

Dwayne W. Hynes *Appellant*

v.

Her Majesty The Queen *Respondent*

and

**The Attorney General of Canada,
the Attorney General for Ontario,
the Attorney General of Manitoba,
the Attorney General of British Columbia
and the Attorney General for
Alberta** *Interveners*

INDEXED AS: R. v. HYNES

Neutral citation: 2001 SCC 82.

File No.: 27443.

2001: February 13; 2001: December 6.

Present: McLachlin C.J. and L'Heureux-Dubé, Gonthier, Iacobucci, Major, Bastarache, Binnie, Arbour and LeBel JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR
NEWFOUNDLAND

Constitutional law — Charter of Rights — Court of competent jurisdiction — Preliminary inquiry — Exclusion of evidence — Whether preliminary inquiry justice is court of competent jurisdiction to exclude evidence — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 24(2).

The accused stands charged with three offences under the *Criminal Code* arising from a motor vehicle accident. The judge presiding over the preliminary hearing into the charges held *voir dire*s to determine the admissibility of statements made by the accused to the police while he was under arrest. The accused argued that these statements were obtained by the police in a fashion infringing his rights under ss. 7, 10(a), 10(b) and 11(a) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. After completion of the Crown's evidence on each of the *voir dire*s, the accused sought a declaration that the presiding judge constituted a "court of competent jurisdiction" under s. 24 of the *Charter*. The judge refused on the ground that, sitting in his capacity as a preliminary inquiry justice, he was not a "court of competent jurisdiction" for the

Dwayne W. Hynes *Appellant*

c.

Sa Majesté la Reine *Intimée*

et

**Le procureur général du Canada,
le procureur général de l'Ontario,
le procureur général du Manitoba,
le procureur général de la Colombie-
Britannique et le procureur général de
l'Alberta** *Intervenants*

RÉPERTORIÉ : R. c. HYNES

Référence neutre : 2001 CSC 82.

N° du greffe : 27443.

2001 : 13 février; 2001 : 6 décembre.

Présents : Le juge en chef McLachlin et les juges L'Heureux-Dubé, Gonthier, Iacobucci, Major, Bastarache, Binnie, Arbour et LeBel.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DE TERRE-NEUVE

Droit constitutionnel — Charte des droits — Tribunal compétent — Enquête préliminaire — Exclusion d'éléments de preuve — Le juge présidant une enquête préliminaire est-il un tribunal compétent pour écarter des éléments de preuve? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 24(2).

L'accusé a été inculpé de trois infractions au *Code criminel* découlant d'un accident impliquant un véhicule à moteur. Le juge qui a présidé l'enquête préliminaire portant sur ces accusations a tenu des voir-dire pour décider de l'admissibilité de déclarations faites par l'appelant aux policiers pendant qu'il était en état d'arrestation. L'appelant a plaidé que les policiers avaient obtenu ces déclarations d'une manière portant atteinte aux droits qui lui sont garantis par l'art. 7 et les al. 10a), 10b) et 11a) de la *Charte canadienne des droits et libertés*. À chaque voir-dire, après la clôture de la preuve du ministère public, l'appelant a demandé un jugement déclaratoire portant que le juge présidant l'enquête préliminaire constituait un « tribunal compétent » au sens de l'art. 24 de la *Charte*. Le juge a refusé la demande pour le motif

purpose of excluding evidence under s. 24(2). The Trial Division dismissed the accused's application to direct the preliminary inquiry judge to conduct the inquiry under s. 24. The Court of Appeal upheld that decision.

Held (Iacobucci, Major, Binnie and Arbour JJ. dissenting): The appeal should be dismissed.

Per McLachlin C.J. and L'Heureux-Dubé, Gonthier, Bastarache and LeBel JJ.: A justice presiding at a preliminary inquiry is not a "court of competent jurisdiction" for the purpose of excluding evidence under s. 24(2) of the *Charter*.

A "court of competent jurisdiction" is one that possesses jurisdiction over the subject matter, jurisdiction over the person, and jurisdiction to grant the remedy. The test for the third element is whether the court or tribunal is suited to grant the remedy sought under s. 24 in light of its function and structure. The primary function of a preliminary inquiry justice is to determine whether the Crown has sufficient evidence to warrant committing the accused to trial. In support of this function, Parliament equipped the preliminary inquiry with a structure that shares broad similarities with that of the trial court. The preliminary inquiry is not a trial, however, and this distinction is reflected in the powers and procedure. Preliminary inquiry justices should not be allowed general powers to exclude evidence for *Charter* breaches. First, recognizing a remedial jurisdiction in preliminary inquiry justices has the potential to transform the role Parliament intended this process to perform in the criminal justice system. Instead of performing a preliminary screening function, the preliminary inquiry might become a forum for trying *Charter* breaches and awarding remedies. Second, assigning this new role to preliminary inquiry justices might undermine the expeditious nature of the preliminary inquiry. Third, trial courts are better situated than preliminary inquiries to engage in s. 24(2) determinations. Finally, *Charter* litigation at the preliminary stage may ultimately serve no other practical purpose than to increase the costs and delays associated with this process. If the accused is discharged as the result of excluded evidence under s. 24(2), the Crown may still prefer a direct indictment against the accused and proceed to trial regardless. There is no statutory right of appeal from the ruling of a preliminary inquiry justice. The Crown's power to proceed by preferred indictment cannot be accepted as a proper substitute for a statutory appeal mechanism. Parliament intended *Charter* issues to be resolved in a forum equipped with established and

que, en tant que juge présidant une enquête préliminaire, il n'était pas un « tribunal compétent » pour écarter des éléments de preuve en vertu du par. 24(2). La Section de première instance a rejeté la demande de l'accusé visant à obliger le juge de l'enquête préliminaire à effectuer l'examen prévu à l'art. 24. La Cour d'appel a confirmé cette décision.

Arrêt (les juges Iacobucci, Major, Binnie et Arbour sont dissidents) : Le pourvoi est rejeté.

Le juge en chef McLachlin et les juges L'Heureux-Dubé, Gonthier, Bastarache et LeBel : Le juge qui préside une enquête préliminaire n'est pas un « tribunal compétent » pour écarter des éléments de preuve en application du par. 24(2) de la *Charte*.

Un « tribunal compétent » est un tribunal qui a compétence sur l'intéressé, qui a compétence sur l'objet du litige et qui dispose du pouvoir d'accorder la réparation demandée. Le critère applicable à l'égard du troisième élément est le suivant : Le tribunal judiciaire ou administratif concerné est-il, eu égard à sa fonction et à sa structure, le forum approprié pour accorder la réparation demandée en vertu de l'art. 24? La fonction principale du juge qui préside une enquête préliminaire est de déterminer si le ministère public dispose d'une preuve suffisante pour justifier le renvoi de l'accusé pour qu'il subisse son procès. Au soutien de cette fonction, le Parlement a doté l'enquête préliminaire d'une structure présentant de grandes similitudes avec celle de la cour chargée du procès. L'enquête préliminaire n'est pas un procès et cette différence se reflète dans sa procédure et les pouvoirs du juge qui la préside. Les juges présidant les enquêtes préliminaires ne doivent pas être investis de pouvoirs généraux les autorisant à écarter des éléments de preuve pour cause de violation de la *Charte*. Premièrement, le fait de reconnaître aux juges présidant les enquêtes préliminaires une compétence en matière de réparation pourrait modifier le rôle que le Parlement entendait que joue l'enquête préliminaire dans le système de justice pénale. Au lieu d'accomplir une fonction de filtrage initial, l'enquête préliminaire pourrait devenir un forum où seraient jugées des violations de la *Charte* et accordées des réparations. Deuxièmement, confier ce nouveau rôle aux juges présidant les enquêtes préliminaires pourrait nuire au caractère expéditif de cette procédure. Troisièmement, le juge du procès est mieux placé que celui de l'enquête préliminaire pour décider de l'application du par. 24(2). Enfin, le fait de débattre les questions relatives de la *Charte* à l'étape de l'enquête préliminaire pourrait en bout de ligne n'avoir d'autre effet que de faire augmenter les frais et délais liés à ce processus. Si l'accusé est libéré en raison de l'exclusion d'un élément de preuve en application du par. 24(2), le ministère public peut néanmoins présenter

well-understood avenues of appeal. The trial court is the obvious choice for this task.

Under the current rule, the preliminary inquiry justice may consider the admissibility of the accused's statement based on voluntariness, but not *Charter* violations. Although these powers appear similar, only the latter involves an exercise of remedial authority — an authority with which a preliminary inquiry justice is not cloaked. Further, the common law confessions rule always results in the exclusion of offending evidence. As such, it involves a relatively discrete inquiry. By contrast, the s. 24(2) inquiry transcends the immediate facts of the *Charter* breach and embraces a much more comprehensive appraisal of the impact of the evidence on the fairness of the trial and the repute of the justice system. These issues are best reserved for the trial judge, who is likely to have a more complete picture of the evidence and its significance in the context of the case and is thus better situated to decide such questions.

