtained by a trick after the accused had indicated his wish not to speak to the authorities was admissible. As Martland J., speaking for five of the nine judges, succinctly put it at p. 666:

It was not, in my opinion, a sufficient basis for the refusal of the trial judge to receive the confession in evidence solely because he disapproved of the method by which it was obtained.

Not all judges found it easy to accept the strictures of *Wray* and the departure it represented from a more liberal jurisprudence elsewhere in the Commonwealth. In *Rothman*, Lamer J., after an extensive review of the authorities, concluded that the rule governing the reception of confessions was two-fold; such statements might be excluded either where the conduct of the persons in authority to whom they were made might have rendered them untrue, or where the conduct of the authorities in obtaining the statement would tend to bring the administration of justice into disrepute. Lamer J. (who agreed with the majority in the result) also affirmed that the suspect's right of silence—the right to choose whether to make a statement to the authorities or to remain silent—was fundamental to the confessions rule.

Estey J., dissenting (Laskin C.J. concurring), similarly emphasized the connection between the confessions rule and the fairness and repute of the judicial process, basing his dissent on his conclusion that the use of an undercover agent to obtain a statement would bring into disrepute the administration of justice.

tionnaire résiduaire d'écartier pour des motifs d'iniquité ou de déconsidération de l'administration de la justice—it ne restait au Canada que la règle étroite de l'arrêt *Ibrahim*. La fiabilité était la seule préoccupation. Toutes les déclarations étaient admissibles à moins d'avoir été faites sous l'influence de la menace, de promesses ou de la violence.

b C'est dans ce contexte que les juges formant la majorité de notre Cour, dans l'arrêt *Rothman*, ont décidé qu'une déclaration obtenue au moyen d'un artifice après que l'accusé eut indiqué qu'il ne voulait pas parler aux autorités était admissible. Comme l'explique de façon succincte le juge Martland, au nom de cinq des neuf juges, à la p. 666:

d À mon avis, le juge du procès ne pouvait fonder son refus de recevoir en preuve la confession sur sa seule désapprobation de la méthode par laquelle elle avait été obtenue.

e Plusieurs juges ont difficilement accepté les restrictions de l'arrêt *Wray* et l'écart qu'il constituait par rapport à une jurisprudence plus libérale trouvée ailleurs dans les pays du Commonwealth. Dans l'arrêt *Rothman*, après avoir examiné minutieusement la jurisprudence et la doctrine, le juge Lamer a conclu que la règle régissant la réception des confessions comportait un double volet; ces déclarations pouvaient être écartées lorsque la conduite des personnes en autorité à qui elles avaient été faites pourrait les avoir rendues fausses ou lorsque la conduite adoptée par les autorités pour obtenir la déclaration serait susceptible de déconsidérer l'administration de la justice. Le juge Lamer (qui a partagé la conclusion de la majorité) a également affirmé que le droit du suspect de garder le silence—le droit de décider de faire une déclaration aux autorités ou de garder le silence—était fondamental à la règle des confessions.

f Le juge Estey, dissident (le juge en chef Laskin souscrivant à ses motifs), a de même souligné le lien entre la règle des confessions et l'équité du processus judiciaire et la considération dont il jouit, fondant sa dissidence sur la conclusion que le recours à un agent banalisé pour obtenir une déclaration est susceptible de déconsidérer l'administration de la justice.

The reasons of Estey J., and Lamer J. disclose an array of distinguished Canadian jurists who recognized the importance of the suspect's freedom to choose whether to give a statement to the police or not, and emphasized the fairness and repute of the administration of justice as an underlying rationale for the confessions rule, both before and after *Wray*. Among them is Chief Justice Freedman, "Admissions and Confessions", reproduced in R. E. Salhany and R. J. Carter, eds., *Studies in Canadian Criminal Evidence* (1972), at p. 99, who emphasized the centrality to the confessions rule of individual freedom and the integrity of the judicial system:

It is justice then that we seek, and within its broad framework we may find the true reasons for the rule excluding induced confessions. Undoubtedly . . . the main reason for excluding them is the danger that they may be untrue. But there are other reasons, stoutly disclaimed by some judges, openly professed by others, and silently acknowledged by still others—the last perhaps being an instance of an "inarticulate major premise" playing its role in decision-making. These reasons, all of them, are rooted in history. They are touched with memories of torture and the rack, they are bound up with the cause of individual freedom, and they reflect a deep concern for the integrity of the judicial process.

Some judges put the matter in terms of the accused's subjective and informed decision to remain silent or to speak. Thus Beetz J. wrote in *Horvath, supra*, at p. 433:

Apart from the untrustworthiness of confessions extorted by threats or promises, other policy reasons have also been advanced to explain the rejection of confessions improperly obtained. But the basic reason is the accused's absolute right to remain silent either completely or partially and not to incriminate himself unless he wants to. This is why it is important that the accused understand what is at stake in the procedure. [Emphasis added.]

As Estey J. observed in *Rothman*, this Court in the post-*Wray* cases of *Horvath* and *Ward* in fact departed from the objective threat-promise formulation and the exclusive concern with the reliability

Dans leurs motifs, les juges Estey et Lamer citent une série d'émérites juristes canadiens qui reconnaissent l'importance de la liberté du suspect de choisir de faire ou non une déclaration aux policiers et ils font ressortir l'équité de l'administration de la justice et la considération dont elle jouit comme raison d'être sous-jacente de la règle des confessions, tant avant qu'après l'arrêt *Wray*. Parmi ceux-ci, on compte le juge en chef Freedman qui, dans «Admissions and Confessions», reproduit dans R. E. Salhany and R. J. Carter (éd.), *Studies in Canadian Criminal Evidence* (1972), à la p. 99, souligne l'importance capitale que revêt la liberté individuelle et l'intégrité du système judiciaire dans la règle des confessions:

[TRADUCTION] C'est donc la justice que nous recherchons et c'est à l'intérieur de ses larges paramètres que nous pourrons peut-être trouver les véritables raisons à l'origine de la règle consistant à écarter les confessions provoquées. Sans nul doute, [...] le danger qu'elles soient fausses est le motif principal de leur rejet. Mais il y a d'autres motifs, que certains juges refusent résolument d'admettre, que d'autres déclarent ouvertement, et que d'autres encore reconnaissent tacitement—ce dernier cas en étant peut-être un où une règle fondamentale non écrite joue un rôle dans la prise de décision. Tous ces motifs ont leur racine dans l'histoire. Ils portent le souvenir de la torture et du supplice, ils sont liés à la cause de la liberté individuelle, et ils sont l'expression d'une préoccupation profonde pour l'intégrité de la justice.

Certains juges envisagent la question du point de vue de la décision subjective et éclairée de l'accusé de garder le silence ou de parler. C'est ainsi que le juge Beetz écrit dans l'arrêt *Horvath*, précité, à la p. 433:

Mis à part la suspicion que soulèvent des aveux extorqués par la menace ou les promesses, on a également invoqué d'autres raisons de principe pour expliquer le rejet d'aveux obtenus incorrectement. Mais la raison fondamentale demeure le droit absolu de l'accusé de garder complètement ou partiellement le silence et de ne s'incriminer que s'il le veut. C'est pourquoi il est important que l'accusé comprenne ce qui est en jeu dans cette procédure. [Je souligne.]

Comme le juge Estey l'a souligné dans l'arrêt *Rothman*, notre Cour, dans les arrêts *Horvath* et *Ward* rendus après l'arrêt *Wray*, s'est en réalité écartée de la formule objective des menaces et des

of the statement, when it affirmed that to be admissible a statement must be truly voluntary in the sense of being the product of the accused's operating mind. Where the accused, because of hypnosis in the one case and drunkenness in the other, was not possessed of the requisite mental capacity to make a voluntary decision about whether to speak to the authorities or not, his statement could not be considered voluntary and hence was inadmissible. These decisions clearly affirmed the relevance of the mental element in the choice at issue in the confessions rule, at least in the minimal sense that the suspect must possess the mental capacity to make an active choice.

promesses ainsi que de la seule préoccupation de la fiabilité de la déclaration lorsqu'elle a affirmé que pour être admissible une déclaration doit être véritablement volontaire en ce sens qu'elle doit résulter de l'état d'esprit conscient de l'accusé. Lorsque l'accusé, en état d'hypnose dans un cas et en état d'ébriété dans l'autre cas, n'était pas psychologiquement capable de décider volontairement de parler ou non aux autorités, sa déclaration ne pouvait être considérée comme volontaire et elle était donc inadmissible. Ces arrêts démontrent clairement la pertinence de l'élément psychologique du choix qui est en cause dans la règle des confessions, à tout le moins en ce sens que l'accusé doit être en mesure psychologiquement de faire activement un choix.

This then was the situation when the *Charter* was introduced in 1982. Notwithstanding a strong and continuing undercurrent of dissent, the narrow *Wray* principle continued to prevent the courts from considering the nature of the suspect's choice and the conduct of the authorities apart from threats, promises and violence, causing one trial judge, on being required to admit statements which he considered to have been taken in shocking circumstances, to comment:

C'était donc la situation qui prévalait lors de l'adoption de la *Charte* en 1982. Même s'il existe toujours un fort courant de dissidence, le principe étroit de l'arrêt *Wray* empêche toujours les tribunaux d'examiner la nature du choix effectué par le suspect et la conduite des autorités, mis à part les menaces, les promesses et la violence, qui ont incité un juge du procès, à qui on demandait d'admettre les déclarations qu'il estimait avoir été obtenues dans des circonstances choquantes, à écrire:

Comme la torture autrefois a pu amener les tribunaux à établir des règles d'admissibilité des déclarations extrajudiciaires, il apparaît que des situations comme celles décrites ici peuvent constituer une invitation pour les tribunaux à contrôler leurs propres procédures en adoptant les règles nécessaires à la protection de l'intégrité du système judiciaire et des droits fondamentaux du citoyen.

(*R. v. Clot* (No. 1) (1982), 69 C.C.C. (2d) 349 (Que. S.C.), at p. 365, *per* Landry J.)

At the same time, other judges were suggesting that the adoption of the *Charter* justified a broadening of the rule. As Kaufman J.A. put it:

Au même moment, d'autres juges laissaient entendre que l'adoption de la *Charte* justifiait qu'on élargisse la portée de la règle. Comme le juge Kaufman le dit:

[TRADUCTION] Les opinions des juges Estey et Lamer (dans l'arrêt *Rothman*) montrent la tendance. Il en est de même de l'arrêt *Clot*. Maintenant, avec la *Charte*, la portée a été élargie et, même si les paramètres ne seront

The views of Estey and Lamer JJ. (in *Rothman*) show the trend. So does the judgment in *Clot*. Now, with the *Charter*, the scope has increased, and while the param-

ters will not be known for some time, the foundation is ready.

(*The Admissibility of Confessions*, Third supplement (cumulative) to the third edition (1986), at p. 119.)

Lamer J. alluded to this possibility in *R. v. Collins*, [1987] 1 S.C.R. 265, at pp. 286-87, where he stated with reference to *Rothman*:

I still am of the view that the resort to tricks that are not in the least unlawful let alone in violation of the *Charter* to obtain a statement should not result in the exclusion of a free and voluntary statement unless the trick resorted to is a dirty trick, one that shocks the community. [Emphasis added.]

I return to the question of what the confessions rule suggests as to the scope of the right to pre-trial silence under s. 7 of the *Charter*. The foregoing review suggests that one of the themes running through the jurisprudence on confessions is the idea that a person in the power of the state's criminal process has the right to freely choose whether or not to make a statement to the police. This idea is accompanied by a correlative concern with the repute and integrity of the judicial process. This theme has not always been ascendant. Yet, its importance cannot be denied. It persists, both in Canadian jurisprudence and in the rules governing the rights of suspects in other countries. The question is whether, as Kaufman J.A. suggests, it should prevail in the post-*Charter* era.

(ii) *The Privilege Against Self-Incrimination*

The second rule which is closely concerned with the right to silence of a person in jeopardy in the criminal process is the privilege against self-incrimination. It is distinct from the confessions rule, applying at trial rather than at the investigatorial phase of the criminal process: see *Marcoux v. The Queen*, [1976] 1 S.C.R. 763, at pp. 768-69. Yet it is related to the confessions rule, both philosophically and practically.

Philosophically, courts have frequently justified both the confessions rule and the privilege against

pas connus avant un certain temps, les fondations sont prêtes.

(*The Admissibility of Confessions*, Troisième supplément (cumulatif) à la troisième édition (1986), à la p. 119.)

Le juge Lamer a fait allusion à cette possibilité dans l'arrêt *R. c. Collins*, [1987] 1 R.C.S. 265, à la p. 287, lorsqu'il a affirmé au sujet de l'arrêt *Rothman*:

Je suis toujours d'avis que l'usage d'artifices qui ne sont pas du tout illégaux et qui ne constituent aucunement une violation de la *Charte* pour obtenir une déclaration, ne devrait pas entraîner l'exclusion d'une déclaration faite librement et volontairement, à moins que l'artifice employé ne soit répréhensible et choque la collectivité. [Je souligne.]

Je reviens maintenant à la question de savoir ce que la règle des confessions donne à entendre au sujet de la portée du droit de garder le silence avant le procès en vertu de l'art. 7 de la *Charte*. L'examen précédent laisse voir que l'un des thèmes dominants dans la jurisprudence sur les confessions est l'idée qu'une personne assujettie au pouvoir de l'État en matière criminelle a le droit de décider librement de faire ou non une déclaration aux policiers. Cette idée s'accompagne d'un souci correspondant de préserver l'intégrité du processus judiciaire et la considération dont il jouit. Ce thème n'a pas toujours été dominant. On ne peut cependant en nier l'importance. Il existe toujours, tant dans la jurisprudence canadienne que dans les règles régissant les droits des suspects dans les autres pays. Comme le laisse entendre Kaufman, la question est de savoir s'il devrait prévaloir après l'adoption de la *Charte*.

(ii) Le privilège de ne pas s'incriminer

La deuxième règle qui touche de près au droit d'une personne de garder le silence lorsqu'elle est en mauvaise posture dans le processus criminel est le privilège de ne pas s'incriminer. Elle est distincte de la règle des confessions puisqu'elle s'applique au procès plutôt qu'à l'étape de l'enquête du processus criminel: voir l'arrêt *Marcoux c. La Reine*, [1976] 1 R.C.S. 763, aux pp. 768 et 769. Elle est cependant liée à la règle des confessions, tant sur le plan philosophique que pratique.

Sur le plan philosophique, les tribunaux ont souvent justifié la règle des confessions et le privi-

self-incrimination by reference to the right of every person not to be required to produce evidence against himself—*nemo tenetur seipsum accusare*. The privilege against self-incrimination, like the confessions rule, is rooted in an abhorrence of the interrogation practised by the old ecclesiastical courts and the Star Chamber and the notion which grew out of that abhorrence that the citizen involved in the criminal process must be given procedural protections against the overweening power of the state. While the privilege against self-incrimination relies in part on a notion which does not find place in the confessions rule—the obligation of the Crown to prove its case—it shares with that rule the notion that an accused person has no obligation to give evidence against himself, that he or she has the right to choose. This, it may be postulated, is the shared conceptual core of the two rules fundamental to the more general right to silence.

From a practical point of view, the relationship between the privilege against self-incrimination and the right to silence at the investigatorial phase is equally clear. The protection conferred by a legal system which grants the accused immunity from incriminating himself at trial but offers no protection with respect to pre-trial statements would be illusory. As Ratushny writes (*Self-Incrimination in the Canadian Criminal Process* (1979), at p. 253):

Furthermore, our system meticulously provides for a public trial only after a specific accusation and where the accused is protected by detailed procedures and strict evidentiary rules. Ordinarily he is represented by a lawyer to ensure that he in fact receives all of the protections to which he is entitled. The accused is under no legal or practical obligation to respond to the accusation until there is an evidentiary case to meet. There is a hypocrisy to a system which provides such protections but allows them all to be ignored at the pre-trial stage where interrogation frequently occurs in secret, after counsel has been denied, with no rules at all and often where the suspect or accused is deliberately misled about the evidence against him.

The privilege against self-incrimination clearly imports the right to choose whether to testify or to

lègue de ne pas s'incriminer en fonction du droit de toute personne de ne pas être obligée de témoigner contre elle-même—*nemo tenetur seipsum accusare*. Le privilège de ne pas s'incriminer, comme la règle des confessions, tire son origine de l'aversion pour les interrogatoires pratiqués par les anciens tribunaux ecclésiastiques et la Chambre Étoilée et de l'idée qui en a résulté que le citoyen impliqué dans le processus criminel doit bénéficier de garanties procédurales contre le pouvoir démesuré de l'État. Bien que le privilège de ne pas s'incriminer s'appuie en partie sur un concept qui n'a pas sa place dans la règle des confessions—l'obligation du ministère public de faire la preuve de l'infraction reprochée—it partage avec cette règle l'idée qu'un accusé n'est pas tenu de témoigner contre lui-même, qu'il a le droit de choisir. On peut supposer qu'il s'agit là du principal élément conceptuel commun aux deux règles, qui est essentiel au droit plus général de garder le silence.

D'un point de vue pratique, le rapport entre le privilège de ne pas s'incriminer et le droit de garder le silence à l'étape de l'enquête est tout aussi clair. La protection accordée par un système juridique qui confère à l'accusé le droit de ne pas s'incriminer au procès mais qui ne lui offre aucune protection à l'égard des déclarations faites antérieurement au procès serait illusoire. Comme Ratushny l'écrit (*Self-Incrimination in the Canadian Criminal Process* (1979), à la p. 253):

[TRADUCTION] En outre, notre système prévoit méticuleusement la tenue d'un procès public seulement après le dépôt d'une accusation spécifique et alors que l'accusé bénéficie de garanties procédurales détaillées et de règles de preuve sévères. L'accusé est habituellement représenté par un avocat qui veille à ce qu'il bénéficie véritablement de toutes les protections auxquelles il a droit. L'accusé n'est pas tenu légalement ou en pratique de répondre à l'accusation à moins de devoir réfuter une preuve. Il existe une certaine hypocrisie dans un système qui prévoit ces garanties mais qui permet qu'on les ignore à l'étape antérieure au procès lorsque l'interrogatoire se déroule souvent en secret, après que le droit à l'assistance d'un avocat a été refusé, sans aucune règle et souvent lorsque le suspect ou l'accusé est délibérément induit en erreur quant à la preuve qui existe contre lui.