Per Iacobucci, Major, Binnie and Arbour JJ. (dissenting): A preliminary inquiry hearing, by virtue of its function and structure, is an appropriate forum for excluding statements obtained contrary to the *Charter*. Many statutory provisions in Part XVIII of the *Criminal Code* demonstrate that a preliminary inquiry justice has been provided with the power to determine the admissibility of evidence, including s. 542, which requires a preliminary inquiry justice to exclude confessions under exclusionary rules at common law. A “much more comprehensive appraisal” is not necessarily required to determine whether statements that violate the *Charter* should be excluded. Generally, if an accused's statement is obtained in violation of *Charter* rights, self-incriminating evidence will be excluded under s. 24(2) without the need for much further inquiry. Even if a much more comprehensive appraisal is required, there will be overlap between the “administration of justice” test used to determine whether evidence should be excluded

un acte d'accusation contre l'accusé conformément à l'art. 577 du *Code criminel* et ainsi faire en sorte qu'il y ait quand même un procès. Il n'existe pas dans la loi de droit d'appel de la décision du juge de l'enquête préliminaire. Le pouvoir du ministère public de présenter un acte d'accusation dans de telles circonstances ne saurait être considéré comme une solution de rechange adéquate à un mécanisme d'appel prévu par la loi. Le Parlement entendait que les questions liées à la *Charte* soient tranchées dans un forum doté de voies d'appel établies et bien comprises. La juridiction de jugement constitue le choix évident pour cette fonction.

Suivant la règle actuelle, le juge qui préside une enquête préliminaire peut examiner l'admissibilité d'une déclaration faite par un accusé en fonction de son caractère volontaire, mais non en fonction de la question de savoir si elle a été obtenue en violation de la *Charte*. Bien que ces pouvoirs paraissent semblables, seul le second fait intervenir l'exercice du pouvoir de réparation — un pouvoir dont n'est pas investi le juge présidant une enquête préliminaire. En outre, l'application de la règle des confessions prévue par la common law entraîne toujours l'exclusion des éléments de preuve attentatoires. En conséquence, elle commande une enquête relativement spécifique. À l'opposé, l'enquête requise pour l'application du par. 24(2) va au-delà des faits immédiats de la violation de la *Charte* et comporte une évaluation beaucoup plus complète de l'incidence de l'élément de preuve sur le caractère équitable du procès et la considération dont jouit le système de justice pénale. Il est préférable de laisser l'examen de ces questions au juge du procès, qui aura vraisemblablement un tableau plus complet de la preuve et de son importance dans le contexte et qui sera mieux placé pour trancher ces questions.

Les juges Iacobucci, Major, Binnie et Arbour (dissidents) : De par sa fonction et sa structure, l'enquête préliminaire est un forum approprié pour prononcer l'exclusion de déclarations obtenues en violation de la *Charte*. De nombreuses dispositions de la partie XVIII du *Code criminel* démontrent que le juge présidant une enquête préliminaire a reçu le pouvoir de statuer sur l'admissibilité des éléments de preuve, y compris l'art. 542, qui oblige le juge présidant une enquête préliminaire à écarter des confessions en application des règles d'exclusion prévues par la common law. Une « évaluation beaucoup plus complète » n'est pas nécessairement requise pour décider s'il y a lieu d'écarter des déclarations obtenues en violation de la *Charte*. En règle générale, si la déclaration de l'accusé a été obtenue en violation des droits que lui garantit la *Charte*, l'élément de preuve auto-incriminant est écarté en vertu du par. 24(2), sans qu'il soit nécessaire de procéder à un examen plus approfondi. Même si « une évaluation beaucoup

pursuant to s. 24(2) of the *Charter* and the factors used in the common law confessions rule. With such overlap, the *voir dire* needed to exclude a confession at common law will provide virtually all the requisite information for exclusion under the *Charter*. Moreover, the rationale for the common law exclusionary rule is much the same as the “remedial” rationale for s. 24(2) of the *Charter*.

If the test for committal is the intended function of the preliminary inquiry and if a “much more comprehensive appraisal” is required to determine whether to exclude confessions obtained contrary to the *Charter*, the discovery mechanism engaged by the preliminary inquiry is adequate to the task. A preliminary inquiry justice is required to hear an accused’s witnesses even if evidence introduced by the Crown satisfies the test for committal. Defence counsel have a statutory right to cross-examine the Crown’s evidence and to call witnesses. Moreover, there is nothing to suggest that if justices at preliminary inquiries are given the power to exclude confessions obtained contrary to the *Charter*, additional cost and delay will be occasioned. A discharge at the preliminary inquiry stage that manages to avoid a jury trial saves an enormous amount of otherwise wasted time and resources. If preliminary inquiry justices do not have power to exclude evidence pursuant to s. 24(2) of the *Charter*, fewer discharges will result. Conversely, if preliminary inquiry justices are given the power to exclude evidence, more accused people will be discharged. If an accused is improperly discharged, the Crown can always prefer a direct indictment pursuant to s. 577 of the *Code* and proceed to trial regardless of the preliminary inquiry justice’s decision. The justice could also refuse to grant the remedy the accused seeks. By having the *Charter* question determined and rejected, an accused would be more likely to plead guilty and avoid a trial. If the preliminary inquiry justice decided to exclude evidence pursuant to the *Charter*, the decision would not bind the trial judge. Under the present preliminary inquiry system, where preliminary inquiry justices are not thought to have the power to grant *Charter* remedies, preliminary inquiries routinely engage *Charter*-related evidence. The preliminary inquiry justice should be permitted to rule on *Charter* issues. It is not supportable by logic or efficiency to permit a preliminary inquiry justice to determine the admissibility of statements for common law purposes but not for *Charter* purposes when it is recognized that preliminary inquiry justices are armed

plus complète » est requise, il y aura un chevauchement entre le critère fondé sur « l’administration de la justice », qui sert à déterminer s’il y a lieu d’écarter des éléments de preuve en vertu du par. 24(2) de la *Charte*, et les facteurs utilisés dans l’application de la règle des confessions prévue par la common law. Compte tenu de ce chevauchement, le voir-dire requis pour déterminer si une confession doit être écartée en vertu de la common law fournira virtuellement tous les renseignements nécessaires pour décider si elle doit l’être en vertu de la *Charte*. En outre, la raison d’être de la règle d’exclusion prévue par la common law est sensiblement la même que celle du pouvoir « réparateur » prévu au par. 24(2) de la *Charte*.

Si l’application du critère applicable en matière de renvoi à procès est la fonction qu’est censée accomplir l’enquête préliminaire et qu’une « évaluation beaucoup plus complète » est nécessaire pour déterminer s’il y a lieu d’écarter des confessions obtenues en violation de la *Charte*, l’enquête préliminaire est bien adaptée à cette tâche. Le juge président une enquête préliminaire doit entendre les témoins du prévenu, même si la preuve présentée par le ministère public satisfait au critère applicable en matière de renvoi à procès. La loi reconnaît aux avocats de la défense le droit de contre-interroger les témoins à charge et celui d’assigner des témoins. De plus, rien n’indique que, si les juges président les enquêtes préliminaires étaient habilités à écarter des confessions obtenues en violation de la *Charte*, il en résulterait des coûts et des délais additionnels. Lorsqu’un prévenu est libéré à l’enquête préliminaire et qu’un procès devant jury est évité, il en découle d’importantes économies de temps et de ressources. Si les juges président les enquêtes préliminaires n’ont pas le pouvoir d’écarter des éléments de preuve en application du par. 24(2) de la *Charte*, moins de prévenus seront libérés à cette étape. À l’inverse, si les juges président les enquêtes préliminaires peuvent écarter des éléments de preuve, davantage de prévenus seront libérés. Si un prévenu est libéré à tort, le ministère public peut toujours présenter un acte d’accusation conformément à l’art. 577 du *Code* et faire tenir un procès, indépendamment de la décision du juge qui a présidé l’enquête préliminaire. Il est également possible que le juge président l’enquête préliminaire refuse d’accorder la réparation demandée par le prévenu. Du fait que cette question relative à la *Charte* aurait été tranchée et rejetée, il y aurait de fortes chances que ce dernier plaide coupable et évite la tenue d’un procès. Si le juge président l’enquête préliminaire décidait d’écarter des éléments de preuve en application de la *Charte*, cette décision ne lierait pas le juge du procès. Dans le cadre de l’actuel système d’enquête préliminaire, où les juges de paix président les enquêtes ne sont pas considérés comme ayant le pouvoir d’accorder

with all the facts. Parliament could not have intended such waste.

This Court's *obiter* analysis in *Mills*, if binding, should be overruled to the extent that it holds that the provincial court and its members are not courts of competent jurisdiction for purposes of excluding certain evidence obtained contrary to s. 24(2) of the *Charter*. This change is incremental and *Mills* has been attenuated by subsequent decisions. The change suggested reflects a better understanding of the *Charter*. Guided by the substantial case law, preliminary inquiry justices are well placed to decide whether to exclude evidence pursuant to the *Charter* in a fair manner that corresponds to the law.

Cases Cited

By McLachlin C.J.

Applied: *R. v. 974649 Ontario Inc.*, [2001] 3 S.C.R. 575, 2001 SCC 81; **followed:** *Mills v. The Queen*, [1986] 1 S.C.R. 863; **referred to:** *R. v. Smith*, [1989] 2 S.C.R. 1120; *R. v. Seaboyer*, [1991] 2 S.C.R. 577; *R. v. Bernard*, [1988] 2 S.C.R. 833; *R. v. Robinson*, [1996] 1 S.C.R. 683; *R. v. Chaulk*, [1990] 3 S.C.R. 1303; *R. v. B. (K.G.)*, [1993] 1 S.C.R. 740; *Caccamo v. The Queen*, [1976] 1 S.C.R. 786; *Skogman v. The Queen*, [1984] 2 S.C.R. 93; *R. v. O'Connor*, [1995] 4 S.C.R. 411; *R. v. Chew*, [1968] 2 C.C.C. 127; *R. v. Girimonte* (1997), 121 C.C.C. (3d) 33; *R. v. Richards* (1997), 115 C.C.C. (3d) 377; *United States of America v. Shephard*, [1977] 2 S.C.R. 1067; *Patterson v. The Queen*, [1970] S.C.R. 409; *R. v. Rahey*, [1987] 1 S.C.R. 588; *R. v. Garofoli*, [1990] 2 S.C.R. 1421; *Kourtessis v. M.N.R.*, [1993] 2 S.C.R. 53; *R. v. Power*, [1994] 1 S.C.R. 601; *R. v. Collins*, [1987] 1 S.C.R. 265; *R. v. Duguay*, [1989] 1 S.C.R. 93; *R. v. Stillman*, [1997] 1 S.C.R. 607; *R. v. Belnavis*, [1997] 3 S.C.R. 341; *R. v. Oickle*, [2000] 2 S.C.R. 3, 2000 SCC 38.

By Major J. (dissenting)

R. v. Pearson (1957), 117 C.C.C. 249; *R. v. Ferrero* (1981), 59 C.C.C. (2d) 93; *R. v. Ward* (1976), 31 C.C.C.

des réparations fondées sur la *Charte*, ceux-ci sont régulièrement aux prises avec des éléments de preuve faisant intervenir la *Charte*. Le juge qui préside une enquête préliminaire devrait être autorisé à statuer sur les questions relatives à la *Charte*. Ni la logique ni l'efficacité ne sauraient justifier qu'on autorise le juge président une enquête préliminaire à statuer sur l'admissibilité de déclarations au regard de la common law mais non au regard de la *Charte*, alors qu'on reconnaît qu'il dispose de tous les faits. Le Parlement ne peut avoir voulu un tel gaspillage.

Si l'analyse faite en remarque incidente par notre Cour dans l'arrêt *Mills* a un caractère contraignant, la règle devrait être renversée, dans la mesure où elle établit que la cour provinciale et ses juges ne constituent pas un tribunal compétent pour écarter certains éléments de preuve obtenus en violation du par. 24(2) de la *Charte*. Il s'agit d'un changement progressif et la portée de l'arrêt *Mills* a été atténuée par des décisions subséquentes. Le changement suggéré reflète une meilleure compréhension de la *Charte*. Guidés par cette abondante jurisprudence, les juges président les enquêtes préliminaires sont bien placés pour décider d'une manière équitable et conforme au droit s'il y a lieu d'écarter des éléments de preuve en application de la *Charte*.

Jurisprudence

Citée par le juge en chef McLachlin

Arrêt appliqué : *R. c. 974649 Ontario Inc.*, [2001] 3 R.C.S. 575, 2001 CSC 81; **arrêt suivi :** *Mills c. La Reine*, [1986] 1 R.C.S. 863; **arrêts mentionnés :** *R. c. Smith*, [1989] 2 R.C.S. 1120; *R. c. Seaboyer*, [1991] 2 R.C.S. 577; *R. c. Bernard*, [1988] 2 R.C.S. 833; *R. c. Robinson*, [1996] 1 R.C.S. 683; *R. c. Chaulk*, [1990] 3 R.C.S. 1303; *R. c. B. (K.G.)*, [1993] 1 R.C.S. 740; *Caccamo c. La Reine*, [1976] 1 R.C.S. 786; *Skogman c. La Reine*, [1984] 2 R.C.S. 93; *R. c. O'Connor*, [1995] 4 R.C.S. 411; *R. c. Chew*, [1968] 2 C.C.C. 127; *R. c. Girimonte* (1997), 121 C.C.C. (3d) 33; *R. c. Richards* (1997), 115 C.C.C. (3d) 377; *États-Unis d'Amérique c. Shephard*, [1977] 2 R.C.S. 1067; *Patterson c. La Reine*, [1970] R.C.S. 409; *R. c. Rahey*, [1987] 1 R.C.S. 588; *R. c. Garofoli*, [1990] 2 R.C.S. 1421; *Kourtessis c. M.R.N.*, [1993] 2 R.C.S. 53; *R. c. Power*, [1994] 1 R.C.S. 601; *R. c. Collins*, [1987] 1 R.C.S. 265; *R. c. Duguay*, [1989] 1 R.C.S. 93; *R. c. Stillman*, [1997] 1 R.C.S. 607; *R. c. Belnavis*, [1997] 3 R.C.S. 341; *R. c. Oickle*, [2000] 2 R.C.S. 3, 2000 CSC 38.

Citée par le juge Major (dissident)

R. c. Pearson (1957), 117 C.C.C. 249; *R. c. Ferrero* (1981), 59 C.C.C. (2d) 93; *R. c. Ward* (1976), 31 C.C.C.

(2d) 466, aff'd Ont. C.A., February 15, 1977; *Mills v. The Queen*, [1986] 1 S.C.R. 863, aff'g (1983), 43 O.R. (2d) 631, aff'g (1983), 40 O.R. (2d) 112, aff'g (1982), 2 C.R.R. 300; *R. v. 974649 Ontario Inc.*, [2001] S.C.R. 575, 2001 SCC 81; *United States of America v. Shephard*, [1977] 2 S.C.R. 1067; *R. v. Stillman*, [1997] 1 S.C.R. 607; *R. v. Feeney*, [1997] 2 S.C.R. 13; *R. v. Caslake*, [1998] 1 S.C.R. 51; *R. v. Cook*, [1998] 2 S.C.R. 597; *R. v. Oickle*, [2000] 2 S.C.R. 3, 2000 SCC 38; *Rothman v. The Queen*, [1981] 1 S.C.R. 640; *R. v. Grossi* (1992), 133 A.R. 278; *R. v. McIntosh* (1999), 141 C.C.C. (3d) 97; *Skogman v. The Queen*, [1984] 2 S.C.R. 93; *R. v. Barbeau*, [1992] 2 S.C.R. 845; *R. v. R. (L.)* (1995), 100 C.C.C. (3d) 329; *R. v. George* (1991), 5 O.R. (3d) 144; *R. v. Dawson* (1998), 123 C.C.C. (3d) 385; *R. v. Arviv* (1985), 19 C.C.C. (3d) 395, leave to appeal refused, [1985] 1 S.C.R. v; *R. v. Ertel* (1987), 58 C.R. (3d) 252, leave to appeal refused, [1987] 2 S.C.R. vii; *R. v. Seaboyer*, [1991] 2 S.C.R. 577; *Schwartz v. The Queen*, [1977] 1 S.C.R. 673; *R. v. Jewitt*, [1985] 2 S.C.R. 128; *R. v. Bernard*, [1988] 2 S.C.R. 833; *R. v. Chaulk*, [1990] 3 S.C.R. 1303; *Watkins v. Olafson*, [1989] 2 S.C.R. 750; *R. v. Therens*, [1985] 1 S.C.R. 613; *R. v. Collins*, [1987] 1 S.C.R. 265.

Statutes and Regulations Cited

Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 7, 10(a), (b), 11(a), (b), 24.
Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, ss. 2 “justice”, 220 [repl. 1995, c. 39, s. 141], 252(1)(b) [repl. 1994, c. 44, s. 12], 255(3) [rep. & sub. c. 27 (1st Supp.), s. 36], 535 [*idem*, s. 96], 536, 537(1)(g), (i) [am. 1997, c. 18, s. 64], 540, 541, 541(5) [am. 1994, c. 44, s. 54], 542(1), 548(1) [rep. & sub. c. 27 (1st Supp.), s. 101], 577 [*idem*, s. 115].