Le privilège de ne pas s'incriminer comporte clairement le droit de choisir de témoigner ou de

remain silent. The accused is usually advised by counsel. The presence of the presiding judge precludes undue pressure by the Crown. The consequences of testifying or not are clear. The philosophic and practical relationship between the privilege against self-incrimination and the right of the suspect to silence prior to trial suggests that the same right of choice should prevail at the earlier phase of the criminal process.

(iii) Summary of Implications to be Drawn From the Rules Relating to the Right to Silence

Despite their differences, the common law confessions rule and the privilege against self-incrimination share a common theme—the right of the individual to choose whether to make a statement to the authorities or to remain silent, coupled with concern with the repute and integrity of the judicial process. If the measure of a fundamental principle of justice under s. 7 is to be found, at least in part, in the underlying themes common to the various rules related to it, then the measure of the right to silence may be postulated to reside in the notion that a person whose liberty is placed in jeopardy by the criminal process cannot be required to give evidence against himself or herself, but rather has the right to choose whether to speak or to remain silent. This suggests that the scope of the right of a detained person to silence prior to trial under s. 7 of the *Charter* must extend beyond the narrow view of the confessions rule which formed the basis of the decision of the majority of this Court in *Rothman*.

(c) The Scope of the Right of a Detained Person to Silence Suggested by Other Provisions of the Charter

The common law rules relating to the right to silence suggest that the essence of the right is the notion that the person whose freedom is placed in question by the judicial process must be given the choice of whether to speak to the authorities or not. The next question is whether this hypothesis is confirmed by consideration of the right to silence in the context of other *Charter* provisions.

garder le silence. L'accusé est habituellement conseillé par un avocat. La présence du juge qui préside empêche le ministère public d'exercer trop de pression. Les conséquences de la décision de témoigner ou non sont claires. Les rapports philosophiques et pratiques entre le privilège de ne pas s'incriminer et le droit du suspect de garder le silence avant le procès laissent entendre que le même droit de choisir devrait exister au début du processus criminel.

(iii) Résumé des conséquences des règles relatives au droit de garder le silence

Malgré leurs différences, la règle des confessions en common law et le privilège de ne pas s'incriminer ont un élément commun—le droit de la personne de choisir de faire une déclaration aux autorités ou de garder le silence, assorti d'un souci de préserver l'intégrité du processus judiciaire et la considération dont il jouit. Si la portée d'un principe de justice fondamentale au sens de l'art. 7 doit se trouver, du moins en partie, dans les thèmes sous-jacents communs aux diverses règles qui s'y rapportent, on peut alors présumer que la portée du droit de garder le silence réside dans l'idée qu'une personne dont la liberté est compromise par le processus criminel ne peut être tenue de témoigner contre elle-même mais qu'elle a plutôt le droit de choisir de s'exprimer ou de garder le silence. Cela signifie que la portée du droit d'une personne détenue de garder le silence avant le procès en vertu de l'art. 7 de la *Charte* doit s'étendre au-delà de la conception étroite de la règle des confessions qui a servi de fondement à l'opinion majoritaire de notre Cour dans l'arrêt *Rothman*.

h) c) La portée du droit d'une personne détenue de garder le silence selon les autres dispositions de la Charte

Les règles de common law relatives au droit de garder le silence laissent entendre que ce droit repose essentiellement sur l'idée qu'une personne dont la liberté est compromise par le processus judiciaire doit avoir le choix de parler ou non aux autorités. Il faut maintenant déterminer si cette hypothèse est confirmée par l'examen du droit de garder le silence dans le contexte d'autres dispositions de la *Charte*.

The rights of a person involved in the criminal process are governed by ss. 7 to 14 of the *Charter*. They are interrelated: *Re B.C. Motor Vehicle Act, supra*. It must be assumed that the framers of the *Charter* intended that they should be interpreted in such a manner that they form a cohesive and internally consistent framework for a fair and effective criminal process. For this reason, the scope of a fundamental principle of justice under s. 7 cannot be defined without reference to the other rights enunciated in this portion of the *Charter* as well as the more general philosophical thrusts of the *Charter*.

(i) Related Rights

The first *Charter* right of importance in defining the scope of the right to silence under s. 7 of the *Charter* at the pre-trial stage is the right to counsel under s. 10(b) of the *Charter*.

The scheme under the *Charter* to protect the accused's pre-trial right to silence may be described as follows. Section 7 confers on the detained person the right to choose whether to speak to the authorities or to remain silent. Section 10(b) requires that he be advised of his right to consult counsel and permitted to do so without delay.

The most important function of legal advice upon detention is to ensure that the accused understands his rights, chief among which is his right to silence. The detained suspect, potentially at a disadvantage in relation to the informed and sophisticated powers at the disposal of the state, is entitled to rectify the disadvantage by speaking to legal counsel at the outset, so that he is aware of his right not to speak to the police and obtains appropriate advice with respect to the choice he faces. Read together, ss. 7 and 10(b) confirm the right to silence in s. 7 and shed light on its nature.

The guarantee of the right to consult counsel confirms that the essence of the right is the accused's freedom to choose whether to make a statement or not. The state is not obliged to pro-

Les droits d'une personne impliquée dans le processus criminel sont régis par les art. 7 à 14 de la *Charte*. Ils sont intimement liés: *Renvoi: Motor Vehicle Act de la C.-B.*, précité. Il faut présumer que les rédacteurs de la *Charte* ont voulu qu'ils soient interprétés de manière à former le cadre cohérent et intérieurement logique nécessaire à l'équité et à l'efficacité du processus criminel. Pour cette raison, la portée d'un principe de justice fondamentale au sens de l'art. 7 ne peut être définie sans égard aux autres droits énoncés dans cette partie de la *Charte* ainsi que les objectifs philosophiques plus généraux de la *Charte*.

(i) Les droits connexes

Le premier droit d'importance reconnu par la *Charte* dans la définition de la portée du droit qu'a une personne, en vertu de l'art. 7 de la *Charte*, de garder le silence avant la tenue du procès est le droit à l'assistance d'un avocat garanti à l'al. 10b) de la *Charte*.

Le régime de la *Charte* pour ce qui est de protéger le droit de l'accusé de garder le silence avant le procès peut être décrit de la façon suivante. L'article 7 confère à la personne détenue le droit de choisir de parler aux autorités ou de garder le silence. L'alinéa 10b) exige qu'elle soit avisée de son droit à l'assistance d'un avocat et qu'elle puisse y avoir recours sans délai.

La fonction la plus importante de l'avis juridique au moment de la détention est d'assurer que l'accusé comprenne quels sont ses droits dont le principal est le droit de garder le silence. Le suspect détenu, exposé à se trouver en situation défavorable par rapport aux pouvoirs éclairés et sophistiqués dont dispose l'État, a le droit de rectifier cette situation défavorable en consultant un avocat dès le début afin d'être avisé de son droit de ne pas parler aux policiers et d'obtenir les conseils appropriés quant au choix qu'il doit faire. Pris ensemble, l'art. 7 et l'al. 10b) confirment le droit de garder le silence reconnu à l'art. 7 et nous éclairent sur sa nature.

La garantie du droit de consulter un avocat confirme que l'essence du droit est la liberté de l'accusé de choisir de faire ou non une déclaration. L'État n'est pas tenu de garantir que le suspect ne

tect the suspect against making a statement; indeed it is open to the state to use legitimate means of persuasion to encourage the suspect to do so. The state is, however, obliged to allow the suspect to make an informed choice about whether or not he will speak to the authorities. To assist in that choice, the suspect is given the right to counsel.

This suggests that the drafters of the *Charter* viewed the ambit of the right to silence embodied in s. 7 as extending beyond the narrow formulation of the confessions rule, comprehending not only the negative right to be free of coercion induced by threats, promises or violence, but a positive right to make a free choice as to whether to remain silent or speak to the authorities.

I should not be taken as suggesting that the right to make an informed choice whether to speak to the authorities or to remain silent necessitates a particular state of knowledge on the suspect's part over and above the basic requirement that he possess an operating mind. The *Charter* does not place on the authorities and the courts the impossible task of subjectively gauging whether the suspect appreciates the situation and the alternatives. Rather, it seeks to ensure that the suspect is in a position to make an informed choice by giving him the right to counsel. The guarantee of the right to counsel in the *Charter* suggests that the suspect must have the right to choose whether to speak to the police or not, but it equally suggests that the test for whether that choice has been violated is essentially objective. Was the suspect accorded his or her right to consult counsel? By extension, was there other police conduct which effectively deprived the suspect of the right to choose to remain silent, thus negating the purpose of the right to counsel?

The second *Charter* right relevant to the ambit of the right to silence conferred by s. 7 is the privilege against self-incrimination. This right has been enshrined in s. 11(c) of the *Charter*, which provides that no one can be required to give evidence against himself, and echoed in s. 13 of the *Charter*, which prevents evidence given by a wit-

fasse pas de déclaration; l'État est, en fait, libre d'utiliser des moyens de persuasion légitimes pour encourager le suspect à le faire. L'État est cependant tenu de permettre au suspect de faire un choix éclairé quant à savoir s'il parlera ou non aux autorités. Pour faciliter ce choix, le suspect a droit à l'assistance d'un avocat.

Cela donne à entendre que les rédacteurs de la *Charte* ont considéré que la portée du droit de garder le silence, consacré à l'art. 7, s'étend au-delà de la formulation étroite de la règle des confessions, pour englober non seulement le droit, formulé en termes négatifs, de ne pas faire l'objet d'une contrainte par suite de menaces, de promesses ou de violence, mais aussi le droit absolu de choisir librement de garder le silence ou de parler aux autorités.

Je ne dis pas que le droit de faire un choix éclairé quant à savoir s'il parlera aux autorités ou s'il gardera le silence exige du suspect des connaissances particulières en sus de l'exigence fondamentale qu'il possède un état d'esprit conscient. La *Charte* n'impose ni aux autorités ni aux tribunaux la tâche impossible d'évaluer subjectivement si le suspect est conscient de la situation et des options qui s'offrent à lui. Elle vise plutôt à assurer que le suspect est en mesure de faire un choix éclairé en lui accordant le droit à l'assistance d'un avocat. Le droit à l'assistance d'un avocat garanti dans la *Charte* signifie que le suspect doit avoir le droit de choisir de parler ou non aux policiers, mais il signifie également que le critère permettant de déterminer si on a contrevenu à ce choix est essentiellement objectif. A-t-on accordé au suspect le droit à l'assistance d'un avocat? Par extension, y a-t-il eu une autre conduite policière qui a effectivement privé le suspect du droit de choisir de garder le silence et qui a donc éclipsé l'objet du droit à l'assistance d'un avocat?

Le deuxième droit, garanti par la *Charte*, qui soit applicable à la portée du droit de garder le silence conféré par l'art. 7 est le privilège de ne pas s'incriminer. Ce droit a été encaissé à l'al. 11c) de la *Charte*, qui prévoit qu'aucune personne ne peut être tenue de témoigner contre elle-même, et se retrouve à l'art. 13 de la *Charte*, qui interdit qu'un

ness being used against the witness in a subsequent proceeding. I have earlier suggested that these rights may be diminished to the extent that a person may be compelled to make statements at the pre-trial stage. It follows that if the *Charter* guarantees against self-incrimination at trial are to be given their full effect, an effective right of choice as to whether to make a statement must exist at the pre-trial stage.

I conclude that the consideration of other rights under the *Charter* suggests that the right to silence of a detained person under s. 7 of the *Charter* must be broad enough to accord to the detained person a free choice on the matter of whether to speak to the authorities or to remain silent.

(ii) *The Philosophy of the Charter With Respect to Improperly Obtained Evidence*

The narrow view of the confessions rule adopted in Canada in recent years stems primarily from the *Wray* approach which emphasized reliability of evidence and virtually removed the discretion of the courts to reject statements on the ground they had been obtained unfairly.

The *Charter* introduced a marked change in philosophy with respect to the reception of improperly or illegally obtained evidence. Section 24(2) stipulates that evidence obtained in violation of rights may be excluded if it would tend to bring the administration of justice into disrepute, regardless of how probative it may be. No longer is reliability determinative. The *Charter* has made the rights of the individual and the fairness and integrity of the judicial system paramount. The logic upon which *Wray* was based, and which led the majority in *Rothman* to conclude that a confession obtained by a police trick could not be excluded, finds no place in the *Charter*. To say there is no discretion to exclude a statement on grounds of unfairness to the suspect and the integrity of the judicial system, as did the majority in *Rothman*, runs counter to the fundamental philosophy of the *Charter*.

témoignage donné par un témoin soit utilisé contre lui dans une procédure ultérieure. J'ai déjà dit que ces droits peuvent être restreints dans la mesure où une personne peut être contrainte à faire des déclarations avant le procès. Il s'ensuit que si les droits, garantis par la *Charte*, de ne pas s'incriminer au procès doivent être pleinement mis à exécution, un véritable droit de choisir de faire une déclaration doit exister avant le procès.

b Je conclus que l'examen des autres droits reconnus par la *Charte* indique que le droit d'une personne détenue de garder le silence en vertu de l'art. 7 de la *Charte* doit être suffisamment général pour lui accorder le libre choix de parler aux autorités ou de garder le silence.

(ii) *La philosophie de la Charte quant à la preuve obtenue de façon irrégulière*

d La conception étroite de la règle des confessions adoptée au Canada au cours des dernières années découle essentiellement de la méthode adoptée dans l'arrêt *Wray* qui mettait l'accent sur la fiabilité du témoignage et supprimait pratiquement tout pouvoir discrétionnaire des tribunaux de rejeter des déclarations pour le motif qu'elles ont été obtenues de façon inéquitable.

f La *Charte* a apporté un changement de philosophie important quant à la réception de la preuve obtenue de façon irrégulière ou illégale. Le paragraphe 24(2) prévoit que la preuve obtenue dans des conditions qui portent atteinte aux droits garantis peut être écartée si elle est susceptible de déconsidérer l'administration de la justice, sans égard à sa valeur probante. La fiabilité n'est donc plus déterminante. La *Charte* accorde une importance prépondérante aux droits de la personne ainsi qu'à l'équité et à l'intégrité du système judiciaire. Le raisonnement à l'origine de l'arrêt *Wray*, qui a incité la majorité dans l'arrêt *Rothman* à conclure qu'une confession obtenue au moyen d'un artifice des policiers ne pouvait être écartée, n'a pas sa place dans la *Charte*. Affirmer qu'il n'existe aucun pouvoir discrétionnaire d'écartier une déclaration en raison de son caractère inéquitable pour le suspect et de l'atteinte à l'intégrité du système judiciaire, comme l'a fait la majorité dans l'arrêt *Rothman*, est contraire à la philosophie fondamentale de la *Charte*.

This suggests that the right of a detained person to silence under s. 7 of the *Charter* should be viewed as broader in scope than the confessions rule as it stood in Canada at the time of the adoption of the *Charter*. The right must reflect the *Charter's* concerns with individual freedom and the integrity of the judicial process, and permit the exclusion of evidence which offends these values.

(iii) *The Purpose of the Right to Silence Under the Charter*

An investigation of the ambit of a right or principle of fundamental justice under the *Charter* necessarily involves consideration of the underlying value which the right was designed to protect. This is the "purposive approach" set out by Dickson J. (as he then was) in *Hunter v. Southam Inc.*, [1984] 2 S.C.R. 145.

Section 7 and the more specific procedural guarantees which follow it are generally concerned with the proper balance between the respective rights of the individual and the state in judicial proceedings where the accused's life, liberty or security of person is at stake. It guarantees the individual's life, liberty and security of person. But it recognizes that these rights are not absolute. In certain circumstances, the state may properly deprive a person of these interests. But it must do so in conformity with the principles of fundamental justice.

In a broad sense, the purpose of ss. 7 to 14 is two-fold to preserve the rights of the detained individual, and to maintain the repute and integrity of our system of justice. More particularly, it is to the control of the superior power of the state *vis-à-vis* the individual who has been detained by the state, and thus placed in its power, that s. 7 and the related provisions that follow are primarily directed. The state has the power to intrude on the individual's physical freedom by detaining him or her. The individual cannot walk away. This physical intrusion on the individual's mental liberty in turn may enable the state to infringe the individu-

Cela porte à conclure qu'on devrait considérer que le droit d'une personne détenue de garder le silence en vertu de l'art. 7 de la *Charte* est de portée plus générale que la règle des confessions telle qu'elle existait au Canada lors de l'adoption de la *Charte*. Le droit doit traduire les préoccupations de la *Charte* à l'égard de la liberté individuelle et de l'intégrité du processus judiciaire et permettre qu'une preuve qui porte atteinte à ces valeurs soit écartée.

(iii) *Le but du droit de garder le silence en vertu de la Charte*

c L'examen de la portée d'un droit ou d'un principe de justice fondamentale prévu par la *Charte* comporte nécessairement l'examen de la valeur sous-jacente que le droit vise à protéger. Il s'agit de «l'interprétation fondée sur l'objet visé» formulée par le juge Dickson (maintenant Juge en chef) dans l'arrêt *Hunter c. Southam Inc.*, [1984] 2 R.C.S. 145.

e L'article 7 et les garanties procédurales plus spécifiques qui suivent visent généralement le juste équilibre entre les droits respectifs de l'individu et de l'État dans les procédures judiciaires où la vie, la liberté ou la sécurité de l'accusé est compromise. f L'article 7 garantit le droit de l'individu à la vie, à la liberté et à la sécurité de sa personne. Mais il reconnaît que ces droits ne sont pas absous. Dans certaines circonstances, l'État peut à juste titre priver une personne de ces droits. Mais cela doit se faire en conformité avec les principes de justice fondamentale.