Authors Cited

Alford, David G., et al. *Some Statistics on the Preliminary Inquiry in Canada*. Ottawa: Department of Justice, 1984.
 Canada. Department of Justice. Consultation Paper. *Do we still need preliminary inquiries? Options for changes to the Criminal Code*. Ottawa: Department of Justice Canada, 1994.
 Freedman, Samuel. “Admissions and Confessions”. In Roger E. Salhany and Robert J. Carter, eds., *Studies in Canadian Criminal Evidence*. Toronto: Butterworths, 1972, 95.
 Gold, Alan D., and Jill R. Presser. “Let’s Not Do Away with the Preliminaries: A Case in Favour of Retaining the Preliminary Inquiry” (1996), 1 *Can. Crim. L.R.* 145.
 Greenspan, Edward L., and Marc Rosenberg. “The Preliminary Inquiry”. In Vincent M. Del Buono, ed.,

(2d) 466, conf. par C.A. Ont., 15 février 1977; *Mills c. La Reine*, [1986] 1 R.C.S. 863, conf. (1983), 43 O.R. (2d) 631, conf. (1983), 40 O.R. (2d) 112, conf. (1982), 2 C.R.R. 300; *R. c. 974649 Ontario Inc.*, [2001] 3 R.C.S. 575, 2001 CSC 81; *États-Unis d’Amérique c. Shephard*, [1977] 2 R.C.S. 1067; *R. c. Stillman*, [1997] 1 R.C.S. 607; *R. c. Feeney*, [1997] 2 R.C.S. 13; *R. c. Caslake*, [1998] 1 R.C.S. 51; *R. c. Cook*, [1998] 2 R.C.S. 597; *R. c. Oickle*, [2000] 2 R.C.S. 3, 2000 CSC 38; *Rothman c. La Reine*, [1981] 1 R.C.S. 640; *R. c. Grossi* (1992), 133 A.R. 278; *R. c. McIntosh* (1999), 141 C.C.C. (3d) 97; *Skogman c. La Reine*, [1984] 2 R.C.S. 93; *R. c. Barbeau*, [1992] 2 R.C.S. 845; *R. c. R. (L.)* (1995), 100 C.C.C. (3d) 329; *R. c. George* (1991), 5 O.R. (3d) 144; *R. c. Dawson* (1998), 123 C.C.C. (3d) 385; *R. c. Arviv* (1985), 19 C.C.C. (3d) 395, autorisation de pourvoi refusée, [1985] 1 R.C.S. v; *R. c. Ertel* (1987), 58 C.R. (3d) 252, autorisation de pourvoi refusée, [1987] 2 R.C.S. vii; *R. c. Seaboyer*, [1991] 2 R.C.S. 577; *Schwartz c. La Reine*, [1977] 1 R.C.S. 673; *R. c. Jewitt*, [1985] 2 R.C.S. 128; *R. c. Bernard*, [1988] 2 R.C.S. 833; *R. c. Chaulk*, [1990] 3 R.C.S. 1303; *Watkins c. Olafson*, [1989] 2 R.C.S. 750; *R. c. Therens*, [1985] 1 R.C.S. 613; *R. c. Collins*, [1987] 1 R.C.S. 265.

Lois et règlements cités

Charte canadienne des droits et libertés, art. 7, 10(a), (b), 11(a), (b), 24.
Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 2 « juge de paix », 220 [rempl. 1995, ch. 39, art. 141], 252(1)(b) [rempl. 1994, ch. 44, art. 12], 255(3) [abr. & rempl. ch. 27 (1^{er} suppl.), art. 36], 535 [*idem*, art. 96], 536, 537(1)(g), (i) [mod. 1997, ch. 18, art. 64], 540, 541, 541(5) [mod. 1994, ch. 44, art. 54], 542(1), 548(1) [abr. & rempl. ch. 27 (1^{er} suppl.), art. 101], 577 [*idem*, art. 115].

Doctrine citée

Alford, David G., et autres. *Quelques statistiques sur l’enquête préliminaire au Canada*. Ottawa : Ministère de la Justice, 1984.
 Canada. Ministère de la Justice. Document de consultation. *L’enquête préliminaire : est-elle toujours nécessaire? Propositions de modification au Code criminel*. Ottawa : Ministère de la Justice Canada, 1994.
 Freedman, Samuel. « Admissions and Confessions ». In Roger E. Salhany and Robert J. Carter, eds., *Studies in Canadian Criminal Evidence*. Toronto : Butterworths, 1972, 95.
 Gold, Alan D., and Jill R. Presser. « Let’s Not Do Away with the Preliminaries : A Case in Favour of Retaining the Preliminary Inquiry » (1996), 1 *Rev. can. D.P.* 145.
 Greenspan, Edward L., et Marc Rosenberg. « L’enquête préliminaire ». Dans Vincent M. Del Buono, dir.,

Criminal Procedure in Canada: Studies. Toronto: Butterworths, 1982, 263.

Martin, G. Arthur. "Preliminary Hearings". In *Special Lectures of the Law Society of Upper Canada, 1955*. Toronto: Richard de Boo, 1955, 1.

Martin, John C. *Martin's Annual Criminal Code 2002*. Aurora, Ont.: Canada Law Book, 2002.

Ontario. Criminal Justice Review Committee. *Report of the Criminal Justice Review Committee*. Toronto: The Committee, 1999.

Ontario. Royal Commission Inquiry into Civil Rights. *Report of the Royal Commission Inquiry into Civil Rights*, vol. 2, Report No. 1. Toronto: Queen's Printer, 1968.

Pomerant, David, and Glenn Gilmour. Working Document. *A Survey of the Preliminary Inquiry in Canada*. Ottawa: Department of Justice Canada, 1993.

Stuart, Don. Annotation on *Mills v. R.* (1986), 52 C.R. (3d) 1.

APPEAL from a judgment of the Newfoundland Court of Appeal (1999), 177 Nfld. & P.E.I.R. 232, 26 C.R. (5th) 1, [1999] N.J. No. 210 (QL), dismissing the accused's appeal from an order of O'Regan J. Appeal dismissed, Iacobucci, Major, Binnie and Arbour JJ. dissenting.

David C. Day, Q.C., for the appellant.

Thomas G. Mills, for the respondent.

S. R. Fainstein, Q.C., and *Peter De Freitas*, for the intervener the Attorney General of Canada.

Robert Kelly, for the intervener the Attorney General for Ontario.

Darrin R. Davis, for the intervener the Attorney General of Manitoba.

Alexander Budlovsky, for the intervener the Attorney General of British Columbia.

Written submissions only by *James A. Bowron* for the intervener the Attorney General for Alberta.

The judgment of McLachlin C.J. and L'Heureux-Dubé, Gonthier, Bastarache and LeBel JJ. was delivered by

Procédure pénale au Canada. Montréal : Wilson & Lafleur, 1983, 307.

Martin, G. Arthur. "Preliminary Hearings". In *Special Lectures of the Law Society of Upper Canada, 1955*. Toronto : Richard de Boo, 1955, 1.

Martin, John C. *Martin's Annual Criminal Code 2002*. Aurora, Ont. : Canada Law Book, 2002.

Ontario. Criminal Justice Review Committee. *Report of the Criminal Justice Review Committee*. Toronto : The Committee, 1999.

Ontario. Royal Commission Inquiry into Civil Rights. *Report of the Royal Commission Inquiry into Civil Rights*, vol. 2, Report No. 1. Toronto : Queen's Printer, 1968.

Pomerant, David, et Glenn Gilmour. Document de travail. *Étude de l'enquête préliminaire au Canada*. Ottawa : Ministère de la Justice Canada, 1993.

Stuart, Don. Annotation on *Mills v. R.* (1986), 52 C.R. (3d) 5.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de Terre-Neuve (1999), 177 Nfld. & P.E.I.R. 232, 26 C.R. (5th) 1, [1999] N.J. No. 210 (QL), qui a rejeté l'appel formé par l'accusé contre l'ordonnance prononcée par le juge O'Regan. Pourvoi rejeté, les juges Iacobucci, Major, Binnie et Arbour sont dissidents.

David C. Day, c.r., pour l'appelant.

Thomas G. Mills, pour l'intimée.

S. R. Fainstein, c.r., et *Peter De Freitas*, pour l'intervenant le procureur général du Canada.

Robert Kelly, pour l'intervenant le procureur général de l'Ontario.

Darrin R. Davis, pour l'intervenant le procureur général du Manitoba.

Alexander Budlovsky, pour l'intervenant le procureur général de la Colombie-Britannique.

Argumentation écrite seulement par *James A. Bowron* pour l'intervenant le procureur général de l'Alberta.

Version française du jugement du juge en chef McLachlin et des juges L'Heureux-Dubé, Gonthier, Bastarache et LeBel rendu par

THE CHIEF JUSTICE —

I. Introduction

1 The issue in this case is whether a justice presiding at a preliminary inquiry has the power to exclude statements obtained in violation of the accused's *Charter* rights in assessing whether sufficient evidence exists to warrant committing the accused to trial.

2 The appellant stands charged with three offences under the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46, arising from a motor vehicle accident: causing death by criminal negligence (s. 220); failure to stop at an accident scene (s. 252(1)(b)); and impaired driving (s. 255(3)). The judge presiding over the preliminary hearing into the charges held *voir dire*s to determine the admissibility of statements made by the appellant to the police while he was under arrest. The appellant argued that these statements were obtained by the police in a fashion infringing his rights under ss. 7 (right to life, liberty and security of the person), 10(a) (right to be promptly informed of reasons for arrest or detention), 10(b) (right to retain and instruct counsel without delay upon arrest or detention), and 11(a) (right to be informed of specific offence) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*.

3 After completion of the Crown's evidence on each of the *voir dire*s, the appellant sought a declaration that the presiding judge constituted a "court of competent jurisdiction" under s. 24(1) of the *Charter* and could therefore rule on whether the police, in obtaining the statements of the accused, violated his rights or freedoms and, if so, whether this evidence should be excluded pursuant to s. 24(2). The judge refused on the ground that, sitting in his capacity as a preliminary inquiry justice, he was not a "court of competent jurisdiction" for the purpose of excluding evidence under s. 24(2). The question before us is whether he erred in doing so.

LE JUGE EN CHEF —

I. Introduction

Il s'agit en l'espèce de décider si le juge qui préside une enquête préliminaire est habilité à écarter des déclarations obtenues en violation des droits garantis au prévenu par la *Charte canadienne des droits et libertés* quand il détermine s'il existe suffisamment d'éléments de preuve pour renvoyer ce dernier à procès.

L'appellant est accusé de trois infractions au *Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46, découlant d'un accident impliquant un véhicule à moteur : avoir causé la mort par négligence criminelle (art. 220); avoir omis d'arrêter lors d'un accident (al. 252(1)(b)); avoir conduit avec les facultés affaiblies (par. 255(3)). Le juge qui a présidé l'enquête préliminaire portant sur ces accusations a tenu des voir-dire pour décider de l'admissibilité de déclarations faites par l'appellant aux policiers pendant qu'il était en état d'arrestation. L'appellant a plaidé que les policiers avaient obtenu ces déclarations d'une manière portant atteinte aux droits qui lui sont garantis par la *Charte* à l'art. 7 (droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de sa personne) et aux al. 10a) (droit d'être informé dans les plus brefs délais des motifs de son arrestation ou de sa détention), 10b) (droit d'avoir recours sans délai à l'assistance d'un avocat en cas d'arrestation ou de détention) et 11a) (droit d'être informé de l'infraction précise reprochée).

À chaque voir-dire, après la clôture de la preuve du ministère public, l'appellant a demandé un jugement déclaratoire portant que le juge présidant l'enquête constituait un « tribunal compétent » au sens du par. 24(1) de la *Charte* et pouvait donc décider si les policiers avaient obtenu les déclarations en portant atteinte aux droits ou libertés qui lui sont garantis et, dans l'affirmative, si cette preuve devait être écartée en l'application du par. 24(2). Le juge a refusé la demande pour le motif que, en tant que juge présidant une enquête préliminaire, il n'était pas un « tribunal compétent » pour écarter des éléments de preuve en vertu du par. 24(2). La question dont nous sommes saisis est de savoir s'il a eu tort de refuser cette demande.

I conclude that the preliminary inquiry justice did not err in refusing to exclude the evidence for breach of the *Charter*. The preliminary hearing is not a trial but simply a preliminary review to determine whether there is sufficient evidence to proceed to trial. Whether admitting evidence obtained as a result of a *Charter* breach would bring the administration of justice into disrepute is best determined at the time of trial, when all the relevant circumstances can be weighed by the judge, as mandated by s. 24(2). The accused's ability to apply for the exclusion of evidence under s. 24(2) at trial adequately safeguards his rights under the *Charter*.

II. Constitutional and Statutory Provisions

Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46

535. Where an accused who is charged with an indictable offence is before a justice, the justice shall, in accordance with this Part, inquire into that charge and any other indictable offence, in respect of the same transaction, founded on the facts that are disclosed by the evidence taken in accordance with this Part.

. . .

537. (1) A justice acting under this Part may

. . .

(g) receive evidence on the part of the prosecutor or the accused, as the case may be, after hearing any evidence that has been given on behalf of either of them;

. . .

(i) regulate the course of the inquiry in any way that appears to him to be desirable and that is not inconsistent with this Act;

. . .

Je conclus que le juge de l'enquête préliminaire n'a pas eu tort de refuser d'écarter des éléments de preuve pour cause de violation de la *Charte*. L'enquête préliminaire n'est pas un procès, mais simplement une procédure d'examen préalable permettant de déterminer si la preuve est suffisante pour justifier la tenue d'un procès. Il est préférable que la question de savoir si l'utilisation d'éléments de preuve obtenus en violation de la *Charte* est susceptible de déconsidérer l'administration de la justice soit tranchée au moment du procès, lorsque le juge du procès est en mesure d'apprécier toutes les circonstances pertinentes, comme le prescrit le par. 24(2). La possibilité qu'a alors l'accusé de demander l'exclusion d'éléments de preuve en application du par. 24(2) protège adéquatement les droits que lui garantit la *Charte*.

II. Les dispositions constitutionnelles et législatives pertinentes

Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46

535. Lorsqu'un prévenu inculpé d'un acte criminel est devant lui, le juge de paix doit, en conformité avec la présente partie, enquêter sur l'accusation ainsi que sur tout autre acte criminel qui découle de la même affaire fondé sur les faits révélés par la preuve recueillie conformément à la présente partie.

. . .

537. (1) Un juge de paix agissant en vertu de la présente partie peut :

. . .

g) recevoir une preuve de la part du poursuivant ou du prévenu, selon le cas, après avoir entendu les témoignages rendus pour le compte de l'un ou l'autre d'entre eux;

. . .

i) régler le cours de l'enquête de toute manière qui lui paraît désirable et qui n'est pas incompatible avec la présente loi;

. . .

4

5

542. (1) Nothing in this Act prevents a prosecutor giving in evidence at a preliminary inquiry any admission, confession or statement made at any time by the accused that by law is admissible against him.

548. (1) When all the evidence has been taken by the justice, he shall

(a) if in his opinion there is sufficient evidence to put the accused on trial for the offence charged or any other indictable offence in respect of the same transaction, order the accused to stand trial; or

(b) discharge the accused, if in his opinion on the whole of the evidence no sufficient case is made out to put the accused on trial for the offence charged or any other indictable offence in respect of the same transaction.

Canadian Charter of Rights and Freedoms

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

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

III. Judgments

⁶ In an oral decision, Power Prov. Ct. J., the judge presiding over the preliminary inquiry, dismissed the appellant's application for a declaration that a preliminary inquiry judge or justice is a "court of competent jurisdiction" under s. 24(1) for the purpose of excluding *Charter*-offending evidence under s. 24(2). In his view, the decisions of this Court in *Mills v. The Queen*, [1986] 1 S.C.R. 863, *R. v. Smith*, [1989] 2 S.C.R. 1120, and *R. v. Seaboyer*, [1991] 2 S.C.R. 577, compelled the conclusion that a preliminary inquiry justice is not a court of competent jurisdiction for this purpose.

542. (1) La présente loi n'a pas pour effet d'empêcher un poursuivant de fournir en preuve, à une enquête préliminaire, tout aveu, confession ou déclaration fait à quelque moment que ce soit par le prévenu et qui, d'après la loi, est admissible contre lui.

548. (1) Lorsque le juge de paix a recueilli tous les témoignages, il doit :

a) renvoyer l'accusé pour qu'il subisse son procès, si à son avis la preuve à l'égard de l'infraction dont il est accusé ou de tout autre acte criminel qui découle de la même affaire est suffisante;

b) libérer l'accusé, si à son avis la preuve à l'égard de l'infraction dont il est accusé ou de tout autre acte criminel qui découle de la même affaire n'est pas suffisante pour qu'il subisse un procès.

Charte canadienne des droits et libertés

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

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

III. Les décisions des juridictions inférieures

Dans une décision rendue oralement, le juge Power de la Cour provinciale, qui présidait l'enquête préliminaire, a rejeté la demande présentée par l'appelant en vue d'obtenir un jugement déclaratoire portant que le juge ou juge de paix qui préside une enquête préliminaire est un « tribunal compétent » au sens du par. 24(1) pour exclure, en vertu du par. 24(2), des éléments de preuve obtenus en violation de la *Charte*. Selon lui, les arrêts *Mills c. La Reine*, [1986] 1 R.C.S. 863, *R. c. Smith*, [1989] 2 R.C.S. 1120, et *R. c. Seaboyer*, [1991] 2 R.C.S. 577, de notre Cour obligent à conclure que le juge ou juge de paix qui préside une enquête préliminaire n'est pas un tribunal compétent à cet égard.

The appellant brought an application before the Newfoundland Trial Division in the nature of *certiorari* and *mandamus* to direct the preliminary inquiry judge to conduct the inquiry under s. 24. O'Regan J., in an oral judgment, dismissed this application on the ground that the authorities did not support it. The Court of Appeal, Green J.A. dissenting, dismissed a further appeal from this order: (1999), 177 Nfld. & P.E.I.R. 232.