De façon générale, les art. 7 à 14 poursuivent un double objet, celui de protéger les droits de la personne détenue et celui de préserver l'intégrité de notre système de justice et la considération dont il jouit. De façon plus particulière, l'art. 7 et les dispositions connexes qui suivent portent principalement sur le contrôle du pouvoir supérieur de l'État *vis-à-vis* de l'individu qui est détenu par l'État et donc assujetti à son pouvoir. L'État a le pouvoir de porter atteinte à la liberté physique d'un individu en le détenant. L'individu ne peut s'esquiver. Cette atteinte physique à la liberté psychologique de l'individu peut à son tour per-

al's mental liberty by techniques made possible by its superior resources and power.

The *Charter* through s. 7 seeks to impose limits on the power of the state over the detained person. It thus seeks to effect a balance between the interests of the detained individual and those of the state. On the one hand s. 7 seeks to provide to a person involved in the judicial process protection against the unfair use by the state of its superior resources. On the other, it maintains to the state the power to deprive a person of life, liberty or security of person provided that it respects fundamental principles of justice. The balance is critical. Too much emphasis on either of these purposes may bring the administration of justice into disrepute—in the first case because the state has improperly used its superior power against the individual, in the second because the state's legitimate interest in law enforcement has been frustrated without proper justification.

The right to silence conferred by s. 7 reflects these values. The suspect, although placed in the superior power of the state upon detention, retains the right to choose whether or not he will make a statement to the police. To this end, the *Charter* requires that the suspect be informed of his or her right to counsel and be permitted to consult counsel without delay. If the suspect chooses to make a statement, the suspect may do so. But if the suspect chooses not to, the state is not entitled to use its superior power to override the suspect's will and negate his or her choice.

The scope of the right to silence must be defined broadly enough to preserve for the detained person the right to choose whether to speak to the authorities or to remain silent, notwithstanding the fact that he or she is in the superior power of the state. On this view, the scope of the right must extend to exclude tricks which would effectively deprive the suspect of this choice. To permit the authorities to trick the suspect into making a confession to them after he or she has exercised the right of conferring with counsel and declined to make a statement, is to permit the authorities to

mettre à l'État de porter atteinte à cette liberté de l'individu par des méthodes auxquelles il peut recourir grâce à ses ressources et à son pouvoir supérieurs.

^a Par l'intermédiaire de l'art. 7, la *Charte* tente de restreindre le pouvoir de l'État sur la personne détenue. Elle tente donc d'établir un équilibre entre les intérêts de la personne détenue et ceux de l'État. D'une part, l'art. 7 cherche à protéger la personne visée par le processus judiciaire contre l'emploi inéquitable des ressources supérieures de l'État. D'autre part, il conserve à l'État son pouvoir de porter atteinte aux droits d'un individu à la vie, à la liberté ou à la sécurité de sa personne pourvu qu'il respecte les principes de justice fondamentale. Cet équilibre est crucial. Accorder une trop grande importance à l'un ou l'autre de ces objets est susceptible de déconsidérer l'administration de la justice—dans le premier cas, parce que l'État a fait un usage irrégulier de son pouvoir supérieur contre l'individu et, dans le second parce que l'intérêt légitime de l'État dans l'application des lois a été contrecarré sans raison valable.

^b Le droit de garder le silence conféré par l'art. 7 reflète ces valeurs. Bien qu'assujetti au pouvoir supérieur de l'État au moment de la détention, le suspect conserve le droit de choisir de faire ou non une déclaration aux policiers. À cette fin, la *Charte* exige que le suspect soit avisé de son droit à l'assistance d'un avocat et qu'il puisse y avoir recours sans délai. Si le suspect choisit de faire une déclaration, il peut le faire. Mais si le suspect choisit de ne pas en faire, l'État ne peut utiliser son pouvoir supérieur pour faire fi de la volonté du suspect et nier son choix.

^c La portée du droit de garder le silence doit être définie de façon suffisamment générale pour que la personne détenue conserve le droit de choisir de parler ou non aux autorités ou de garder le silence, sans égard au fait qu'elle soit assujettie au pouvoir supérieur de l'État. Selon cette conception, le droit doit être de portée suffisamment large pour exclure les artifices qui priveraient réellement le suspect de son choix. Permettre aux autorités de faire usage d'artifices pour amener le suspect à faire une confession après qu'il a exercé le droit de consulter un avocat et refusé de faire une déclara-

do indirectly what the *Charter* does not permit them to do directly. This cannot be in accordance with the purpose of the *Charter*.

(iv) Summary of Implications to be Drawn from Related Charter Provisions

Charter provisions related to the right to silence of a detained person under s. 7 suggest that the right must be interpreted in a manner which secures to the detained person the right to make a free and meaningful choice as to whether to speak to the authorities or to remain silent. A lesser protection would be inconsistent not only with the implications of the right to counsel and the right against self-incrimination affirmed by the *Charter*, but with the underlying philosophy and purpose of the procedural guarantees the *Charter* enshrines.

(d) Conclusion on the Scope of the Right to Silence

The common law rules related to the right to silence suggest that the scope of the right in the pre-trial detention period must be based on the fundamental concept of the suspect's right to choose whether to speak to the authorities or remain silent. Any doubt on the question is resolved by consideration of related rights protected by the *Charter*, by the *Charter*'s approach to the question of improperly obtained evidence, and by the fundamental purpose of the right to silence and related procedural guarantees. In keeping with the approach inaugurated by the *Charter*, our courts must adopt an approach to pre-trial interrogation which emphasizes the right of the detained person to make a meaningful choice and permits the rejection of statements which have been obtained unfairly in circumstances that violate that right of choice.

The right to choose whether or not to speak to the authorities is defined objectively rather than subjectively. The basic requirement that the suspect possess an operating mind has a subjective element. But this established, the focus under the *Charter* shifts to the conduct of the authorities

tion, revient à permettre aux autorités de faire indirectement ce que la *Charte* ne leur permet pas de faire directement. Cela ne peut être conforme à l'objet de la *Charte*.

(iv) Résumé des conséquences des dispositions connexes de la Charte

Les dispositions de la *Charte* qui se rapportent au droit d'une personne détenue de garder le silence en vertu de l'art. 7 semblent indiquer que ce droit doit être interprété de manière à garantir à la personne détenue le droit de faire un choix libre et utile quant à la décision de parler aux autorités ou de garder le silence. Une protection moindre serait incompatible non seulement avec les incidences du droit à l'assistance d'un avocat et du droit de ne pas s'incriminer confirmés par la *Charte*, mais aussi avec la philosophie et l'objet qui sous-tendent les garanties procédurales contenues dans la *Charte*.

d) Conclusion sur la portée du droit de garder le silence

Les règles de common law qui se rapportent au droit de garder le silence indiquent que la portée du droit pendant la détention avant le procès doit être fondée sur la notion fondamentale du droit du suspect de choisir de parler aux autorités ou de garder le silence. Toute incertitude à cet égard est résolue par l'examen des droits connexes protégés par la *Charte*, par la façon dont la *Charte* aborde la question de la preuve obtenue de façon irrégulière et par l'objet fondamental du droit de garder le silence et des garanties procédurales connexes. Conformément à la méthode instaurée par la *Charte*, nos tribunaux doivent adopter à l'égard des interrogatoires qui précèdent le procès une démarche qui insiste sur le droit de la personne détenue de faire un choix utile et qui permette d'écartier les déclarations qui ont été obtenues de façon inéquitable dans des circonstances qui violent ce droit de choisir.

Le droit de choisir de parler ou non aux autorités est défini de façon objective plutôt que subjective. L'exigence fondamentale que le suspect possède un état d'esprit conscient comporte un élément subjectif. Mais cela étant dit, il faut, en vertu de la *Charte*, se concentrer sur la conduite

vis-à-vis the suspect. Was the suspect accorded the right to consult counsel? Was there other police conduct which effectively and unfairly deprived the suspect of the right to choose whether to speak to the authorities or not?

Such a change, while important, is far from radical. It retains the essentially objective approach of the traditional confessions rule, while increasing the range of police conduct which may be considered in determining the admissibility of a suspect's statement, and it conforms to current trends in the law. Even before the *Charter*, this Court had taken a step away from the traditional "threat-promise" formula by recognizing that the decision to speak to the police must be the product of an operating mind. Moreover, experience in other jurisdictions—and in ours, I venture to suggest—has proven the traditional *Ibrahim* formulation of the confessions rule too narrow. The idea that judges can reject confessions on grounds of unfairness and concerns for the repute and integrity of the judicial process has long been accepted in other democratic countries without apparent adverse consequences. Thus in England, Australia and New Zealand the traditional confessions rule has been supplemented by judicial discretion. In the United States it has been abandoned. In Canada, its retention has been marked by continual tension between minority and majority viewpoints, between what trial judges feel they should do in justice and what they find they are compelled to do. To those tensions has now been added an evident tension with the philosophy underlying the *Charter*. The jurisprudence on the rights of detained persons can only benefit, in my view, from rejection of the narrow confessions formula and adoption of a rule which permits consideration of the accused's informed choice, as well as fairness to the accused and the repute of the administration of justice.

Finally, the change proposed arguably strikes a proper and justifiable balance between the interest

des autorités vis-à-vis du suspect. A-t-on accordé au suspect le droit à l'assistance d'un avocat? La conduite des policiers a-t-elle effectivement et inéquitablement privé le suspect du droit de choisir de parler ou non aux autorités?

Bien qu'il soit important, ce changement est loin d'être radical. Il conserve l'interprétation essentiellement objective de la règle traditionnelle des confessions, tout en élargissant la gamme des conduites policières qui peuvent être examinées pour déterminer l'admissibilité d'une déclaration d'un suspect, et il est conforme aux tendances actuelles du droit. Même avant l'adoption de la *Charte*, notre Cour avait déjà entrepris de s'écartier de la formule traditionnelle des menaces et des promesses en reconnaissant que la décision de parler aux policiers doit résulter d'un état d'esprit conscient. En outre, l'expérience dans d'autres ressorts—and dans le nôtre, j'oserais dire—a démontré que la règle traditionnelle des confessions formulée dans l'arrêt *Ibrahim* était trop étroite. D'autres pays démocratiques acceptent depuis longtemps que les juges puissent écarter des confessions pour cause d'iniquité et parce qu'ils craignent qu'elles portent atteinte à l'intégrité du processus judiciaire et à la considération dont il jouit, et ce, sans conséquences néfastes apparentes. Ainsi, en Angleterre, en Australie et en Nouvelle-Zélande, le pouvoir discrétionnaire judiciaire est venu compléter la règle traditionnelle des confessions. Aux États-Unis, cette règle a été abandonnée. Au Canada, son maintien a été caractérisé par des tensions continues entre les opinions minoritaires et majoritaires, entre ce que les juges du procès pensent devoir faire en toute justice et ce qu'ils estiment être obligés de faire. À ces tensions s'ajoute maintenant celle qui résulte nettement de la philosophie fondamentale de la *Charte*. À mon avis, la jurisprudence sur les droits d'une personne détenue ne peut que bénéficier du rejet de la formulation étroite de la règle des confessions et de l'adoption d'une règle qui permette de tenir compte du choix éclairé de l'accusé, ainsi que de l'équité envers celui-ci et de la considération dont jouit l'administration de la justice.

Enfin, on peut prétendre que le changement proposé établit un équilibre approprié et justifiable

of the state in law enforcement and the interest of the suspect. The alternative—the strict post-*Wray* application of the confessions rule—leaves courts powerless to correct abuses of power by the state against the individual, so long as the objective formalities of the “threat-promise” formula are filled and the statement is reliable. Drawing the balance where I have suggested the *Charter* draws it permits the courts to correct abuses of power against the individual, while allowing them to nevertheless admit evidence under s. 24(2) where, despite a *Charter* violation, the admission would not bring the administration of justice into disrepute.

This approach may be distinguished from an approach which assumes an absolute right to silence in the accused, capable of being discharged only by waiver. On that approach, all statements made by a suspect to the authorities after detention would be excluded unless the accused waived his right to silence. Waiver, as defined in *Clarkson v. The Queen*, [1986] 1 S.C.R. 383, is a subjective concept dependent, among other things, on the accused’s knowing that he is speaking to the authorities. On this approach, all statements made by a person in detention which were not knowingly made to a police officer would be excluded because, absent knowledge that the suspect is speaking to a police officer, the Crown cannot establish waiver. This would include statements made to undercover agents (regardless of whether the officer is merely passive or has elicited the statement) as well as conversations with fellow prisoners overheard by the police and statements overheard through mechanical listening devices on the wall. There is nothing in the rules underpinning the s. 7 right to silence or other provisions of the *Charter* that suggests that the scope of the right to silence should be extended this far. By contrast, the approach I advocate retains the objective approach to confessions which has always prevailed in our law and would permit the rule to be subject to the following limits.

entre l’intérêt de l’État en matière d’application des lois et l’intérêt du suspect. L’autre option—l’application stricte de la règle des confessions à la suite de l’arrêt *Wray*—prive les tribunaux du pouvoir de corriger les abus de pouvoir dont un particulier a fait l’objet de la part de l’État dans la mesure où les formalités objectives de la règle des menaces et des promesses sont respectées et où la déclaration est digne de foi. Si on établit l’équilibre là où je crois que la *Charte* l’établit, on permet aux tribunaux de corriger les abus de pouvoir dont a été victime un particulier tout en leur permettant d’admettre une preuve en vertu du par. 24(2) lorsque, malgré une violation de la *Charte*, son utilisation n’est pas susceptible de déconsidérer l’administration de la justice.

Cette conception peut être distinguée d’une conception qui reconnaît à l’accusé un droit absolu de garder le silence qui ne pourrait être écarté que par renonciation. Selon cette conception, toutes les déclarations faites par un suspect aux autorités après sa mise en détention seraient écartées à moins qu’il n’ait renoncé à son droit de garder le silence. Selon la définition qu’en donne l’arrêt *Clarkson c. La Reine*, [1986] 1 R.C.S. 383, la renonciation est un concept subjectif qui dépend notamment de la connaissance qu’a l’accusé du fait qu’il parle aux autorités. Selon cette conception, toutes les déclarations faites par une personne détenue qui ne savait pas qu’elle s’adressait à un policier seraient écartées, car si le suspect ne savait pas qu’il parlait à un policier, le ministère public ne peut faire la preuve de la renonciation. Cela comprendrait les déclarations faites à des agents banalisés (sans égard à la question de savoir si l’agent n’a eu qu’une attitude passive ou s’il a amené la personne à faire la déclaration) ainsi que les conversations avec des compagnons de prison que les policiers écoutent et les déclarations entendues au moyen d’appareils d’écoute électronique dans les murs. Rien dans les règles qui étayent le droit de garder le silence à l’art. 7 ou les autres dispositions de la *Charte* ne laisse entendre que la portée du droit de garder le silence devrait être étendue à ce point. Par contre, l’interprétation que je préconise retient la conception objective de la règle des confessions qui a toujours prévalu dans notre droit et permettrait d’assujettir la règle aux limites suivantes.

First, there is nothing in the rule to prohibit the police from questioning the accused in the absence of counsel after the accused has retained counsel. Presumably, counsel will inform the accused of the right to remain silent. If the police are not posing as undercover officers and the accused chooses to volunteer information, there will be no violation of the *Charter*. Police persuasion, short of denying the suspect the right to choose or depriving him of an operating mind, does not breach the right to silence.

Second, it applies only after detention. Undercover operations prior to detention do not raise the same considerations. The jurisprudence relating to the right to silence has never extended protection against police tricks to the pre-detention period. Nor does the *Charter* extend the right to counsel to pre-detention investigations. The two circumstances are quite different. In an undercover operation prior to detention, the individual from whom information is sought is not in the control of the state. There is no need to protect him from the greater power of the state. After detention, the situation is quite different; the state takes control and assumes the responsibility of ensuring that the detainee's rights are respected.

Third, the right to silence predicated on the suspect's right to choose freely whether to speak to the police or to remain silent does not affect voluntary statements made to fellow cell mates. The violation of the suspect's rights occurs only when the Crown acts to subvert the suspect's constitutional right to choose not to make a statement to the authorities. This would be the case regardless of whether the agent used to subvert the accused's right was a cell mate, acting at the time as a police informant, or an undercover police officer.

Fourth, a distinction must be made between the use of undercover agents to observe the suspect, and the use of undercover agents to actively elicit

Premièrement, la règle n'interdit aucunement aux policiers d'interroger l'accusé en l'absence de l'avocat après que l'accusé a eu recours à ses services. Il faut présumer que l'avocat aura avisé l'accusé de son droit de garder le silence. Si les policiers n'interviennent pas comme agents banalisés et que l'accusé choisit volontairement de donner des renseignements, il n'y aura aucune violation de la *Charte*. La persuasion policière qui ne prive pas le suspect de son droit de choisir ni de son état d'esprit conscient ne viole pas le droit de garder le silence.

Deuxièmement, la règle ne s'applique qu'après la mise en détention. Les opérations secrètes qui ont lieu avant la détention ne soulèvent pas les mêmes considérations. La jurisprudence relative au droit de garder le silence n'a jamais étendu à la période qui précède la détention la protection contre les artifices utilisés par les policiers. La *Charte* n'étend pas non plus le droit à l'assistance d'un avocat aux enquêtes qui précèdent la détention. Les deux situations sont très différentes. Au cours d'une opération secrète qui précède la détention, la personne de qui l'on tente d'obtenir des renseignements n'est pas sous le contrôle de l'État. Il n'y a aucune raison de la protéger du pouvoir supérieur de l'État. Après la mise en détention, la situation est tout à fait différente; l'État prend le contrôle et a la responsabilité de garantir que les droits du détenu sont respectés.

Troisièmement, le droit de garder le silence fondé sur le droit du suspect de choisir librement de parler aux policiers ou de garder le silence ne porte pas atteinte aux déclarations faites volontairement à des compagnons de cellule. Il n'y a violation des droits du suspect que lorsque le ministère public agit de façon à miner le droit constitutionnel du suspect de choisir de ne pas faire de déclaration aux autorités. Il en serait ainsi peu importe que l'intermédiaire auquel on a eu recours pour miner le droit de l'accusé soit un compagnon de cellule, agissant à ce moment comme indicateur de police, ou un policier banalisé.

Quatrièmement, il faut établir une distinction entre le recours à des agents banalisés pour observer le suspect et le recours à des agents banalisés

information in violation of the suspect's choice to remain silent. When the police use subterfuge to interrogate an accused after he has advised them that he does not wish to speak to them, they are improperly eliciting information that they were unable to obtain by respecting the suspect's constitutional right to silence: the suspect's rights are breached because he has been deprived of his choice. However, in the absence of eliciting behaviour on the part of the police, there is no violation of the accused's right to choose whether or not to speak to the police. If the suspect speaks, it is by his or her own choice, and he or she must be taken to have accepted the risk that the recipient may inform the police.

It may be noted that a similar distinction has been made in the United States under the Sixth Amendment, which provides that "In all criminal prosecutions the accused shall . . . have the assistance of counsel for his defence". American courts have consistently held that the use of undercover police to question an accused in prison violates this amendment as the accused has the right to have his lawyer present when being questioned. The leading case is *Kuhlmann v. Wilson*, 477 U.S. 436 (1986). There, the police paid an informer to listen to and report the accused's incriminating evidence but gave the informer explicit instructions not to elicit any information. The Supreme Court of the United States held that the evidence was admissible, concluding that "the defendant must demonstrate that the police and their informant took some action, beyond merely listening, that was designed deliberately to elicit incriminating remarks" (p. 459). Thus, even under the arguably more stringent American constitutional protection, the law permits the use of a police informant after detention, provided he or she does not take active and intentional steps to elicit a confession.

Some Canadian police forces appear to already be following the rules implicit in this approach. Thus in *R. v. Logan* (1988), 46 C.C.C. (3d) 354 (Ont. C.A.), it is stated at p. 365:

pour obtenir de façon active des renseignements contrairement au choix du suspect de garder le silence. Lorsque les policiers font usage d'artifices pour interroger un accusé après que celui-ci leur a dit qu'il ne voulait pas leur parler, ils tentent alors d'obtenir de façon irrégulière des renseignements qu'ils ne pouvaient obtenir en respectant le droit constitutionnel du suspect de garder le silence: les droits du suspect sont violés parce qu'il a été privé de son choix. Cependant, en l'absence d'un tel comportement de la part des policiers, il n'y a aucune violation du droit de l'accusé de choisir de parler ou non aux policiers. Si le suspect parle, c'est parce qu'il a choisi de le faire et il faut présumer qu'il a accepté de courir le risque que son interlocuteur puisse informer les policiers.

Il convient de souligner qu'une distinction similaire a été faite aux États-Unis en vertu du Sixième amendement qui prévoit que [TRADUCTION] «Dans toutes les poursuites criminelles, l'accusé aura droit [...] à l'assistance d'un avocat pour sa défense». Les tribunaux américains ont toujours conclu que le recours à des agents banalisés pour interroger un accusé en prison viole cet amendement puisque l'accusé peut exiger la présence de son avocat lorsqu'il est interrogé. L'arrêt de principe est *Kuhlmann v. Wilson*, 477 U.S. 436 (1986). Dans cette affaire, les policiers avaient payé un indicateur pour qu'il écoute et rapporte la déclaration incriminante de l'accusé, mais lui avaient explicitement dit de ne pas amener l'accusé à donner des renseignements. La Cour suprême des États-Unis a statué que la preuve était admissible, concluant que [TRADUCTION] «le défendeur doit démontrer que les policiers et leur indicateur ont pris certaines mesures, autres que le simple fait d'écouter, dans le but délibéré de l'amener à tenir des propos incriminants» (p. 459). Ainsi, même en vertu de la protection constitutionnelle américaine que l'on peut prétendre plus sévère, le droit permet le recours à un indicateur de la police après la mise en détention pourvu qu'il ne prenne pas de mesure active et délibérée en vue d'obtenir une confession.

Certains corps de police canadiens semblent déjà suivre les règles implicites de cette conception. En effet, dans l'arrêt *R. v. Logan* (1988), 46 C.C.C. (3d) 354 (C.A. Ont.), on dit, à la p. 365:

In his evidence, P.C. Grant (testifying under the pseudonym used by him in the undercover operation) said:

(P)art of my instructions entailed—and it was made quite clear to me that *I was not to initiate any conversation, if possible, with the accused persons* and in the event that we did or were able to get in conversations with these persons, that *we would not ask leading questions or lead them on to the area in which I was attempting to gather information for.*

(W)e were to act as normal as possible and of course from further instructions from the official we had a very good idea of what would be an acceptable line of conversation, what questions woud [sic] be acceptable, what wouldn't be acceptable. [Emphasis added in original.]

Moreover, even where a violation of the detainee's rights is established the evidence may, where appropriate, be admitted. Only if the court is satisfied that its reception would be likely to bring the administration of justice into disrepute can the evidence be rejected: s. 24(2). Where the police have acted with due care for the accused's rights, it is unlikely that the statements they obtain will be held inadmissible.

(e) Application of the Right to Silence in this Case

The essence of the right to silence is that the suspect be given a choice; the right is quite simply the freedom to choose—the freedom to speak to the authorities on the one hand, and the freedom to refuse to make a statement to them on the other. This right of choice comprehends the notion that the suspect has been accorded the right to consult counsel and thus to be informed of the alternatives and their consequences, and that the actions of the authorities have not unfairly frustrated his or her decision on the question of whether to make a statement to the authorities.

In this case, the accused exercised his choice not to speak to the police when he advised them that he did not wish to make a statement. When he later spoke to the undercover policeman, he was not reversing that decision and choosing to speak to the police. He was choosing to speak to a fellow prisoner, which is quite a different matter. The

[TRADUCTION] Dans son témoignage, P.C. Grant (témoignant sous le pseudonyme qu'il a utilisé au cours de l'opération secrète) a dit:

(U)ne partie de mes instructions prévoient—et on m'a fait comprendre très clairement que *je ne devais pas, dans la mesure du possible, engager de conversation avec les accusés* et que si nous engagions ou étions en mesure d'engager la conversation avec ces personnes, *nous ne devions pas leur poser de questions suggestives ou les amener à parler de choses au sujet desquelles je tentais d'obtenir des renseignements.*

(N)ous devions agir de la manière la plus normale possible et après avoir évidemment reçu d'autres instructions du policier nous avions une bonne idée de ce qui serait un type de conversation acceptable, quelles questions seraient acceptables et quelles questions ne le seraient pas. [En italique dans l'original.]

En outre, même lorsqu'une violation des droits du détenu est établie, la preuve obtenue peut, si cela est indiqué, être utilisée. Ce n'est que si le tribunal est convaincu que sa réception est susceptible de déconsidérer l'administration de la justice que cette preuve peut être rejetée: par. 24(2). Lorsque les policiers ont agi en respectant dûment les droits de l'accusé, il est peu probable que les déclarations obtenues seront jugées inadmissibles.

e) L'application du droit de garder silence en l'espèce

Le droit de garder le silence consiste essentiellement à accorder au suspect un choix; il s'agit tout simplement de la liberté de choisir—la liberté de parler aux autorités, d'une part, et la liberté de refuser de leur faire une déclaration, d'autre part. Ce droit de choisir signifie que le suspect s'est vu accorder le droit à l'assistance d'un avocat et qu'il a donc été informé des options qui s'offraient à lui et de leurs conséquences, et que les actes des autorités ne l'ont pas empêché de façon inéquitable de décider de leur faire ou non une déclaration.

En l'espèce, l'accusé a exercé son choix de ne pas parler aux policiers lorsqu'il leur a dit qu'il ne voulait pas faire de déclaration. Plus tard, lorsqu'il a parlé à l'agent banalisé, il n'avait pas modifié cette décision ni choisi de parler aux policiers. Il a choisi de parler à un compagnon de prison, ce qui est bien différent. En usant d'un artifice pour

Crown, in using a trick to negate his decision not to speak, violated his rights.

II. Section 1 of the Charter

Having found a violation of s. 7, the question arises of whether s. 1 of the *Charter* has application. In my view, it does not, since the conduct here in question is not a limit "prescribed by law" within s. 1.

In *R. v. Thomsen*, [1988] 1 S.C.R. 640, at pp. 650-51, Le Dain J. stated for the Court:

The limit will be prescribed by law within the meaning of s. 1 if it is expressly provided for by statute or regulation, or results by necessary implication from the terms of a statute or regulation or from its operating requirements. The limit may also result from the application of a common law rule.

The police conduct here at issue does not meet this test. It was not done in execution of or by necessary implication from a statutory or regulatory duty, and it was not the result of application of a common law rule. In short, it was not "prescribed by law" within s. 1 of the *Charter*.

III. Section 24(2) of the Charter

Section 24(2) provides:

(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.

The question is whether, given that the evidence was obtained in breach of the accused's rights under s. 7 of the *Charter*, it should be excluded under s. 24(2).

The threshold required to satisfy the requirement of bringing the administration of justice into disrepute under s. 24(2) of the *Charter* is lower than the "community shock" test proposed by Lamer J. in the context of the confessions rule in *Rothman: Collins, supra*, at p. 287. Thus the conclusion of Lamer J. in *Rothman* that a police

contrecarrer sa décision de ne pas parler, le ministère public a violé ses droits.

II. L'article premier de la Charte

^a Ayant conclu qu'il y a violation de l'art. 7, il faut déterminer si l'article premier de la *Charte* s'applique. À mon avis, il ne s'applique pas puisque la conduite dont il est question en l'espèce n'est pas une limite prescrite par une règle de droit au sens de l'article premier.

Dans l'arrêt *R. c. Thomsen*, [1988] 1 R.C.S. 640, aux pp. 650 et 651, le juge Le Dain a dit au nom de la Cour:

^b Une restriction est prescrite par une règle de droit au sens de l'art. 1 si elle est prévue expressément par une loi ou un règlement, ou si elle découle nécessairement des termes d'une loi ou d'un règlement, ou de ses conditions d'application. La restriction peut aussi résulter de l'application d'une règle de *common law*.

^c En l'espèce, la conduite des policiers ne satisfait pas à ce critère. Elle ne résulte ni ne découle nécessairement de l'exécution d'une obligation prévue par la loi ou un règlement et ne résulte pas non plus de l'application d'une règle de *common law*. Bref, elle n'était pas prescrite par une règle de droit au sens de l'article premier de la *Charte*.

f III. Le paragraphe 24(2) de la Charte

Le paragraphe 24(2) prévoit:

^d (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.

^e Puisque la preuve a été obtenue d'une manière qui porte atteinte aux droits que l'art. 7 de la *Charte* reconnaît à l'accusé, devrait-on l'écartier en application du par. 24(2)?

^f Le seuil qui doit être franchi pour qu'il y ait déconsidération de l'administration de la justice au sens du par. 24(2) de la *Charte* est plus bas que le critère du «choc causé à la collectivité» que le juge Lamer a proposé dans le contexte de la règle des confessions dans l'arrêt *Rothman: Collins*, précité, à la p. 287. D'où la conclusion du juge Lamer dans

trick similar to that involved here is not necessarily inconsistent with a conclusion that such a trick should result in exclusion under s. 24(2).

In *Collins*, this Court identified three broad categories of factors bearing on a s. 24(2) determination:

- (a) the effect of the admission of the evidence on the fairness of the trial;
- (b) the seriousness of the *Charter* violation; and
- (c) the effect of exclusion on the repute of the administration of justice.

Dealing with the effect of the admission on the fairness of the trial, Lamer J. distinguished between real evidence obtained in violation of the *Charter* and a confession conscripted from an accused person contrary to the *Charter*. He stated at p. 284:

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.

I am of the view that the evidence sought to be adduced in this case would render the trial unfair. I should not be taken as suggesting that violation of an accused's right to silence under s. 7 automatically means that the evidence must be excluded under s. 24(2). I would not wish to rule out the possibility that there may be circumstances in which a statement might be received where the suspect has not been accorded a full choice in the sense of having decided, after full observance of all rights, to make a statement voluntarily. But where, as here, an accused is conscripted to give evidence against himself after clearly electing not to do so by use of an unfair trick practised by the authorities, and where the resultant statement is the only evidence against him, one must surely conclude that reception of the evidence would render the

l'arrêt *Rothman* que le recours par les policiers à un artifice semblable à celui utilisé en l'espèce n'est pas nécessairement incompatible avec la conclusion que cet artifice devrait entraîner l'exclusion de la preuve en vertu du par. 24(2).

Dans l'arrêt *Collins*, notre Cour a établi trois grandes catégories de facteurs qui influent sur une décision fondée sur le par. 24(2):

- b*) a) l'effet de l'utilisation de la preuve sur l'équité du procès;
- b) la gravité de la violation de la *Charte*;
- c) l'effet de l'exclusion de la preuve sur la considération dont jouit l'administration de la justice.

Traitant de l'effet de l'utilisation de la preuve sur l'équité du procès, le juge Lamer a fait une distinction entre une preuve matérielle obtenue d'une manière contraire à la *Charte* et une confession soutirée à un accusé contrairement à la *Charte*. Il dit, à la p. 284:

e) 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.

g) Je suis d'avis que la preuve que l'on cherche à produire en l'espèce rendrait le procès inéquitable. Je n'affirme cependant pas que la violation du droit qu'a un accusé de garder le silence en vertu de l'art. 7 signifie automatiquement que la preuve

h) doive être écartée en vertu du par. 24(2). Je ne veux pas écarter la possibilité qu'il y ait des circonstances dans lesquelles une déclaration peut être reçue lorsque le suspect n'a pas eu pleinement le choix au sens d'avoir décidé, suite à un respect

i) absolu de tous ses droits, de faire une déclaration volontairement. Mais lorsque, comme en l'espèce, l'accusé est appelé à faire une déclaration qui l'incrimine, après avoir clairement choisi de ne pas le faire, au moyen d'un artifice inéquitable utilisé par les autorités, et lorsque la déclaration qui en résulte est la seule preuve qui pèse contre lui, il

trial unfair. The accused would be deprived of his presumption of innocence and would be placed in the position of having to take the stand if he wished to counter the damaging effect of the confession. The accused's conviction if obtained would rest almost entirely on his own evidence against himself, obtained by a trick in violation of the *Charter*.

I am also satisfied that the *Charter* violation was a serious one. The conduct of the police was wilful and deliberate. They intentionally set out on a course to undermine the appellant's right to silence notwithstanding his express assertion of that right, by having the undercover police officer engage the appellant in conversation. It is said that the police acted in good faith, relying on *Rothman* as authority to proceed as they did. However, ignorance of the effect of the *Charter* does not preclude application of s. 24(2) of the *Charter*: *Therens, supra*, nor does it cure an unfair trial.

The effect of the exclusion in this case is serious. It would result in an acquittal, since virtually the only evidence against the accused was his statement to the undercover policeman.

Balancing these factors, I arrive at the conclusion that the test in s. 24(2) is met. As the authorities to which I earlier referred amply demonstrate, it has long been felt inappropriate that an accused should be required to betray himself. Where virtually the only evidence against him is such a betrayal, the effect is that the accused is required to secure his own conviction. That is contrary to the notions of justice fundamental to our system of law and calculated, in my opinion, to bring the administration of justice into disrepute.

Conclusion

I would allow the appeal and restore the acquittal.

The following are the reasons delivered by

WILSON J.—I have had the benefit of the reasons of my colleagues, Justices McLachlin and Sopinka, and wish only to address very briefly the

faut certainement conclure que la réception de cette preuve rendrait le procès inéquitable. L'accusé serait privé de sa présomption d'innocence et se trouverait tenu de témoigner s'il voulait contre-carrer l'effet préjudiciable de la confession. Toute déclaration de culpabilité de l'accusé s'appuierait presque entièrement sur sa propre déclaration incriminante obtenue au moyen d'un artifice contraire à la *Charte*.

b Je suis également convaincue que la violation de la *Charte* est grave en l'espèce. La conduite des policiers était intentionnelle et délibérée. Ils ont volontairement décidé de miner le droit de l'appellant de garder le silence, même s'il avait expressément invoqué ce droit, en utilisant un agent banalisé pour engager la conversation avec lui. On a dit que les policiers avaient agi de bonne foi, en s'appuyant sur l'arrêt *Rothman* pour procéder comme ils l'ont fait. Toutefois, l'ignorance de l'effet de la *Charte* n'empêche pas l'application de son par. 24(2) (*Therens*, précité), ni ne remédie à un procès inéquitable.

c e L'effet de l'exclusion en l'espèce est grave. Elle donnerait lieu à un acquittement puisqu'en pratique la seule preuve qui pèse contre l'accusé est la déclaration qu'il a faite à l'agent banalisé.

f g h En soupesant ces facteurs, j'arrive à la conclusion que le critère du par. 24(2) est rempli. Comme le démontrent amplement la jurisprudence et la doctrine que j'ai déjà citées, il y a longtemps qu'on estime inacceptable qu'un accusé soit tenu de se trahir lui-même. Lorsqu'en pratique la seule preuve qui pèse contre lui résulte de cette trahison, il en résulte que l'accusé est tenu de se condamner lui-même. Cela est contraire aux notions de justice fondamentale de notre système juridique et a pour effet, à mon avis, de déconsidérer l'administration de la justice.

Conclusion

i Je suis d'avis d'accueillir le pourvoi et de rétablir l'acquittement.

Version française des motifs rendus par

j LE JUGE WILSON—J'ai eu l'avantage de lire les motifs de mes collègues les juges McLachlin et Sopinka et je souhaite seulement examiner très

issues on which their reasons disclose a significant difference of view. There are three of them, namely:

- (1) When does the right to silence arise?
- (2) What is the scope of the right to silence?
- (3) Does the doctrine of waiver apply to the right to silence?

1. When Does the Right to Silence Arise?

I would respectfully agree with my colleague, Sopinka J., that the right to silence, if it is to achieve the purpose that it was clearly intended to achieve, must arise whenever the coercive power of the state is brought to bear upon the citizen. I think that this could well predate detention and extend to the police interrogation of a suspect. It will, of course, be a question of fact in each case whether or not the coercive power of the state has been brought to bear upon the citizen. This is not an issue in the present case.