Gushue J.A. wrote the main reasons for the majority of the Court of Appeal. He reviewed the current authorities and concluded that they supported the view that a justice on a preliminary hearing is not a court of competent jurisdiction for the purpose of excluding evidence. He noted that the current state of the law seemed incongruous, given the sections of the *Criminal Code* that define the authority of a justice sitting on a preliminary inquiry (at para. 18):

The justice is granted the statutory authority to inquire into the charges that are “disclosed by the evidence” (s. 535), to use his or her discretion to receive evidence tendered by the prosecutor or the accused (s. 537(1)) and, with particular reference to admissions, confessions or statements made by an accused, a prosecutor is expressly granted the right to adduce such evidence if it is “by law admissible against him” (the accused). Thus, in reaching his decision as to whether there exists sufficient evidence to require the accused to stand trial (s. 548(1)), it would appear that the justice must assess all of the admissible evidence placed before him. [Emphasis in original.]

Gushue J.A. noted the further anomaly that a preliminary inquiry justice can exclude statements because they are not voluntary, but cannot exclude them on the ground that they were obtained in violation of the *Charter*. As a result, a justice on a preliminary inquiry may be required to commit the accused for trial on statements that will be ruled inadmissible at trial, even where no case against the accused would exist without this evidence.

L'appelant a présenté à la Section de première instance de Terre-Neuve une demande en *certiorari* et en *mandamus* visant à obliger le juge de l'enquête préliminaire à effectuer l'examen prévu à l'art. 24. Dans un jugement rendu oralement, le juge O'Regan a rejeté cette demande pour le motif que la jurisprudence ne justifiait pas d'y faire droit. La Cour d'appel, le juge Green étant dissident, a rejeté l'appel de cette ordonnance : (1999), 177 Nfld. & P.E.I.R. 232.

Le juge Gushue a rédigé les motifs principaux de la majorité de la Cour d'appel. Il a examiné la jurisprudence actuelle et estimé qu'elle étayait l'opinion selon laquelle le juge qui préside une enquête préliminaire n'est pas un tribunal compétent pour écarter un élément de preuve. Il a souligné que l'état actuel du droit semblait incohérent, eu égard aux articles du *Code criminel* définissant le pouvoir du juge présidant l'enquête préliminaire (au par. 18) :

[TRADUCTION] La loi accorde au juge le pouvoir d'enquêter sur les accusations « [fondées sur les faits] révélés par la preuve » (art. 535), [et] d'exercer son pouvoir discrétionnaire pour recevoir une preuve présentée par le poursuivant ou le prévenu (par. 537(1)) et, plus particulièrement en ce qui concerne les aveux, confessions ou déclarations d'un prévenu, le poursuivant a expressément le droit de présenter une telle preuve si « d'après la loi, [elle] est admissible contre lui » (le prévenu). Par conséquent, pour décider si la preuve est suffisante pour renvoyer l'accusé à procès (par. 548(1)), il semble que le juge doive examiner tous les éléments de preuve admissibles qui lui sont présentés. [Souligné dans l'original.]

Le juge Gushue a également souligné une autre anomalie, savoir le fait que le juge de l'enquête préliminaire peut écarter des déclarations parce qu'elles ne sont pas volontaires, mais qu'il ne peut le faire pour le motif qu'elles ont été obtenues en violation de la *Charte*. Par conséquent, le juge de l'enquête préliminaire peut être tenu de renvoyer l'accusé à procès sur le fondement de déclarations qui seront jugées inadmissibles au procès, même dans les cas où aucune accusation ne saurait tenir contre l'accusé en l'absence de ces éléments de preuve.

7

8

9

10 Finally, Gushue J.A. speculated that the exclusion of evidence may not even constitute a *Charter* remedy. Rather than granting a remedy under s. 24(2), the justice is merely electing not to rely on the impugned evidence for the purpose of committal. Nevertheless, Gushue J.A. considered himself bound by the authority of this Court to hold that a preliminary inquiry justice has no power to exclude evidence on *Charter* grounds.

11 Marshall J.A. concurred with Gushue J.A. However, he disagreed with Gushue J.A.'s view that the result was anomalous. To the contrary, he considered it entirely congruent and compatible with both the *Criminal Code* and the *Charter*. In Marshall J.A.'s opinion, s. 24(2) operates to exclude evidence only after "a comprehensive vetting of 'all the circumstances'" (para. 100). This can best be done at trial, where the judge has the fullest account of the relevant evidence. By contrast, empowering preliminary inquiry justices to make this determination "risks inculpatory evidence being ruled inadmissible on a less than full appreciation of the facts. Such happenings would be calculated to expose the justice system to disrepute, and endanger a concomitant diminution of confidence in the judiciary's capacity to protect the public, and in the integrity of the *Charter* and other laws of the state" (para. 100).

12 Green J.A., dissenting, agreed with Gushue J.A. that not permitting a preliminary inquiry justice to exclude evidence on *Charter* grounds was anomalous and incongruous and that excluding evidence should not be viewed as the grant of a *Charter* remedy. Unlike Gushue J.A., however, Green J.A. did not consider this Court's previous decisions with respect to the exclusion of inadmissible evidence by a justice at a preliminary inquiry as binding. The cases relied upon had not definitively

Enfin, le juge Gushue a supputé que le fait d'écarter un élément de preuve pourrait même ne pas constituer une réparation fondée sur la *Charte*. En effet, plutôt que d'accorder une réparation en vertu du par. 24(2), le juge choisit simplement de ne pas se fonder sur l'élément contesté pour décider s'il renvoie ou non l'accusé à procès. Néanmoins, le juge Gushue a estimé être lié par la jurisprudence de notre Cour et devoir conclure que le juge présidant une enquête préliminaire n'a pas le pouvoir d'écarter des éléments de preuve pour des motifs prévus par la *Charte*.

Le juge Marshall a souscrit aux motifs du juge Gushue, mais il a toutefois exprimé son désaccord avec l'opinion de ce dernier selon laquelle le résultat était illogique. Au contraire, il a jugé que le résultat était tout à fait cohérent et compatible avec le *Code criminel* ainsi qu'avec la *Charte*. De l'avis du juge Marshall, le par. 24(2) a pour effet d'entraîner l'exclusion d'éléments de preuve seulement après [TRADUCTION] « un examen exhaustif de ceux-ci "eu égard aux circonstances" » (par. 100). Le meilleur endroit pour faire cet examen est le procès, où le juge dispose de l'exposé le plus complet de la preuve pertinente. À l'opposé, le fait d'habiliter le juge de l'enquête préliminaire à prendre cette décision créerait le [TRADUCTION] « risque qu'un élément de preuve inculpatoire soit jugé inadmissible par suite d'une appréciation incomplète des faits. De telles situations seraient de nature à exposer le système de justice à la déconsidération et, par la même occasion, à réduire la confiance dans la capacité du pouvoir judiciaire de protéger le public et la confiance dans l'intégrité de la *Charte* et des autres lois de l'État » (par. 100).

Le juge Green, dissident, a dit être d'accord avec l'opinion du juge Gushue que le fait de ne pas permettre au juge qui préside une enquête préliminaire d'écarter un élément de preuve pour des motifs prévus par la *Charte* était anormal et illogique, et que l'exclusion de cet élément ne devrait pas être considérée comme une réparation fondée sur la *Charte*. Cependant, contrairement au juge Gushue, le juge Green n'a pas considéré comme contraignants les arrêts antérieurs de notre Cour portant sur

resolved the issue and the *obiter* comments in these cases did not represent the fully considered opinion of the Court.

From a practical perspective, Green J.A. was of the view that preliminary inquiries offered sufficient context for the decision to exclude evidence for *Charter* breaches. While this may result in the Crown leading more evidence than it otherwise would, this disadvantage is more than offset by the importance of not subjecting an accused to the expense, inconvenience and publicity of a trial where there is insufficient admissible evidence. Moreover, he felt that the “only means of effective enforcement of the right to have *Charter*-offending evidence excluded for the purpose of resisting committal to trial is the exercise of the jurisdiction at the preliminary” (para. 69). Green J.A. accordingly held that the preliminary inquiry justice is a court of competent jurisdiction to exclude evidence under s. 24(2) of the *Charter*.

IV. Issue

Is a justice presiding at a preliminary inquiry a court of competent jurisdiction for the purposes of an application under s. 24(1) of the *Charter* to exclude evidence under s. 24(2)?

V. Discussion

With the enactment of s. 24 of the *Charter*, Parliament provided a mechanism for enforcing the rights and freedoms guaranteed by the *Charter*. Section 24(1) provides that anyone whose rights and freedoms under the *Charter* are infringed or denied may apply to a “court of competent jurisdiction” for an appropriate and just remedy. Section 24(2) complements this general remedial provision

l’exclusion, par le juge de l’enquête préliminaire, d’éléments de preuve inadmissibles. Les décisions invoquées n’avaient pas tranché définitivement la question et les remarques incidentes énoncées dans ces affaires ne représentaient pas l’opinion bien arrêtée de la Cour.