2. What Is the Scope of the Right to Silence?

I agree with my colleagues that the right to silence is a principle of fundamental justice within the meaning of s. 7 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* and that a person cannot therefore be deprived of his or her right to life, liberty or security of the person by violating that right.

I believe that the right must be given "a generous rather than a legalistic [interpretation] aimed at fulfilling the purpose of the guarantee and securing for individuals the full benefit of the Charter's protection": see *R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 S.C.R. 295, *per* Dickson J. (as he then was), at p. 344. It is accordingly inappropriate to qualify it by balancing the interests of the state against it or by applying to it the considerations relevant to the admissibility of evidence set out in s. 24(2) of the *Charter*.

brièvement les points sur lesquels leurs motifs révèlent une importante divergence d'opinions. Il y en a trois:

- a (1) Quand le droit de garder le silence prend-il naissance?
- (2) Quelle est la portée du droit de garder le silence?
- (3) La théorie de la renonciation s'applique-t-elle au droit de garder le silence?

1. Quand le droit de garder le silence prend-il naissance?

En toute déférence, je partage l'opinion de mon collègue le juge Sopinka que, s'il doit réaliser l'objet qu'on a clairement voulu qu'il réalise, le droit de garder le silence doit prendre naissance chaque fois que le pouvoir coercitif de l'État vient à être exercé sur le citoyen. Je crois que cela peut bien avoir lieu avant la détention et s'étendre à l'interrogatoire d'un suspect par la police. La question de savoir si on s'est prévalu du pouvoir coercitif de l'État à l'endroit d'un citoyen sera évidemment une question de fait dans chaque cas. Ce n'est pas une question en litige dans le présent pourvoi.

2. Quelle est la portée du droit de garder le silence?

Je suis d'accord avec mes collègues que le droit de garder le silence est un principe de justice fondamentale au sens de l'art. 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés* et qu'un individu ne peut donc pas être privé de son droit à la vie, à la liberté ou à la sécurité de sa personne par une violation de ce droit.

i h Je crois que le droit doit recevoir une «interprétation [...] libérale plutôt que formaliste et viser à réaliser l'objet de la garantie et à assurer que les citoyens bénéficient pleinement de la protection accordée par la *Charte*»: voir *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 R.C.S. 295, le juge Dickson (maintenant Juge en chef), à la p. 344. Il ne convient donc pas qu'on le restreigne en le mettant en balance avec les intérêts de l'État ou en lui appliquant les considérations relatives à l'admissibilité de la preuve énoncées au par. 24(2) de la *Charte*.

Section 7 confers on an accused the right to life, liberty and security of the person. It then provides that the accused may not be deprived of that right except in accordance with the principles of fundamental justice. In other words, he or she may be deprived of the s. 7 right provided the deprivation is effected without offending fundamental justice. In deciding whether or not the authorities have offended fundamental justice or not it is, in my view, essential to focus on the treatment of the accused and not on the objective of the state. It would, in my view, be quite contrary to a purposive approach to the s. 7 right to inject justificatory considerations for putting limits upon it into the ascertainment of its scope or content.

I believe for the same reasons that it is inappropriate to merge the question whether statements elicited in violation of the s. 7 right should be admitted into evidence with the question whether the right has in fact been violated. The repute of the justice system is, in my view, relevant only to the former. It has no bearing on whether the right to silence has been violated contrary to the principles of fundamental justice.

3. Does the Doctrine of Waiver Apply to the Right to Silence?

McLachlin J. finds the doctrine of waiver inapplicable to the right to silence on the basis, as I understand it, that it is not an absolute right but must be qualified by considerations of the state interest and the repute of the justice system. It seems to me, however, that once it is determined that an individual has a choice, as my colleague states, to either remain silent or to speak to the authorities and he or she decides voluntarily and with full knowledge and appreciation of the consequences to speak to the authorities, then he or she must be taken to have waived (or given up) the right to silence. I see no reason why the doctrine of waiver should not apply to the right to silence as it does to other rights in the *Charter*.

L'article 7 accorde à un accusé le droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de sa personne. Il dispose ensuite que l'accusé ne peut être privé de ce droit qu'en conformité avec les principes de justice fondamentale. En d'autres termes, il ne peut être privé du droit reconnu à l'art. 7 que si cette privation est réalisée sans violation de la justice fondamentale. Pour décider si les autorités ont violé la justice fondamentale, il est à mon avis essentiel de se concentrer sur le traitement de l'accusé et non sur l'objectif de l'État. Il serait tout à fait contraire à une conception, fondée sur l'objet visé, du droit reconnu à l'art. 7 que de faire intervenir des considérations justificatrices pour lui imposer des limites dans le processus de définition de sa portée ou de son contenu.

Pour les mêmes motifs, je crois qu'il ne convient pas de fusionner la question de savoir si des déclarations obtenues en violation du droit reconnu à l'art. 7 devraient être utilisées en preuve et celle de savoir si, dans les faits, le droit a été violé. À mon avis, la considération dont jouit le système judiciaire n'est pertinente qu'en ce qui concerne la première question. Elle n'a aucune incidence sur la question de savoir si le droit de garder le silence a été violé contrairement aux principes de justice fondamentale.

3. La théorie de la renonciation s'applique-t-elle au droit de garder le silence?

Le juge McLachlin conclut que la théorie de la renonciation ne s'applique pas au droit de garder le silence parce que, si je comprends bien, ce n'est pas un droit absolu, mais un droit qui doit être restreint par des considérations relatives à l'intérêt de l'État et à la considération dont jouit le système judiciaire. Il me semble cependant que, lorsqu'on a déterminé qu'un individu a le choix, comme le dit ma collègue, soit de garder le silence soit de parler aux autorités et qu'il décide de parler aux autorités volontairement et en parfaite connaissance des conséquences que cela comporte, on doit alors considérer qu'il a renoncé au droit de garder le silence (ou qu'il l'a abandonné). Je ne vois aucune raison pour laquelle la théorie de la renonciation ne devrait pas s'appliquer au droit de garder le silence comme elle s'applique à d'autres droits reconnus par la *Charte*.

For these reasons and for the reasons given by my colleague Sopinka J., I agree with his proposed disposition of the appeal.

The following are the reasons delivered by

SOPINKA J.—This appeal raises the vexing question whether jailhouse confessions induced by deception can withstand *Charter* scrutiny. For the reasons that follow, I am of the view that they cannot.

Hebert was charged with robbery contrary to s. 303 of the *Criminal Code*, R.S.C. 1970, c. C-34 (now s. 344). Prior to the commencement of trial, an application was made to the Supreme Court of the Yukon Territory in the nature of a *voir dire* to determine the admissibility of statements made by the accused while in custody: (1987), 3 Y.R. 88. Maddison J. determined the application on the basis of an agreed statement of facts, which reads as follows:

1. On January 11, 1987 at approximately 6:00 a.m., a male person wearing a ski mask entered the Klondike Inn and approached the front desk clerk, and told the clerk to give him the money. He then raised a claw hammer in the air in a threatening motion and again demanded the money. The clerk complied, and passed over to the culprit the sum of \$180.00, the contents of the till. The culprit then told the clerk to wait ten minutes before calling the police, and fled the scene on foot. He was last seen heading in the direction of 4th Avenue.
2. In the course of the investigation over the next several months, police received confident [sic] information from three informants that the person responsible for the robbery was the accused, Neil Gerald HEBERT.
3. On April 15, 1987, at 8:42 p.m., the accused was located by the police in the lounge area of the Taku Hotel in Whitehorse. He was placed under arrest, advised of his right to retain and instruct counsel without delay, and taken to the R.C.M.P. Detachment.
4. Once at the Detachment, HEBERT contacted counsel and obtained advice from counsel regarding his right to refuse to give a statement.
5. The police were aware that HEBERT had contacted counsel and of the identity of that counsel.

Pour ces motifs et pour les motifs exposés par mon collègue le juge Sopinka, je suis d'accord avec la façon dont il propose de statuer sur le pourvoi.

a Version française des motifs rendus par

LE JUGE SOPINKA—Ce pourvoi soulève la question controversée de savoir si des confessions obtenues en prison par supercherie peuvent résister à un examen fondé sur la *Charte*. Pour les motifs qui suivent, je suis d'avis que non.

Hebert a été accusé d'avoir commis un vol qualifié contrairement à l'art. 303 du *Code criminel*, S.R.C. 1970, ch. C-34 (maintenant l'art. 344). Avant le début du procès, une requête de la nature d'un *voir-dire* a été présentée en Cour suprême du territoire du Yukon pour déterminer l'admissibilité des déclarations faites par l'accusé alors qu'il était sous garde: (1987), 3 Y.R. 88. Le juge Maddison a statué sur la requête en se fondant sur l'exposé conjoint des faits qui se lit ainsi:

[TRADUCTION]

1. Le 11 janvier 1987, vers 6 h, un homme portant une cagoule de ski est entré au Klondike Inn et s'est approché du commis à la réception et lui a dit de lui donner l'argent. Il a ensuite brandi d'un geste menaçant un marteau à pied-de-biche et a demandé à nouveau l'argent. Le commis s'est exécuté et a remis à l'accusé la somme de 180 \$, le contenu de la caisse. L'accusé a ensuite dit au commis d'attendre dix minutes avant d'appeler la police et il s'est enfui des lieux à pied. Il se dirigeait vers la 4^e avenue la dernière fois qu'il a été vu.
2. Pendant l'enquête tenue au cours des mois suivants, les policiers ont été informés confidentiellement par trois indicateurs que la personne responsable du vol était l'accusé, Neil Gerald HEBERT.
3. Le 15 avril 1987, à 20 h 42, les policiers ont trouvé l'accusé dans le hall d'entrée du Taku Hotel à Whitehorse. Il a été mis en état d'arrestation, informé de son droit d'avoir recours sans délai à l'assistance d'un avocat et amené au quartier de la GRC.
4. Une fois au quartier, HEBERT a communiqué avec son avocat qui l'a conseillé au sujet de son droit de refuser de faire une déclaration.
5. Les policiers savaient que HEBERT avait communiqué avec son avocat et ils connaissaient l'identité de cet avocat.

6. After exercising his right to contact counsel, HEBERT was taken into an interview room by Constable Mike Stewart. He was given the usual police caution, and then told that the police wanted to know why he had done it. He indicated that he did not wish to make a statement.
7. He was then placed in a cell with Corporal Daun Miller, disguised in plainclothes, and posing as a suspect under arrest by police. While in the cell, Corporal Miller engaged the accused in conversation, during which the accused made various incriminating statements which implicated himself in the robbery of January 11, 1987.

Maddison J. held that the deceit perpetrated by the police upon the accused "made a mockery of the accused's right to counsel" (p. 91), contrary to s. 10(b) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*; and, furthermore, that the police conduct breached the accused's right to remain silent, presumably (though not explicitly) on the footing that that right is now a component of the s. 7 *Charter* right not to be deprived of the right to life, liberty and security of the person except in accordance with the principles of fundamental justice. Maddison J. held that the admission into evidence of the statements made by the accused to Corporal Miller could bring the administration of justice into disrepute, and the statements were therefore excluded pursuant to s. 24(2) of the *Charter*. The Crown offered no evidence, and the accused was acquitted.

The Crown appealed to the Court of Appeal for the Yukon Territory: (1988), 3 Y.R. 81, 29 B.C.L.R. (2d) 296, 43 C.C.C. (3d) 56. Anderson J.A., speaking for the court, held that the police conduct at issue violated neither the accused's right to counsel under s. 10(b) nor his rights under s. 7. Concerning s. 10(b) of the *Charter*, Anderson J.A. stated (at p. 62 C.C.C.):

The fact that by deceiving the accused the police are able to obtain admissions from the accused does not, in my opinion, constitute a breach of the solicitor-client relationship. No authority has been advanced for such a proposition and to so hold would be to extend the reach of the solicitor-client relationship beyond all reasonable limits. There is no correlation between the ethical rules

6. Après que HEBERT eut exercé son droit de communiquer avec un avocat, l'agent Mike Stewart l'a amené dans une salle d'interrogatoire. On lui a fait la mise en garde habituelle et on lui a dit ensuite que les policiers voulaient savoir pourquoi il avait fait cela. Il a indiqué qu'il ne voulait pas faire de déclaration.
7. Il a ensuite été placé dans une cellule avec le caporal Daun Miller, lequel était habillé en civil et prétendait être un suspect que les policiers avaient mis en état d'arrestation. Alors qu'il était dans la cellule, le caporal Miller a engagé la conversation avec l'accusé et celui-ci lui a fait diverses déclarations incriminantes qui l'impliquaient dans le vol du 11 janvier 1987.

Le juge Maddison a conclu que la supercherie utilisée par les policiers à l'égard de l'accusé [TRADUCTION] «a tourné en dérision le droit de l'accusé à l'assistance d'un avocat» (p. 91), contrairement à l'al. 10b) de la *Charte canadienne des droits et libertés*, et, en outre, que la conduite des policiers avait violé le droit de l'accusé de garder le silence, présumément (bien que non explicitement) en considérant que ce droit constitue maintenant un élément du droit, garanti à l'art. 7 de la *Charte*, de ne pas être privé du droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de la personne sauf en conformité avec les principes de justice fondamentale. Le juge Maddison a conclu que l'utilisation en preuve des déclarations faites par l'accusé au caporal Miller serait susceptible de déconsidérer l'administration de la justice et il a donc écarté les déclarations en conformité avec le par. 24(2) de la *Charte*. Le ministère public n'a présenté aucune preuve et l'accusé a été acquitté.

Le ministère public a interjeté appel en Cour d'appel du Yukon: (1988), 3 Y.R. 81, 29 B.C.L.R. (2d) 296, 43 C.C.C. (3d) 56. Le juge Anderson a conclu, au nom de la cour, que la conduite policière en question n'avait violé ni le droit qu'a l'accusé à l'assistance d'un avocat en vertu de l'al. 10b), ni les droits que lui confère l'art. 7. Quant à l'al. 10b) de la *Charte*, le juge Anderson a affirmé (à la p. 62 C.C.C.):

[TRADUCTION] Le fait qu'en trompant l'accusé les policiers aient pu lui soutirer des aveux ne constitue pas, à mon avis, une violation de la relation entre un procureur et son client. Aucune source n'a été citée à l'appui de cette affirmation et conclure en ce sens serait étendre la portée de cette relation au-delà de toute limite raisonnable. Il n'y a pas de corrélation entre les règles d'éthique

governing the conduct of opposing counsel in civil litigation and police investigations. It cannot be that if a lawyer advises the accused not to speak to anyone about his case, voluntary admission made by the client after the advice has been given are inadmissible in evidence.

The court below did not deal directly with the right to remain silent as a component of s. 7 of the *Charter*. Anderson J.A. took the view, however, that the deception employed by the police here was not so unfair as to be contrary to the "principles of fundamental justice", and, therefore, that there had been no violation of s. 7. Anderson J.A. expressly adopted the comments of Lamer J. in *Rothman v. The Queen*, [1981] 1 S.C.R. 640, at pp. 696-97, to the effect that this sort of police conduct was reasonably necessary to the pursuit of shrewd and sophisticated criminals. The Crown's appeal was consequently allowed and a new trial ordered.

The accused's appeal, which comes to this Court as of right, raises two distinct issues regarding the introduction of an undercover police officer into an accused's environment after charge and during custody, for the purpose of eliciting a statement. First, does this ruse violate s. 7 of the *Charter*, in particular the constitutional right to remain silent embedded in s. 7, if such exists; and, second, given that the accused had been informed of his s. 10(b) right to counsel and had exercised it on arrest, does the police conduct complained of violate either s. 10(b), or a continuing right to counsel found in s. 7, if such exists? In light of the conclusion I have reached on the former issue, it will be unnecessary in this case to express a view on the latter.

The Right to Remain Silent and Section 7

Section 7 of the *Charter* reads as follows:

7. Everyone has the right to life, liberty and security of the person and the right not to be deprived thereof except in accordance with the principles of fundamental justice.

The principal difficulty in any discussion of the right to remain silent, whether at the constitu-

que régissant la conduite des avocats de chaque partie dans les litiges de nature civile et les enquêtes policières. On ne peut affirmer que si un avocat conseille à l'accusé de ne parler de son cas à personne, un aveu volontaire fait par le client après avoir reçu ce conseil est inadmissible en preuve.

La Cour d'appel n'a pas traité directement du droit de garder le silence comme élément de l'art. 7 de la *Charte*. Le juge Anderson était cependant d'avis que la supercherie employée par les policiers en l'espèce n'était pas injuste au point d'être contraire aux «principes de justice fondamentale» et qu'il n'y avait donc pas eu violation de l'art. 7. Le juge Anderson a expressément fait siennes les observations du juge Lamer dans l'arrêt *Rothman c. La Reine*, [1981] 1 R.C.S. 640, aux pp. 696 et 697, selon lesquelles ce type de conduite policière était raisonnablement nécessaire dans la poursuite de criminels rusés et sophistiqués. L'appel interjeté par le ministère public a donc été accueilli et la tenue d'un nouveau procès a été ordonnée.

Le pourvoi de l'accusé, interjeté de plein droit devant notre Cour, soulève deux questions distinctes quant à l'envoi d'un agent banalisé dans l'entourage d'un accusé, après son inculpation et pendant sa détention, en vue d'obtenir une déclaration. Premièrement, cette ruse viole-t-elle l'art. 7 de la *Charte*, en particulier le droit constitutionnel de garder le silence contenu à l'art. 7, s'il existe? Et deuxièmement, puisque l'accusé avait été informé de son droit à l'assistance d'un avocat prévu à l'al. 10b) et l'avait exercé au moment de son arrestation, la conduite reprochée aux policiers viole-t-elle soit l'al. 10b) soit un droit continu à l'assistance d'un avocat contenu à l'art. 7, s'il existe? Compte tenu de ma conclusion quant à la première question, il ne sera pas nécessaire de me prononcer en l'espèce sur la deuxième.

Le droit de garder silence et l'article 7

L'article 7 de la *Charte* se lit ainsi:

7. Chacun a droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de sa personne; il ne peut être porté atteinte à ce droit qu'en conformité avec les principes de justice fondamentale.

La principale difficulté que soulève toute analyse du droit de garder le silence, que ce soit sur le

tional or common law level, is the temptation to equate the right with the related privilege against self-incrimination. This distinction is discussed in my reasons for judgment in *Thomson Newspapers Ltd. v. Canada (Director of Investigation and Research, Restrictive Trade Practices Commission)*, [1990] 1 S.C.R. 425. It has been clear since the judgments of this Court in *Curr v. The Queen*, [1972] S.C.R. 889; and *Marcoux v. The Queen*, [1976] 1 S.C.R. 763, that the privilege against self-incrimination has a very limited scope and applies only in the course of proceedings. As Dickson J. (as he then was) stated in *Marcoux*, at p. 768: "The privilege is the privilege of a witness not to answer a question which may incriminate him." This circumscription of the privilege accords with both its history and purpose: see *Cross on Evidence* (6th ed. 1985), at pp. 189-90. A privilege is an exclusionary rule of evidence which is appropriately asserted in court.

However, it cannot be denied that, apart altogether from the privilege, the right to remain silent—the right not to incriminate oneself with one's words—is an integral element of our accusatorial and adversarial system of criminal justice. As Cory J.A. (as he then was) noted in *R. v. Woolley* (1988), 40 C.C.C. (3d) 531 (Ont. C.A.), at p. 539: "The right to remain silent is a well-settled principle that has for generations been part of the basic tenets of our law." (See also *R. v. Hansen* (1988), 46 C.C.C. (3d) 504 (B.C.C.A.)) In a different context, Lamer J. pointed out in *R. v. Collins*, [1987] 1 S.C.R. 265, at p. 284, that the acquisition of a self-incriminatory admission from an accused following a *Charter* violation "strikes at one of the fundamental tenets of a fair trial, the right against self-incrimination". I take Lamer J.'s words to mean that the full range of an accused's right to stand mute in the face of an accusation by the state is not exhausted by reference to the privilege against self-incrimination, as that privilege has been defined by this Court. It follows, it seems to me, that the basic principle underlying the right to remain silent must be a "principle of fundamental justice" within the meaning of s. 7 of

plan constitutionnel ou en common law, est la tentation de l'assimiler au privilège connexe de ne pas s'incriminer. J'examine cette distinction dans les motifs que j'ai rédigés dans l'affaire *Thomson Newspapers Ltd. c. Canada (Directeur des enquêtes et recherches, Commission sur les pratiques restrictives du commerce)*, [1990] 1 R.C.S. 425. Il est clair depuis les arrêts de notre Cour dans *Curr c. La Reine*, [1972] R.C.S. 889, et *Marcoux c. La Reine*, [1976] 1 R.C.S. 763, que le privilège de ne pas s'incriminer a une portée très limitée et ne s'applique que dans le cadre du procès. Comme le juge Dickson (maintenant Juge en chef) l'affirme dans l'arrêt *Marcoux*, à la p. 768: «Le privilège est celui d'un témoin de ne pas répondre à une question qui peut l'incriminer.» Cette délimitation du privilège est conforme à son histoire et à son objet: voir *Cross on Evidence* (6^e éd. 1985), aux pp. 189 et 190. Un privilège est une règle d'exclusion de la preuve qui est invoquée à bon droit en cour.

Cependant, on ne peut nier que, abstraction faite complètement du privilège, le droit de garder le silence—le droit de ne pas s'incriminer—fait partie intégrante de notre système accusatoire et contradictoire de justice criminelle. Comme le juge Cory de la Cour d'appel (maintenant juge de notre Cour) l'a souligné dans l'arrêt *R. v. Woolley* (1988), 40 C.C.C. (3d) 531 (C.A. Ont.), à la p. 539: [TRADUCTION] «Le droit de garder le silence est un principe bien établi qui fait partie des préceptes fondamentaux de notre droit depuis des générations.» (Voir également l'arrêt *R. v. Hansen* (1988), 46 C.C.C. (3d) 504 (C.A.C.-B.)) Dans un contexte différent, le juge Lamer a souligné dans l'arrêt *R. c. Collins*, [1987] 1 R.C.S. 265, à la p. 284, que l'obtention d'une déclaration incriminante d'un accusé à la suite d'une violation de la *Charte* «constitue [...] une attaque contre l'un des principes fondamentaux d'un procès équitable, savoir le droit de ne pas avoir à témoigner contre soi-même». J'estime que les propos du juge Lamer signifient que le droit dans toute son étendue d'un accusé de garder le silence devant une accusation portée par l'État déborde le privilège de ne pas s'incriminer, comme l'a défini notre Cour. Il me semble qu'il s'ensuit que le principe fondamental qui sous-tend le droit de garder le silence doit être un «principe de justice fondamentale» au sens de

the *Charter*. In other words, the right to remain silent is truly a right.

I find evidence of the existence of this principle in the courts' historical solicitude for an accused's silence. It is settled law that silence in the face of an accusation by or in the presence of the police cannot serve as evidence against an accused: see, e.g., *R. v. Eden*, [1970] 3 C.C.C. 280 (Ont. C.A.), at p. 283; *R. v. Clarke* (1979), 33 N.S.R. (2d) 636 (C.A.), at p. 652; *R. v. Engel* (1981), 9 Man. R. (2d) 279 (C.A.), at p. 283; *R. v. Symonds* (1983), 9 C.C.C. (3d) 225 (Ont. C.A.), at p. 227; and *R. v. Minhas* (1986), 53 C.R. (3d) 128 (Ont. C.A.), at p. 143. This Court has consistently applied the English case of *R. v. Christie*, [1914] A.C. 545 (H.L.), in which Lord Atkinson stated, at p. 554:

... the rule of law undoubtedly is that a statement made in the presence of an accused person, even upon an occasion which should be expected reasonably to call for some explanation or denial from him, is not evidence against him of the facts stated save so far as he accepts the statement, so as to make it, in effect, his own.

In *Stein v. The King*, [1928] S.C.R. 553, at p. 556, this Court held, on the basis of *Christie*, that a trial judge had erred in failing to direct the jury that, "in the absence of any assent by the accused either by word or conduct to the correctness of the statements made in his presence, they had no evidentiary value whatever as against him and should be entirely disregarded." (Emphasis added.) Later, in *Chapdelaine v. The King*, [1935] S.C.R. 53, at pp. 56-57, Duff C.J. (Crockett and Cannon JJ. concurring), held that it would be desirable as a rule of practice in cases in which statements made in the accused's presence are sought to be adduced to require evidence of the accused's adoption of the statements to be led before the admission of the statements themselves.

If there is no independent right to remain silent, then it is difficult to imagine upon what foundation these rules, both of law and practice, purport to stand. Professor Ratushny, in his article entitled

l'art. 7 de la *Charte*. En d'autres termes, le droit de garder le silence est véritablement un droit.

Je trouve la preuve de l'existence de ce principe dans la sollicitude manifestée historiquement par les tribunaux à l'égard du silence d'un accusé. Il est incontestable que le fait de garder le silence face à une accusation portée par les policiers ou en présence de ceux-ci ne peut servir de preuve contre l'accusé: voir, par exemple, les arrêts *R. v. Eden*, [1970] 3 C.C.C. 280 (C.A. Ont.) à la p. 283, *R. v. Clarke* (1979), 33 N.S.R. (2d) 636 (C.A.), à la p. 652, *R. v. Engel* (1981), 9 Man. R. (2d) 279 (C.A.), à la p. 283, *R. v. Symonds* (1983), 9 C.C.C. (3d) 225 (C.A. Ont.), à la p. 227, et *R. v. Minhas* (1986), 53 C.R. (3d) 128 (C.A. Ont.), à la p. 143. Notre Cour a constamment appliqué l'arrêt anglais *R. v. Christie*, [1914] A.C. 545 (H.L.), dans lequel lord Atkinson affirme, à la p. 554:

[TRADUCTION] ... il est certain que la règle de droit porte qu'une déclaration faite en présence d'un accusé, même dans une situation où il serait raisonnable de s'attendre à ce que l'accusé apporte une certaine explication ou un démenti, n'est pas une preuve contre lui des faits exposés sauf dans la mesure où il reconnaît la déclaration de façon à la faire sienne en fait.

Dans l'arrêt *Stein v. The King*, [1928] R.C.S. 553, à la p. 556, notre Cour a conclu, à partir de l'arrêt *Christie*, que le juge du procès avait commis une erreur en omettant de dire au jury dans ses directives que [TRADUCTION] «en l'absence de tout consentement manifesté par l'accusé soit par des mots soit par sa conduite quant à l'exactitude des déclarations faites en sa présence, celles-ci n'ont absolument aucune valeur probante contre lui et devraient être totalement ignorées». (Je souligne.) Plus tard, dans l'arrêt *Chapdelaine v. The King*, [1935] R.C.S. 53, aux pp. 56 et 57, le juge en chef Duff (aux motifs duquel ont souscrit les juges Crockett et Cannon) a conclu qu'il serait souhaitable, comme règle de pratique dans les cas où l'on cherche à produire des déclarations faites en présence de l'accusé, d'exiger la preuve que celui-ci les a fait siennes avant de les admettre.

S'il n'existe aucun droit indépendant de garder le silence, alors il est difficile d'imaginer sur quel fondement ces règles de droit et de pratique pré-tendent s'appuyer. Dans son article intitulé «Is

"Is There a Right Against Self-Incrimination in Canada?" (1973), 19 *McGill L.J.* 1, at p. 13, suggests that what may appear to be the operation of the so-called right to remain silent is just a peculiar instance of the adoptive admissions rule: the caution to the accused that he has the "right to remain silent" (which is administered, the argument goes, only to provide evidence of voluntariness for the purposes of the confession rule) vitiates any possible inference that the accused's silence was an acknowledgment of guilt. I cannot accede to this contention, for two reasons. First, I reject the premise that the caution is simply a tool to provide evidence of voluntariness in the event that a confession is forthcoming. Such evidence may be a happy consequence of administering the caution, but it does not follow that that is the purpose of the caution, nor that the right to which the caution refers is illusory. In *Hall v. The Queen*, [1971] 1 All E.R. 322 (P.C.), an appeal from the courts of Jamaica to the Judicial Committee of the Privy Council, Lord Diplock, in a passage which I would respectfully adopt, stated at p. 324:

It is a clear and widely-known principle of the common law in Jamaica, as in England, that a person is entitled to refrain from answering a question put to him for the purpose of discovering whether he has committed a criminal offence. A fortiori he is under no obligation to comment when he is informed that someone else has accused him of an offence. It may be that in very exceptional circumstances an inference may be drawn from a failure to give an explanation or a disclaimer, but in their Lordships' view silence alone on being informed by a police officer that someone else has made an accusation against him cannot give rise to an inference that the person to whom this information is communicated accepts the truth of the accusation The caution merely serves to remind the accused of a right which he already possesses at common law. The fact that in a particular case he has not been reminded of it is no ground for inferring that his silence was not in exercise of that right, but was an acknowledgment of the truth of the accusation. [Emphasis added.]

Second, the inadmissibility of an accused's silence goes well beyond the ordinary civil rule of evidence concerning adoptive admissions: the

There a Right Against Self-Incrimination in Canada?» (1973), 19 *McGill L.J.* 1, à la p. 13, le professeur Ratushny laisse entendre que ce qui peut sembler être l'application du présumé droit de garder le silence constitue seulement un aspect particulier de la règle de l'aveu récitatif: la mise en garde donnée à l'accusé qu'il a le [TRADUCTION] «droit de garder le silence» (et qui n'est donnée, d'après l'argument, que pour établir la preuve du caractère volontaire aux fins de la règle des confessions) écarte toute possibilité de conclure qu'en gardant le silence l'accusé reconnaissait sa culpabilité. Je ne puis accepter cette affirmation pour deux raisons. Premièrement, je rejette la prémissse que la mise en garde est simplement un moyen d'établir la preuve du caractère volontaire dans le cas où une confession est sur le point d'être faite. Cette preuve peut s'avérer une conséquence heureuse de la mise en garde, mais il ne s'ensuit pas qu'il s'agit là du but de la mise en garde, ni que le droit auquel elle se rapporte est illusoire. Dans l'arrêt *Hall v. The Queen*, [1971] 1 All E.R. 322 (C.P.), portant sur un appel des cours de la Jamaïque au Comité judiciaire du Conseil privé, lord Diplock, dans un extrait que je ferais mien en toute déférence, affirme, à la p. 324:

[TRADUCTION] C'est un principe clair et bien connu de la common law en Jamaïque, comme en Angleterre, qu'une personne a le droit de refuser de répondre à une question qui lui est posée aux fins de savoir si elle a commis une infraction criminelle. À plus forte raison, elle n'est pas tenue de s'exprimer lorsqu'elle apprend qu'un tiers l'a accusée d'une infraction. Il se peut qu'en des circonstances très exceptionnelles une conclusion puisse être tirée de l'omission d'apporter une explication ou un démenti, mais, à notre avis, le seul fait de garder le silence après avoir été avisée par un agent de police qu'un tiers a porté une accusation contre elle ne peut donner lieu à une conclusion que la personne à qui ce renseignement est transmis reconnaît la véracité de l'accusation [...] La mise en garde ne sert qu'à rappeler à l'accusé l'existence d'un droit qu'il possède déjà en common law. Le fait qu'on ne le lui ait pas rappelé dans un cas particulier ne permet pas de conclure qu'il ne l'exerçait pas en gardant le silence, mais qu'il reconnaissait la véracité de l'accusation. [Je souligne.]

j Deuxièmement, l'inadmissibilité du silence de l'accusé va bien au-delà de la règle de preuve en droit civil ordinairement applicable aux aveux

silence of a civil party in the face of statements that cry out for an explanation gives rise to an inference of adoption: *Bessela v. Stern* (1877), 2 C.P.D. 265 (C.A.), at pp. 271-72; *MacKenzie v. Commer* (1973), 44 D.L.R. (3d) 473 (N.S.C.A.). As the cases referred to earlier indicate, the mere silence of a criminal accused in the presence of a person in authority is not capable in law of supporting an inference of consciousness of guilt. The essence of the *Christie* rule is that even if the circumstances of an accusation cry out for an explanation or denial, the accused's silence, without more, is not evidence against him: there must be "word or conduct, action or demeanour" pointing to an adoption of the statement by the accused.

It is sometimes argued in this connection that an accused's silence in the face of a police accusation is nothing more than a particular example of the liberty we all enjoy to do that which is not prohibited, embodied in the maxim *nulla poena sine lege*. Since the law does not positively require a response, silence is allowed: see *R. v. Esposito* (1985), 24 C.C.C. (3d) 88 (Ont. C.A.), at p. 94, *per* Martin J.A., citing Lamer J. in *Rothman, supra*, at p. 683. Professor Ratushny put the point colourfully in the following passage in his article, *supra*, at p. 11, in response to the argument that the absence of a legal sanction for failing to respond to a police officer's accusation indicates a right to remain silent:

It does, perhaps, but only in the same general sense that people are entitled not to do a lot of other things as well. There is no penalty in Canada for not participating in Dominion Day celebrations, for example, but no one speaks of a general right against compelled celebration.

True, but such a point would be interesting only if the failure to celebrate were inadmissible against an accused in circumstances in which it were relevant. This crucial difference between silence and the panoply of unregulated liberties empha-

recognitifs: en matière civile, le silence d'une partie face à des déclarations qui exigent une explication donne lieu à une conclusion d'aveu reconnitif: *Bessela v. Stern* (1877), 2 C.P.D. 265 (C.A.), aux pp. 271 et 272; *MacKenzie v. Commer* (1973), 44 D.L.R. (3d) 473 (C.A.N.-É.). Comme l'indiquent les arrêts mentionnés antérieurement, le simple silence d'un accusé en matière criminelle en présence d'une personne en autorité ne permet pas en droit de conclure à l'existence d'un sentiment de culpabilité. L'essence de la règle de l'arrêt *Christie* est que même si les circonstances d'une accusation exigent une explication ou un démenti, le silence de l'accusé, sans plus, ne constitue pas une preuve contre lui: il doit y avoir [TRADUCTION] «des paroles ou une conduite, une action ou un comportement» qui indiquent que l'accusé fait sienne la déclaration.

d On prétend parfois à cet égard que le silence d'un accusé face à une accusation portée par les policiers n'est rien de plus qu'un exemple particulier de la liberté que nous avons tous de faire ce qui *e* n'est pas interdit, contenue dans la maxime *nulla poena sine lege*. Puisque le droit n'exige pas formellement de réponse, le silence est permis: voir l'arrêt *R. v. Esposito* (1985), 24 C.C.C. (3d) 88 (C.A. Ont.), à la p. 94, le juge Martin de la Cour d'appel citant le juge Lamer dans l'arrêt *Rothman, supra*, à la p. 683. Le professeur Ratushny en donne une explication originale dans l'extrait suivant de son article, *supra*, à la p. 11, en réponse à l'argument que l'absence d'une sanction légale applicable au refus de répondre à une accusation portée par un policier indique l'existence d'un droit de garder le silence:

h [TRADUCTION] Peut-être en est-il ainsi, mais seulement dans le même sens général que les gens peuvent refuser de faire beaucoup d'autres choses également. Par exemple, il n'existe pas, au Canada, de peine applicable au refus de participer aux célébrations de la Fête du Canada, mais on ne parle pas d'un droit général contre les célébrations obligatoires.

j Cela est vrai, mais cet argument ne serait intéressant que si le refus de célébrer était inadmissible contre un accusé dans des circonstances où il serait pertinent. Cette différence essentielle entre le silence et la panoplie des libertés non réglementées

sises the fundamental nature and special status of silence.