D’un point de vue pratique, le juge Green a dit être d’avis que les enquêtes préliminaires fournissent un contexte suffisant pour permettre au juge de décider d’écarter un élément de preuve pour cause de violations de la *Charte*. Bien que cela puisse amener le ministère public à présenter une preuve plus abondante qu’il ne le ferait autrement, ce désavantage est plus que compensé par l’importance qu’il y a de ne pas soumettre un accusé aux frais, aux inconvénients et à la publicité d’un procès dans les cas où il n’y a pas suffisamment d’éléments de preuve admissibles. En outre, il a estimé que le [TRADUCTION] « seul moyen efficace de faire respecter le droit d’obtenir l’exclusion des éléments de preuve qui contreviennent à la *Charte* en vue d’éviter le renvoi à procès est l’exercice, à l’enquête préliminaire, de la compétence à cet égard » (par. 69). Le juge Green a en conséquence conclu que le juge de l’enquête préliminaire est un tribunal compétent pour écarter des éléments de preuve en vertu du par. 24(2) de la *Charte*.

IV. La question en litige

Le juge qui préside une enquête préliminaire est-il un tribunal compétent pour connaître d’une demande présentée en vertu du par. 24(1) de la *Charte* en vue d’obtenir l’exclusion d’éléments de preuve en application du par. 24(2)?

V. L’analyse

En édictant l’art. 24 de la *Charte*, le Parlement a créé un mécanisme permettant de faire respecter les droits et libertés garantis par la *Charte*. Aux termes du par. 24(1), toute personne, victime de violation ou de négation des droits ou libertés qui lui sont garantis par la *Charte*, peut s’adresser à un « tribunal compétent » pour obtenir une réparation convenable et juste. Le paragraphe 24(2)

13

14

15

with more specific direction in cases where evidence is obtained in violation of *Charter* rights. It directs courts to exclude such evidence if, “having regard to all the circumstances, the admission of it in the proceedings would bring the administration of justice into disrepute”. Since this remedy can issue only in “proceedings under subsection (1)”, it is similarly available only from a “court of competent jurisdiction”.

16 Consequently, this appeal turns on the question of whether a preliminary inquiry justice is a court of competent jurisdiction under s. 24(1) for the purpose of excluding evidence under s. 24(2). This issue is not novel. The Court has considered the definition of “court of competent jurisdiction” on a number of occasions. It has also addressed the power of preliminary inquiry justices to grant *Charter* remedies — including the exclusion of evidence under s. 24(2) — in several of these decisions. I propose to consider the existing jurisprudence, and then to apply the test for identifying a court of competent jurisdiction that emerges from these decisions.

A. *Prior Jurisprudence*

17 The test for identifying a court of competent jurisdiction under s. 24(1) originated in *Mills*, *supra*. The issue before the Court in *Mills* was whether a judge or justice presiding at a preliminary inquiry was a court of competent jurisdiction for the purpose of determining whether an accused’s s. 11(b) right to be tried within a reasonable time was infringed and, if so, to stay the proceedings as a remedy. Lamer J. (as he then was), with the agreement of the Court on this point, defined a “court of competent jurisdiction” as one that has: (1) jurisdiction over the person; (2) jurisdiction over the subject matter; and (3) jurisdiction to grant the remedy (p. 890). Applying this test, the Court unanimously held that a preliminary inquiry justice is not a court of competent

complète cette disposition réparatrice générale en donnant des indications plus précises à l’égard des cas où des éléments de preuve ont été obtenus en violation des droits garantis par la *Charte*. Ce paragraphe ordonne aux tribunaux d’écarter ces éléments de preuve si, « eu égard aux circonstances, [. . .] leur utilisation est susceptible de déconsidérer l’administration de la justice ». Comme cette réparation ne peut être accordée que « dans une instance visée au paragraphe (1) », elle ne peut également être obtenue que d’un « tribunal compétent ».

Par conséquent, le présent pourvoi repose sur la question de savoir si le juge président une enquête préliminaire est, au sens du par. 24(1), un tribunal compétent pour écarter des éléments de preuve en vertu du par. 24(2). Cette question n’est pas nouvelle. Notre Cour a à diverses occasions examiné la définition de « tribunal compétent ». Elle s’est également penchée, dans plusieurs de ces arrêts, sur le pouvoir des juges qui président des enquêtes préliminaires d’accorder des réparations fondées sur la *Charte* — y compris l’exclusion d’un élément de preuve en application du par. 24(2). Je vais examiner la jurisprudence existante puis appliquer le critère qui se dégage de ces arrêts et permet d’identifier un tribunal compétent.

A. *La jurisprudence antérieure*

Le critère qui permet de déterminer si un tribunal donné est un tribunal compétent au sens du par. 24(1) tire son origine de l’arrêt *Mills*, précité. Dans cet arrêt, la Cour devait répondre à la question de savoir si le juge de l’enquête préliminaire était un tribunal compétent pour déterminer s’il y avait eu violation du droit d’être jugé dans un délai raisonnable que garantit l’al. 11(b) à un inculpé et, dans l’affirmative, pour prononcer l’arrêt des procédures à titre de réparation. Le juge Lamer (plus tard Juge en chef du Canada), avec l’accord de la Cour sur ce point, a défini un « tribunal compétent » comme étant un tribunal qui a (1) compétence sur les parties, (2) compétence sur l’objet du litige (3) et le pouvoir d’accorder la réparation demandée (p. 890). Appliquant ce critère, la Cour

jurisdiction for the purposes of granting a stay under s. 24(1).

This holding sufficed to dispose of the appeal. However, the Court proceeded to consider the issue on appeal in the present case: the power of a preliminary inquiry justice to exclude evidence obtained in violation of *Charter* rights under s. 24(2). The majority of the Court, *per* McIntyre J., held that a preliminary inquiry justice is not a court of competent jurisdiction for this purpose. McIntyre J. emphasized that the role of the preliminary inquiry justice is confined to assessing the sufficiency of the Crown's case and consequently committing or discharging the accused. This limited screening function, in his view, did not provide a sufficient jurisdictional foundation to permit a preliminary inquiry justice to embark on *Charter* questions or to grant *Charter* remedies, including the exclusion of evidence (at pp. 954-55):

He has no jurisdiction to acquit or convict, nor to impose a penalty, nor to give a remedy. He is given no jurisdiction which would permit him to hear and determine the question of whether or not a *Charter* right has been infringed or denied. He is, therefore, not a court of competent jurisdiction under s. 24(1) of the *Charter*. It is said that he should be a court of competent jurisdiction for the purpose of excluding evidence under s. 24(2). In my view, no jurisdiction is given to enable him to perform this function. He can give, as I have said, no remedy. Exclusion of evidence under s. 24(2) is a remedy, its application being limited to proceedings under s. 24(1). [Emphasis added.]

La Forest J., in a separate opinion, concurred with this view. He added that the preliminary inquiry is not designed to engage in the balancing of factors demanded by the s. 24(2) remedy (at pp. 970-71):

a conclu à l'unanimité que le juge de l'enquête préliminaire n'est pas un tribunal compétent pour accorder l'arrêt des procédures en application du par. 24(1).

Cette conclusion était suffisante pour disposer du pourvoi. Toutefois, la Cour a ensuite examiné la question qui est en litige dans le présent pourvoi : le pouvoir du juge qui préside une enquête préliminaire d'écarter, en vertu du par. 24(2), des éléments de preuve obtenus en violation des droits garantis par la *Charte*. La majorité de la Cour, sous la plume du juge McIntyre, a estimé que le juge de l'enquête préliminaire n'est pas un tribunal compétent à cet égard. Le juge McIntyre a souligné que le rôle du juge de l'enquête préliminaire se limite à apprécier le caractère suffisant de la preuve du ministère public et, en conséquence, soit à renvoyer le prévenu pour qu'il subisse son procès soit à le libérer. À son avis, cette fonction de filtrage limitée ne constituait pas une assise juridictionnelle suffisante pour permettre au juge de l'enquête préliminaire d'examiner des questions relatives à la *Charte* ou d'accorder des réparations fondées sur celle-ci, notamment en écartant des éléments de preuve (aux p. 954-955) :

Il n'a pas compétence pour prononcer l'acquittement ou pour déclarer coupable, ni pour imposer une peine, ni encore pour accorder une réparation. Il n'a pas non plus la compétence qui l'autoriserait à entendre et à juger la question de savoir s'il y a eu violation ou négation d'un droit garanti par la *Charte*. Il s'ensuit donc qu'il n'est pas un tribunal compétent au sens du par. 24(1) de la *Charte*. Or, on soutient qu'il devrait l'être pour écarter des éléments de preuve en vertu du par. 24(2). Selon moi, on ne lui a pas attribué la compétence pour exercer cette fonction. Il n'est pas habilité, je le répète, à accorder de réparation. L'exclusion d'éléments de preuve en vertu du par. 24(2) est une réparation qui ne peut être obtenue que dans le cadre d'une instance visée au par. 24(1). [Je souligne.]

Dans une opinion distincte, le juge La Forest a souscrit à ce point de vue. Il a ajouté que l'enquête préliminaire ne se prête pas à la mise en balance des facteurs que requiert la décision d'accorder ou non la réparation prévue par le par. 24(2) (aux p. 970-971) :

. . . I agree with McIntyre J. that the preliminary hearing magistrate has no jurisdiction to exclude evidence under s. 24(2) of the *Charter*. While this power may seem similar to the magistrate's duty regarding admissibility of evidence, what is involved is the granting of a remedy under s. 24(2). That remedy, it should be observed, is to be exercised "having regard to all the circumstances". Those circumstances may again require more evidence than is presented at the preliminary hearing. This evidence can be presented at trial.