What, then, is the content of the residual right to remain silent as protected by s. 7 of the *Charter*? I take the view that the right is at least as broad under s. 7 as it is at common law. However, one must be mindful that certain rules of evidence combine to prevent the right from being fully protected at common law: namely, the rule in *R. v. St. Lawrence*, [1949] O.R. 215 (H.C.), that those portions of an inadmissible confession proven true by the acquisition of derivative evidence are rendered admissible; the rule in *R. v. Wray*, [1971] S.C.R. 272, at p. 293, that there is no discretion to exclude relevant evidence on the basis that it was improperly obtained unless its admissibility is tenuous, and its "probative force in relation to the main issue before the court is trifling"; and the confession rule itself, that a statement by an accused to a person in authority is admissible if it is shown to be voluntary within the meaning of *Ibrahim v. The King*, [1914] A.C. 599 (P.C.). It is important, therefore, not to confuse the content of the right to remain silent at common law with the efficacy of its enforcement. The enforcement mechanisms available to judges at common law do not compare to those granted by s. 24 of the *Charter*, particularly the power to exclude evidence pursuant to s. 24(2). Thus, it is no answer to a violation of the right to remain silent to say that the resulting confession, or the derivative evidence, would have been admitted at common law: we are not here applying the common law. Admissibility is now governed by s. 24(2) of the *Charter*. To define *Charter* rights only in accordance with the ultimate effectiveness of their common law and statutory antecedents would be to deny the supremacy of the Constitution. This Court has flatly refused to take such a narrow approach: see, e.g., the interpretation of the *Charter's* protection of the privilege against self-incrimination in *Dubois v. The Queen*, [1985] 2 S.C.R. 350, at p. 369, *per Lamer J.*

fait ressortir la nature fondamentale et le statut spécial du silence.

Qu'en est-il alors du contenu du droit résiduaire de garder le silence que protège l'art. 7 de la *Charte*? J'estime que ce droit est au moins aussi général à l'art. 7 qu'il l'est en common law. Il faut cependant se rappeler que certaines règles de preuve se conjuguent pour empêcher ce droit de bénéficier d'une protection complète en common law: savoir, la règle de l'arrêt *R. v. St. Lawrence*, [1949] O.R. 215 (H.C.), selon laquelle les parties d'une confession inadmissible, dont l'exactitude a été établie par l'obtention d'une preuve dérivée, deviennent admissibles; la règle de l'arrêt *R. c. Wray*, [1971] R.C.S. 272, à la p. 293, selon laquelle il n'existe pas de pouvoir discrétionnaire d'écartier un élément de preuve pertinent pour le motif qu'il a été obtenu de façon irrégulière, à moins que son admissibilité ne soit douteuse et que «la valeur probante à l'égard de la question fondamentale en litige [ne soit] insignifiante»; et la règle des confessions elle-même, selon laquelle une déclaration faite par un accusé à une personne en autorité est admissible s'il est établi qu'elle est volontaire au sens de l'arrêt *Ibrahim v. The King*, [1914] A.C. 599 (C.P.). Il est donc important de ne pas confondre le contenu du droit de garder le silence en common law avec l'efficacité de son application. Les mécanismes d'application dont disposent les juges en common law ne sont pas comparables à ceux prévus par l'art. 24 de la *Charte*, particulièrement le pouvoir d'écartier une preuve en application du par. 24(2). On ne règle donc pas le problème de la violation du droit de garder le silence en affirmant que la confession qui en résulte ou la preuve dérivée aurait été admise en common law: nous n'appliquons pas ici la common law. L'admissibilité est maintenant régie par le par. 24(2) de la *Charte*. Ne définir les droits reconnus par la *Charte* qu'en conformité avec l'efficacité ultime de ceux qui les ont précédés en common law ou dans les lois écrites serait nier la suprématie de la Constitution. Notre Cour a catégoriquement refusé d'adopter une interprétation aussi restrictive: voir, par exemple, l'interprétation de la protection conférée par la *Charte* au privilège de ne pas s'incriminer dans l'arrêt *Dubois c. La Reine*, [1985] 2 R.C.S. 350, à la p. 369, le juge Lamer.

The threshold question in the present case is when the right arises. The right to remain silent has uniformly been recognized to arise upon arrest (see *Taggart v. R.* (1980), 13 C.R. (3d) 179 (Ont. C.A.), at p. 183; and *Eden, supra*, at p. 283), and upon charge (see *Symonds, supra*, at p. 227). Indeed, the gist of the adoptive admissions cases, and particularly the judgment of the Privy Council in *Hall, supra*, points to a positive right to remain silent during any allegation of criminality in the presence of a person in authority. There is, too, support for this point of engagement of the right in American jurisprudence. *Miranda v. Arizona*, 384 U.S. 436 (1966), held that criminal suspects must be informed of the right to remain silent upon arrest or prior to custodial interrogation. American authorities are, of course, of limited usefulness in this area, because the American constitutional provisions that have been held relevant to the facts with which we are concerned are significantly different from the comparable *Charter* provisions. The leading American cases, which include *Massiah v. United States*, 377 U.S. 201 (1964); *United States v. Henry*, 447 U.S. 264 (1980); and *Kuhlmann v. Wilson*, 477 U.S. 436 (1986), have been decided on the basis of the Sixth Amendment ("In all criminal prosecutions, the accused shall enjoy the right . . . to have the assistance of counsel for his defence"), which does not correspond directly to s. 10(b) of our *Charter*, much less to s. 7. However, I find some of the language in the American cases to be instructive, particularly concerning the element of compulsion that is inherent in any conversation with an accused while under detention. In *Henry, supra*, Burger C.J. stated for the majority of the court, at p. 274:

... the mere fact of custody imposes pressures on the accused; confinement may bring into play subtle influences that will make him particularly susceptible to the ploys of undercover Government agents.

Prior to arrest or detention, such pressures do not operate: see *Hoffa v. United States*, 385 U.S. 293 (1966).

La question préliminaire en l'espèce est de savoir quand le droit prend naissance. On a constamment reconnu que le droit de garder le silence prend naissance au moment de l'arrestation (voir a les arrêts *Taggart v. R.* (1980), 13 C.R. (3d) 179 (C.A. Ont.), à la p. 183, et *Eden*, précité, à la p. 283), et au moment de l'inculpation (voir l'arrêt b *Symonds*, précité, à la p. 227). En effet, les arrêts en matière d'aveux récognitifs, et particulièrement l'arrêt c *Hall*, précité, du Conseil privé, font essentiellement ressortir un droit absolu de garder le silence au cours de toute allégation d'acte criminel en présence d'une personne en autorité. Ce moment où le droit prend naissance trouve également appui en jurisprudence américaine. Dans l'arrêt d *Miranda v. Arizona*, 384 U.S. 436 (1966), on a conclu que les personnes soupçonnées d'un crime doivent être informées du droit de garder le silence au moment de leur arrestation ou avant leur interrogatoire sous garde. La jurisprudence américaine a évidemment une utilité restreinte dans ce domaine, parce que les dispositions constitutionnelles américaines jugées pertinentes aux e faits en l'espèce sont très différentes des dispositions comparables de la Charte. Les arrêts de principe américains, dont les arrêts f *Massiah v. United States*, 377 U.S. 201 (1964), *United States v. Henry*, 447 U.S. 264 (1980), et *Kuhlmann v. Wilson*, 477 U.S. 436 (1986), ont tous été rendus en fonction du Sixième amendement ([TRADUCTION] «Dans toutes les poursuites criminelles, l'accusé aura droit [...] à l'assistance d'un avocat pour sa défense») qui ne correspond pas directement à l'al. 10b) de notre Charte, et encore moins à l'art. 7. Je trouve cependant intéressants certains g extraits des décisions américaines, particulièrement ceux qui concernent l'élément de contrainte h inhérent à toute conversation avec un accusé en détention. Dans l'arrêt i *Henry*, précité, le juge en chef Burger a affirmé au nom de la cour à la majorité, à la p. 274:

[TRADUCTION] ... la détention en elle-même crée une pression sur l'accusé; la détention peut avoir des influences subtiles qui rendront l'accusé particulièrement vulnérable aux ruses des agents banalisés du gouvernement.

j Avant l'arrestation ou la détention, ces pressions ne se font pas sentir: voir l'arrêt *Hoffa v. United States*, 385 U.S. 293 (1966).

The right to remain silent, viewed purposively, must arise when the coercive power of the state is brought to bear against the individual—either formally (by arrest or charge) or informally (by detention or accusation)—on the basis that it is at this point that an adversary relationship comes to exist between the state and the individual. The right, from its earliest recognition, was designed to shield an accused from the unequal power of the prosecution, and it is only once the accused is pitted against the prosecution that the right can serve its purpose.

The right does not, however, avail against private individuals. This is consistent with the limitation of the right at common law to circumstances in which an accusation is made by or in the presence of a person in authority: see *Parkes v. The Queen*, [1976] 1 W.L.R. 1251 (P.C.); and it is, incidentally, also consistent with the inapplicability of the *Charter* to the relations between private individuals: see *RWDSU v. Dolphin Delivery Ltd.*, [1986] 2 S.C.R. 573. For these purposes, however, the term “person in authority” does not bear the same meaning as it does in the context of the confession rule, in which a police officer is a “person in authority” only if the accused subjectively believes him to be: *Rothman, supra*. If the right has engaged, police officers cannot prevent its availability against them by disguising themselves, any more than they can constitutionalize an unreasonable search or an arbitrary detention by disguising themselves.

Consequently, the relationship between when the right arises and against whom it avails is straightforward. Once the right attaches in accordance with the principles set out above, any communication between an accused and an agent of the state (including a suborned informer) is subject to the right and may proceed only if the accused waives the right; but communication between an accused and another private individual is not subject to the right. Conversely, before the right attaches, communication between an accused and either an agent of the state or another private individual is not subject to the right: see, e.g., *R. v.*

a Le droit de garder le silence, considéré en fonction de l'objet qu'il vise, doit prendre naissance lorsque le pouvoir coercitif de l'État vient à être exercé contre l'individu—soit formellement (par l'arrestation ou l'inculpation) soit de façon informelle (par la détention ou l'accusation)—parce que c'est à ce moment qu'un rapport contradictoire naît entre l'État et l'individu. Le droit, depuis le moment où il a été reconnu pour la première fois, avait pour but de protéger un accusé du pouvoir inégal de la poursuite et ce n'est que lorsque l'accusé est confronté à la poursuite que ce droit peut répondre à son objectif.

b Cependant, les particuliers ne peuvent l'invoquer entre eux. Cela est conforme à la restriction de common law que le droit ne s'applique que lorsqu'une accusation est portée par une personne en autorité ou en sa présence: voir l'arrêt *Parkes v. The Queen*, [1976] 1 W.L.R. 1251 (C.P.), et cela est d'ailleurs également conforme à l'inapplicabilité de la *Charte aux rapports entre particuliers*: voir l'arrêt *SDGMR c. Dolphin Delivery Ltd.*, [1986] 2 R.C.S. 573. À ces fins cependant, l'expression «personne en autorité» n'a pas le même sens que dans le contexte de la règle des confessions où un policier n'est une «personne en autorité» que si l'accusé le croit subjectivement: *Rothman*, précité. Si le droit a pris naissance, les policiers ne peuvent, en se déguisant, empêcher qu'il leur soit opposé, pas plus qu'ils ne peuvent, en se déguisant, rendre conforme à la Constitution *c* une fouille ou une perquisition abusive ou une *d* détentio

e Par conséquent, il y a un rapport direct entre le moment où le droit prend naissance et la personne contre qui il est opposable. Lorsque le droit s'applique conformément aux principes établis précédemment, toute communication entre un accusé et un fonctionnaire de l'État (y compris un indicateur suborné) est assujettie à ce droit et ne peut avoir lieu que si l'accusé y renonce, mais la communication entre un accusé et un autre particulier n'est pas assujettie au droit en question. Inversement, avant que le droit s'applique, les communications entre un accusé et un fonctionnaire de l'État ou un autre particulier ne sont pas assujetties au droit:

Hicks (1988), 42 C.C.C. (3d) 394 (Ont. C.A.), at p. 407; affirmed [1990] 1 S.C.R. 120.

It would be an error to conclude, though the Crown made this submission *in terrorem*, that the recognition of a constitutional right to remain silent in the present circumstances signals the end of the acquisition of confessions by undercover police officers. Prior to the time that an adversary relationship exists between the state and the individual, the right to remain silent has not attached and undercover police work may proceed unhindered. So, for example, the use of a wire on a police informant in a conversation between the informant and an uncharged suspect, as described in *R. v. Thatcher*, [1987] 1 S.C.R. 652, at pp. 668-69, would not implicate the constitutional right to remain silent. Furthermore, even after charge and during detention, the right to remain silent would not be violated by the passive surveillance of a conversation between an accused and another (genuine) prisoner by an undercover officer, or an electronic device: see *R. v. Smith, Wilson and Quesnelle*, Ont. S.C., November 5, 1987, unreported, in which Reid J. drew this distinction. (Though, it should be noted that in cases of electronic "participant surveillance" different constitutional issues arise pursuant to s. 8 of the *Charter*: see *R. v. Duarte*, [1990] 1 S.C.R. 30.)

It is not necessary in the present case, however, to trace out every implication of the constitutional right to remain silent. For the purposes of the circumstances of this case, it is sufficient to observe that the right extends at least as far as the common law right. It must be left for subsequent cases to determine whether the constitutional right extends further. The interchange under consideration in the present case occurred between the appellant and a police officer after the appellant was charged and while he was in custody. According to the agreed facts, the police officer "engaged the accused in conversation". If there is any set of circumstances in which the right attaches, this is it.

voir l'arrêt *R. v. Hicks* (1988), 42 C.C.C. (3d) 394 (C.A. Ont.), à la p. 407, confirmé par [1990] 1 R.C.S. 120.

a Ce serait une erreur de conclure, bien que le ministère public ait présenté cette thèse *in terrorem*, que la reconnaissance d'un droit constitutionnel de garder le silence dans les circonstances actuelles laisse présager la fin de l'obtention de confessions par des agents de police banalisés. Avant la naissance d'un rapport contradictoire entre l'État et le particulier, le droit de garder le silence ne s'applique pas et le travail des agents de police banalisés peut se dérouler librement. Ainsi, par exemple, l'emploi par un indicateur de la police d'un microphone au cours d'une conversation entre cet indicateur et un suspect non inculpé, comme dans le cas de l'arrêt *R. c. Thatcher*, [1987] 1 R.C.S. 652, aux pp. 668 et 669, ne ferait pas intervenir le droit constitutionnel de garder le silence. En outre, même après l'inculpation et pendant la détention, le droit de garder le silence ne serait pas violé si la conversation entre l'accusé et e un autre (véritable) détenu était surveillée passivement par un agent banalisé ou au moyen d'un appareil électronique: voir l'arrêt *R. v. Smith, Wilson and Quesnelle*, C.S. Ont., le 5 novembre 1987, inédit, dans lequel le juge Reid a fait cette distinction. (Bien qu'il convienne de noter que, dans les cas de «surveillance participative» électronique, des questions constitutionnelles différentes se posent conformément à l'art. 8 de la *Charte*: voir l'arrêt *R. c. Duarte*, [1990] 1 R.C.S. 30.)

Il n'est cependant pas nécessaire en l'espèce d'énumérer toutes les incidences du droit constitutionnel de garder le silence. Dans les circonstances h de l'espèce, il suffit de faire observer que le droit a une portée au moins aussi large que le droit de common law. Il faudra attendre une autre occasion pour déterminer si le droit constitutionnel va plus loin. L'échange de propos qui fait l'objet du présent litige a eu lieu entre un policier et l'appelant après son inculpation et pendant sa détention. Selon l'exposé conjoint des faits, l'agent de police «a engagé la conversation avec l'accusé». S'il existe une situation où le droit s'applique, c'est bien celle-ci.

A question remains whether the appellant, by speaking to the disguised Corporal Miller, waived his right to remain silent.

Waiver

This Court has, at every opportunity, taken a stern view of the requirements for waiver of a constitutional right. The oft-cited statement of principle on this subject was made by my colleague Wilson J. in her judgment in *Clarkson v. The Queen*, [1986] 1 S.C.R. 383, at pp. 394-95, concerning a violation of the right to counsel:

Given the concern for fair treatment of an accused person which underlies such constitutional civil liberties as the right to counsel in s. 10(b) of the *Charter*, it is evident that any alleged waiver of this right by an accused must be carefully considered and that the accused's awareness of the consequences of what he or she was saying is crucial. Indeed, this Court stated with respect to the waiver of statutory procedural guarantees in *Korponay v. Attorney General of Canada*, [1982] 1 S.C.R. 41, at p. 49, that any waiver "... is dependent upon it being clear and unequivocal that the person is waiving the procedural safeguard and is doing so with full knowledge of the rights the procedure was enacted to protect and of the effect the waiver will have on those rights in the process". [Emphasis in original.]

The American courts have come to a similar view concerning waiver of the Sixth Amendment right to counsel. In *Henry, supra*, a case very near to the facts of the case at bar, the United States Supreme Court held, at p. 273, that "the concept of a knowing and voluntary waiver of Sixth Amendment rights does not apply in the context of communications with an undisclosed undercover informant acting for the Government". (See also the American cases cited by Wilson J. in *Clarkson, supra*, at p. 395.)

I would respectfully adopt the *Clarkson* standard as appropriate in relation to waiver of the right to remain silent. The right to remain silent is, as much as the right to counsel, predicated on the fair treatment of an accused in the criminal process.

Il reste cependant à savoir si l'appelant, en parlant au caporal Miller déguisé, a renoncé à son droit de garder le silence.

a La renonciation

Chaque fois qu'elle en a eu l'occasion, notre Cour a interprété strictement les conditions applicables à la renonciation à un droit constitutionnel. La déclaration de principe souvent citée en la matière a été faite par ma collègue le juge Wilson dans ses motifs de l'arrêt *Clarkson c. La Reine*, [1986] 1 R.C.S. 383, aux pp. 394 et 395, au sujet de la violation du droit à l'assistance d'un avocat:

c Vu le souci de traiter équitablement une personne accusée, lequel sous-tend les libertés civiles garanties par la Constitution comme le droit à l'assistance d'un avocat prévu à l'al. 10b) de la *Charte*, il est évident qu'il faut examiner avec soin toute allégation de renonciation à ce droit par un accusé et que la connaissance par l'accusé des conséquences de sa déclaration est déterminante. En réalité, dans l'arrêt *Korponay c. Procureur général du Canada*, [1982] 1 R.C.S. 41, à la p. 49, cette Cour a dit, à l'égard de la renonciation à une garantie légale en matière de procédure, que pour qu'une renonciation soit valide, «il faut qu'il soit bien clair que la personne renonce au moyen de procédure conçu pour sa protection et qu'elle le fait en pleine connaissance des droits que cette procédure vise à protéger et de l'effet de la renonciation sur ces droits au cours de la procédure».

[Souligné dans l'original.]

Les tribunaux américains sont parvenus à une conclusion semblable au sujet de la renonciation au droit à l'assistance d'un avocat prévu dans le *Sixième amendement*. Dans l'arrêt *Henry*, précité, une affaire dont les faits sont très semblables à ceux de l'espèce, la Cour suprême des États-Unis a conclu, à la p. 273, que [TRADUCTION] «l'idée d'une renonciation consciente et volontaire aux droits reconnus par le *Sixième amendement* ne s'applique pas dans le contexte des communications avec un indicateur banalisé agissant pour le compte du gouvernement». (Voir également la jurisprudence américaine citée par le juge Wilson dans l'arrêt *Clarkson*, précité, à la p. 395.)

En toute déférence, j'adopterais le critère de l'arrêt *Clarkson* parce qu'il est approprié en matière de renonciation au droit de garder le silence. Le droit de garder le silence est, tout autant que le droit à l'assistance d'un avocat,

Indeed, in an important respect, the right to remain silent is more fundamental. The principal effect in many cases of granting the right to counsel is that the accused is informed of the right to remain silent: *R. v. Manninen*, [1987] 1 S.C.R. 1233, at pp. 1242-43, *per* Lamer J. It follows, in my view, that any waiver of the right to remain silent must, similar to a waiver of the right to counsel, pass an "awareness of the consequences" test.

This Court has applied the *Clarkson* standard in relation to several different *Charter* rights: see, e.g., *R. v. Conway*, [1989] 1 S.C.R. 1659, at p. 1686 (s. 11(b)); and *R. v. Turpin*, [1989] 1 S.C.R. 1296, at pp. 1315-16 (s. 11(f)). In my opinion, to now hold that something less than informed waiver can suffice to deprive an accused of the right to remain silent would be inconsistent with this Court's previous position on waiver of these other equally important *Charter* rights, and could signal an erosion of the high standard we have required for waiver of the right to counsel itself. This right is, as pointed out by my colleague, similar to the right to remain silent in that each involves making a choice. Accordingly, this course does not appeal to me, either in principle or as a matter of policy.

It is patent that the deliberate deception practised here prevented (indeed, was designed to prevent) the appellant from being aware of the consequences of his actions, and that it operated to vitiate any waiver that might have been forthcoming otherwise. In the circumstances, there could be no waiver, and the appellant's right to remain silent, as embodied in s. 7 of the *Charter*, was violated.

fondé sur le traitement équitable d'un accusé en matière criminelle. D'ailleurs, sous un aspect important, le droit de garder le silence est plus fondamental. Dans de nombreux cas, le principal effet du droit à l'assistance d'un avocat est que l'accusé est informé du droit de garder le silence: *R. c. Manninen*, [1987] 1 R.C.S. 1233, aux pp. 1242 et 1243, le juge Lamer. À mon avis, il s'ensuit que toute renonciation au droit de garder le silence doit, comme dans le cas d'une renonciation au droit à l'assistance d'un avocat, respecter un critère de la «connaissance des conséquences».

Notre Cour a appliqué le critère de l'arrêt

Clarkson à l'égard de plusieurs droits différents reconnus par la *Charte*: voir, par exemple, les arrêts *R. c. Conway*, [1989] 1 R.C.S. 1659, à la p. 1686 (al. 11b)), et *R. c. Turpin*, [1989] 1 R.C.S. 1296, aux pp. 1315 et 1316 (al. 11f)). À mon avis, affirmer maintenant que quelque chose de moins qu'une renonciation éclairée peut suffire à priver un accusé du droit de garder le silence serait incompatible avec la position antérieure de notre Cour au sujet de la renonciation à ces autres droits tout aussi importants de la *Charte* et pourrait indiquer une érosion de la norme sévère que nous avons exigée pour renoncer au droit à l'assistance d'un avocat. Comme l'a souligné ma collègue, ce droit est semblable au droit de garder le silence en ce que chacun comporte un choix. Par conséquent, cette façon de voir ne me paraît pas judicieuse ni en principe ni à titre de question de politique.

Il est manifeste que la supercherie utilisée délibérément en l'espèce a empêché (et avait d'ailleurs pour but d'empêcher) l'appelant de connaître les conséquences de ses actes et qu'elle a eu pour effet d'entacher de nullité toute renonciation qui aurait pu se produire par ailleurs. Dans les circonstances, il ne pouvait y avoir de renonciation et le droit de l'appelant de garder le silence, tel qu'il est reconnu à l'art. 7 de la *Charte*, a été violé.

Section 1

Section 1 of the *Charter* reads as follows:

1. The *Canadian Charter of Rights and Freedoms* guarantees the rights and freedoms set out in it subject only to such reasonable limits prescribed by law as can be demonstrably justified in a free and democratic society.

i L'article premier

L'article premier de la *Charte* se lit ainsi:

1. La *Charte canadienne des droits et libertés* garantit les droits et libertés qui y sont énoncés. Ils ne peuvent être restreints que par une règle de droit, dans des limites qui soient raisonnables et dont la justification puisse se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique.

In *R. v. Therens*, [1985] 1 S.C.R. 613, at p. 621, Estey J., speaking for the majority (Beetz, Chouinard, Wilson JJ. concurring, and Lamer J. concurring on this point), stated: "The limit on the respondent's right to consult counsel was imposed by the conduct of the police officers and not by Parliament". More recently, in *R. v. Thomsen*, [1988] 1 S.C.R. 640, at pp. 650-51, Le Dain J., speaking for the Court, reiterated the view he had expressed previously in *Therens*, at p. 645 (McIntyre J. concurring, and Dickson C.J. concurring on this point), as follows:

The limit will be prescribed by law within the meaning of s. 1 if it is expressly provided for by statute or regulation, or results by necessary implication from the terms of a statute or regulation or from its operating requirements. The limit may also result from the application of a common law rule.

The police conduct that constituted the *Charter* violation in the present case was a police initiative, and was not the execution or necessary implication of a statutory or regulatory duty, and was not the result of the application of a common law rule. The use of undercover officers in these circumstances is certainly legal, in the sense that it is not proscribed by law; but it does not follow that this tactic is prescribed by law. The word "prescribe" connotes a mandate for specific action, not merely permission for that which is not prohibited. For these reasons, it cannot be said that the limiting effect on the appellant's s. 7 rights was "prescribed by law", and it is therefore unnecessary to consider the application of s. 1 to the facts of this case.

Section 24(2)

The only question remaining is whether the evidence of the incriminating statements made by the appellant to Corporal Miller ought to be excluded pursuant to s. 24(2) of the *Charter*, which reads as follows:

24. . .

(2) Where, in proceedings under subsection (1), a court concludes that evidence was obtained in a manner

Dans l'arrêt *R. c. Therens*, [1985] 1 R.C.S. 613, à la p. 621, le juge Estey affirme, au nom de la majorité (les juges Beetz, Chouinard et Wilson souscrivant à ses motifs, et le juge Lamer y souscrivant sur ce point): «La restriction du droit de l'intimité de consulter son avocat a été imposée par la conduite des policiers et non par le Parlement.» Plus récemment, dans l'arrêt *R. c. Thomsen*, [1988] 1 R.C.S. 640, aux pp. 650 et 651, le juge Le Dain a réitéré, au nom de la Cour, l'opinion qu'il avait exprimée antérieurement dans l'arrêt *Therens*, à la p. 645 (le juge McIntyre souscrivant à ses motifs, et le juge en chef Dickson y souscrivant sur ce point), de la façon suivante:

Une restriction est prescrite par une règle de droit au sens de l'art. 1 si elle est prévue expressément par une loi ou un règlement, ou si elle découle nécessairement des termes d'une loi ou d'un règlement, ou de ses conditions d'application. La restriction peut aussi résulter de l'application d'une règle de *common law*.

La conduite des policiers qui constituait une violation de la *Charte* en l'espèce était une initiative policière et ne résultait ni ne déoulait nécessairement d'une obligation légale ou réglementaire, pas plus qu'elle ne résultait de l'application d'une règle de *common law*. L'emploi d'agents banalisés dans ces circonstances est certainement légal, en ce sens qu'il n'est pas interdit par une règle de droit; mais il ne s'ensuit pas que cette ruse est prescrite par une règle de droit. Le terme «prescrire» signifie un mandat d'action précise, et non simplement une permission de faire ce qui n'est pas interdit. Pour ces motifs, on ne peut affirmer que l'effet limitant les droits de l'appelant en vertu de l'art. 7 était prescrit par une règle de droit et il n'est donc pas nécessaire d'examiner l'application de l'article premier aux faits en l'espèce.

Le paragraphe 24(2)

La seule question qu'il reste à trancher est de savoir si la preuve des déclarations incriminantes faites par l'appelant au caporal Miller doit être écartée conformément au par. 24(2) de la *Charte*, qui se lit ainsi:

24. . .

(2) Lorsque, dans une instance visée au paragraphe (1), le tribunal a conclu que des éléments de preuve ont

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.

This Court's leading precedent on the interpretation and application of s. 24(2) is the judgment of Lamer J., speaking for the majority, in *Collins, supra*. In that case, Lamer J. set out three groups of factors to consider in the determination whether the admission of impugned evidence could bring the administration of justice into disrepute. These were:

- (1) factors concerning the effect of admission of the evidence on the fairness of the trial;
- (2) factors concerning the seriousness of the *Charter* violation; and
- (3) factors concerning the effect of exclusion of the evidence on the reputation of the administration of justice.

In respect of the first group of factors, or the "trial fairness" rationale for the exclusion of evidence, Lamer J. said this, at pp. 284-85:

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

... 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, supra*, and *Clarkson v. The Queen* [*supra*], 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

établi 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.

L'arrêt de principe de notre Cour concernant l'interprétation et l'application du par. 24(2) est l'opinion exprimée par le juge Lamer, au nom de la majorité, dans l'arrêt *Collins*, précité. Dans cet arrêt, le juge Lamer a établi trois groupes de facteurs à considérer pour déterminer si l'utilisation d'une preuve contestée est susceptible de déconsidérer l'administration de la justice. Ces groupes de facteurs portent sur:

- (1) l'effet de l'utilisation de la preuve sur l'équité du procès;
- (2) la gravité de la violation de la *Charte*;
- (3) l'effet de l'exclusion de la preuve sur la considération dont jouit l'administration de la justice.

En ce qui concerne le premier groupe de facteurs, ou «l'équité du procès» qui justifie qu'on écarte la preuve, le juge Lamer dit ceci, aux pp. 284 et 285:

f 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.]

i ... Il en est [...] 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*, précité, et *Clarkson c. La Reine* [précité]. L'utilisation d'une preuve auto-incriminante obtenue dans le contexte

of the trial and should generally be excluded. [Emphasis added.]

Lamer J. reiterated these points, speaking for the Court, in *R. v. Ross*, [1989] 1 S.C.R. 3, at p. 16.

In my view, the evidence sought to be adduced in the present case falls squarely within that species of evidence referred to by Lamer J. which, if admitted, would render the trial unfair. In this respect, violations of the right to counsel and the right to remain silent generate an identical sort of evidence: self-incriminatory statements that would not have been made but for the violation. The admission of such evidence is unfair because it is representative of a model of criminal justice fundamentally at odds with that enshrined in the *Charter*. The accused is effectively stripped of the presumption of innocence (because he has damned himself in the eyes of the trier of fact), and he has thus relieved the Crown of the burden of proving the case. Furthermore, the accused is placed in the invidious position of having to take the stand, contrary to the privilege against self-incrimination, in order to disclaim the confession. All of these knock-on effects amply demonstrate the unfairness inherent in the admission of an unconstitutionally acquired confession.

As Lamer J. pointed out in *Collins*, any impingement on trial fairness strikes at the heart of the reputation of the administration of justice. But the Crown has submitted in the present case that the good faith of the police officers who arranged for the deception of the appellant, relying on the authority of *Rothman, supra*, is a significant factor in favour of receiving the evidence. For myself, I fail to see how the good faith or otherwise of the investigating officers can cure, so to speak, an unfair trial. This Court's cases on s. 24(2) point clearly, in my opinion, to the conclusion that where impugned evidence falls afoul of the first set of factors set out by Lamer J. in *Collins* (trial fairness), the admissibility of such evidence cannot be saved by resort to the second set of factors (the seriousness of the violation). These two sets of factors are alternative grounds

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. [Je souligne.]

^a Le juge Lamer a repris ces considérations, au nom de la Cour, dans l'arrêt *R. c. Ross*, [1989] 1 R.C.S. 3, à la p. 16.

^b À mon avis, la preuve que l'on tente de produire en l'espèce relève incontestablement de ces genres d'éléments de preuve mentionnés par le juge Lamer qui, s'ils étaient admis, rendraient le procès inéquitable. À cet égard, les violations du droit à l'assistance d'un avocat et du droit de garder le silence produisent un type de preuve identique: des déclarations incriminantes qui n'auraient pas été faites n'eût été la violation. L'utilisation de cette preuve est inéquitable parce qu'elle fait appel à un modèle de justice criminelle fondamentalement incompatible avec celui qui est consacré dans la *Charte*. Dans les faits, l'accusé est privé de la présomption d'innocence (parce qu'il s'est condamné lui-même aux yeux du juge des faits) et il a donc libéré le ministère public du fardeau de prouver l'infraction. En outre, l'accusé se trouve dans la situation inconfortable où il a à témoigner, contrairement au privilège de ne pas s'incriminer, pour démentir la confession. Toutes ces réactions en chaîne démontrent amplement l'injustice inhérente à l'utilisation d'une confession obtenue de façon inconstitutionnelle.

^c Comme le juge Lamer l'a souligné dans l'arrêt *Collins*, toute entorse à l'équité du procès porte atteinte au cœur même de la considération dont jouit l'administration de la justice. Mais le ministère public a soutenu en l'espèce que la bonne foi des policiers qui ont dupé l'appelant en se fondant sur l'arrêt *Rothman*, précité, est un facteur important en faveur de l'utilisation de la preuve. Quant à moi, je ne vois pas comment la bonne foi des policiers enquêteurs peut, disons, remédier à un procès inéquitable. À mon avis, la jurisprudence de notre Cour sur le par. 24(2) permet de conclure clairement que lorsque la preuve contestée se heurte à la première série de facteurs énoncés par le juge Lamer dans l'arrêt *Collins* (l'équité du procès), l'admissibilité de cette preuve ne peut être sauvegardée par un recours à la deuxième série de facteurs (la gravité de la violation). Ces deux

for the exclusion of evidence, and not alternative grounds for the admission of evidence. It seems odd indeed to assert that evidence the admission of which would render a trial unfair ought to be admitted because the police officer thought he was doing his job. From the accused's perspective (whose trial is *ex hypothesi* proceeding unfairly), it makes little difference that the police officer has a clean conscience in the execution of his duty. This, no doubt, accounts for the language of exclusion in this Court's cases on the issue which seems to contemplate a direct progression from (a) the admission of such evidence, to (b) an adverse effect on the fairness of the trial, to (c) the disrepute of the administration of justice. For example, in *R. v. Black*, [1989] 2 S.C.R. 138, Wilson J. stated, at p. 160:

In my view, the admission of the appellant's inculpatory statement would adversely affect the fairness of the trial and bring the administration of justice into disrepute. The fairness of the trial would be adversely affected since the admission of the statement would infringe on the appellant's right against self-incrimination, a right which could have been protected had the appellant had an opportunity to consult counsel.

I must conclude that the admission of evidence of the statements elicited by Corporal Miller would bring the administration of justice into disrepute, and that the evidence must therefore be excluded pursuant to s. 24(2).

Accordingly, the appeal is allowed, the judgment of the Court of Appeal for the Yukon Territory is reversed, and the appellant's acquittal is restored.

Appeal allowed.

Solicitors for the appellant: O'Brien & Horem-bala, Whitehorse; Greenspan, Rosenberg, Toronto.

Solicitor for the respondent: John C. Tait, Ottawa.

séries de facteurs sont des moyens facultatifs d'écarter la preuve et non des moyens facultatifs d'admettre la preuve. Il semble d'ailleurs étrange d'affirmer que la preuve dont l'utilisation rendrait le procès inéquitable devrait être admise parce que le policier croyait faire son travail. Du point de vue de l'accusé (dont le procès se déroule par hypothèse de façon inéquitable), cela ne change rien que l'agent de police ait la conscience en paix dans l'exécution de ses fonctions. Cela justifie certainement les propos en faveur de l'exclusion, tenus dans la jurisprudence de notre Cour sur la question, qui semblent envisager une progression directe de a) l'utilisation de cette preuve à b) un effet préjudiciable sur l'équité du procès, à c) la déconsidération de l'administration de la justice. Par exemple, dans l'arrêt *R. c. Black*, [1989] 2 R.C.S. 138, le juge Wilson affirme, à la p. 160:

À mon avis, l'utilisation de la déclaration incriminante de l'appelante nuirait à l'équité du procès et déconsidérerait l'administration de la justice. Il y aurait atteinte à l'équité du procès puisque l'utilisation de la déclaration violerait le droit de l'appelante de ne pas s'incriminer, lequel droit aurait pu être protégé si l'appelante avait eu la possibilité de consulter un avocat.

Je dois conclure que l'utilisation de la preuve des déclarations obtenues par le caporal Miller est susceptible de déconsidérer l'administration de la justice et que cette preuve doit donc être écartée conformément au par. 24(2).

Par conséquent, le pourvoi est accueilli, l'arrêt de la Cour d'appel du territoire du Yukon est infirmé et l'acquittement de l'appelant est rétabli.

Pourvoi accueilli.

Procureurs de l'appelant: O'Brien & Horem-bala, Whitehorse; Greenspan, Rosenberg, Toronto.

Procureur de l'intimée: John C. Tait, Ottawa.