20 Three dissenting justices took the view that s. 24 did permit a preliminary inquiry justice to exclude evidence on *Charter* grounds.

21 In *Seaboyer, supra*, the Court affirmed the majority view in *Mills* that a preliminary inquiry judge has no power to exclude evidence on *Charter* grounds under s. 24(2), again emphasizing the specialized function of the preliminary inquiry and the limits of its process (at pp. 638-39):

I see no reason to depart from the statement of McIntyre J. in *Mills* that the *Criminal Code* does not permit a preliminary inquiry judge to determine whether a *Charter* right has been infringed or denied. Both statutory interpretation and policy support this view. The *Criminal Code* restricts the task of the preliminary inquiry judge to determining if there is a sufficient case to warrant prosecution. While evidentiary rulings may be made in the course of discharging this function, they have no effect on the outcome of the trial or the accused's guilt or innocence. To discharge the function of determining if there is sufficient evidence to warrant committal it is sufficient to accept the rules of evidence as they stand; the rights of the accused do not require more at this stage. As for policy, there is much to be said for leaving *Charter* challenges in so far as possible to the trial judge. The trial judge is likely to have a more complete picture of the evidence and its significance in the context of the case and is thus better situated to decide such questions. Moreover, permitting constitutional challenges before the preliminary court judge is likely, as in this case, to produce interlocutory appeals on narrow issues which may take years to complete, during which time the trial judge is

[J]e souscris à l'avis du juge McIntyre selon lequel le magistrat à l'enquête préliminaire n'a pas compétence pour écarter des éléments de preuve en vertu du par. 24(2) de la *Charte*. Bien que ce pouvoir d'exclusion puisse paraître assimilable au devoir du magistrat en matière de détermination de l'admissibilité de la preuve, ce dont il s'agit en réalité est l'attribution d'une réparation en vertu du par. 24(2). Or, il convient de noter que la décision d'accorder cette réparation doit être prise « eu égard aux circonstances ». Là encore, ces circonstances peuvent exiger une preuve plus abondante que celle produite à l'enquête préliminaire. Cette preuve peut être produite au procès.

Trois juges dissidents étaient d'avis que l'art. 24 autorisait le juge de l'enquête préliminaire à écarter des éléments de preuve pour des motifs prévus par la *Charte*.

Dans l'arrêt *Seaboyer*, précité, notre Cour a confirmé à l'unanimité l'opinion exprimée par la majorité dans l'affaire *Mills* selon laquelle le juge de l'enquête préliminaire n'est pas habilité à écarter, en vertu du par. 24(2), des éléments de preuve pour des motifs prévus par la *Charte*; soulignant de nouveau la fonction spécialisée accomplie par l'enquête préliminaire et les limites de son processus (aux p. 638-639) :

À mon avis, il n'existe aucune raison de s'écarter des propos du juge McIntyre dans l'arrêt *Mills*, savoir que le *Code criminel* ne confère pas au juge chargé de l'enquête préliminaire la compétence de déterminer s'il y a eu violation ou négation d'un droit garanti par la *Charte*. L'interprétation législative et les principes directeurs appuient ce point de vue. En vertu du *Code criminel*, la tâche du juge à l'enquête préliminaire se borne à déterminer si la preuve est suffisante pour justifier une poursuite. Bien que le juge puisse rendre des décisions en matière de preuve à cette étape, ces décisions n'ont aucune incidence sur l'issue du procès ou sur la culpabilité ou l'innocence de l'accusé. Lorsqu'il détermine si la preuve est suffisante pour justifier un renvoi à procès, le juge n'a qu'à appliquer les règles de preuve existantes; la protection des droits de l'accusé n'exige pas davantage à cette étape. En ce qui concerne les principes directeurs, beaucoup d'arguments militent en faveur de laisser, dans la mesure du possible, au juge du procès le soin de se prononcer sur les contestations fondées sur la *Charte*. Le juge du procès aura vraisemblablement un tableau plus complet de la preuve et de son importance dans le contexte et il sera mieux placé pour trancher les questions de preuve. Par ailleurs, en admettant que le juge chargé

delayed. All these reasons suggest constitutional questions are best left to the trial judge. [Emphasis added.]

Mills and *Seaboyer* thus rejected the argument that a preliminary inquiry justice is a court of competent jurisdiction under s. 24(1) for the purposes of excluding evidence under s. 24(2). This conclusion was, strictly speaking, *obiter* in both cases; nevertheless it stands as an authoritative legal statement of the existing general rule. This, however, does not mean that the law is inevitably frozen. New cases may bring considerations to light which favour revising the rule or recognizing exceptions to it. Underlying principles or rules may have evolved, suggesting the rule should be adjusted. Uncertainties may have arisen or the rule become unduly technical. Any or all of these considerations may support reconsideration of an established general rule: see *R. v. Bernard*, [1988] 2 S.C.R. 833, *per* Dickson C.J. (in dissent but not on this point); *R. v. Robinson*, [1996] 1 S.C.R. 683; *R. v. Chaulk*, [1990] 3 S.C.R. 1303; *R. v. B. (K.G.)*, [1993] 1 S.C.R. 740.

It is in this spirit that I approach the appellant's submission that the Court should revisit the general rule that a preliminary inquiry justice is not a "court of competent jurisdiction" for the purpose of excluding evidence under s. 24(2) of the *Charter*. This case brings before the Court a question hitherto not specifically explored — whether the general power of a preliminary inquiry justice to exclude confessions extends to exclusion on *Charter* grounds. It comes over a decade after *Mills*, during which time the test for "court of competent jurisdiction" under s. 24(2) has evolved into what is described in the companion case, *R. v. 974649 Ontario Inc.*, [2001] 3 S.C.R. 575, 2001 SCC 81 ("*Dunedin*"), as the

de l'enquête préliminaire puisse trancher les questions constitutionnelles, ses décisions sont susceptibles de donner lieu, comme en l'espèce, à des appels interlocutoires sur des points restreints, dont le règlement risque de prendre des années, ce qui retarde le déroulement du procès. C'est pourquoi il est préférable de laisser au juge du procès le soin de trancher les questions constitutionnelles. [Je souligne.]

Les arrêts *Mills* et *Seaboyer* ont donc eu pour effet de rejeter l'argument voulant que le juge qui préside une enquête préliminaire soit un tribunal compétent au sens du par. 24(1) pour écarter des éléments de preuve en application du par. 24(2). Dans les deux affaires, cette conclusion était, à proprement parler, une remarque incidente; mais cet énoncé juridique de la règle générale existante fait néanmoins autorité. Cela ne veut toutefois pas dire que le droit est forcément figé. De nouvelles affaires pourraient mettre en lumière des considérations militant en faveur du réexamen de la règle ou de la reconnaissance d'exceptions à celle-ci. Il est possible que des principes ou règles de base aient évolué, ce qui tendrait à indiquer que la règle doit être adaptée en conséquence. Il est également possible que des incertitudes aient surgi ou que la règle soit devenue trop subtile. L'ensemble de ces considérations ou l'une ou l'autre d'entre elles pourrait justifier le réexamen de la règle générale bien établie : voir *R. c. Bernard*, [1988] 2 R.C.S. 833, le juge en chef Dickson (dissident, mais non sur ce point); *R. c. Robinson*, [1996] 1 R.C.S. 683; *R. c. Chaulk*, [1990] 3 R.C.S. 1303; *R. c. B. (K.G.)*, [1993] 1 R.C.S. 740.

C'est dans cet esprit que j'aborde l'examen de l'argument de l'appelant portant que la Cour devrait revoir la règle générale selon laquelle le juge qui préside une enquête préliminaire n'est pas un « tribunal compétent » pour écarter des éléments de preuve en vertu du par. 24(2) de la *Charte*. En l'espèce, la Cour est saisie d'une question qu'elle n'a pas jusqu'à présent étudiée de façon particulière — celle de savoir si le pouvoir général du juge qui préside une enquête préliminaire d'écarter des confessions emporte celui de le faire pour des motifs prévus par la *Charte*. La présente affaire survient plus de dix ans après l'arrêt *Mills*, période au cours de laquelle le critère permettant

functional and structural approach. And it concerns a submission that strict application of the *Mills* rule to preliminary inquiry justices results in technical distinctions between what evidence the justice can and cannot exclude. Against this background, I turn to the issue before the Court.

B. *Application of the Functional and Structural Test*

24 The issue before the Court is whether a preliminary inquiry justice is a “court of competent jurisdiction” under s. 24(2) for the purpose of excluding evidence, in particular confessions, on grounds that they were obtained in breach of the *Charter* and that their admission would bring the administration of justice into disrepute.

25 In *Dunedin*, the Court elaborated on the “functional and structural” approach to identifying a court of competent jurisdiction. For the purposes of this appeal, it suffices to set out the key elements of this approach.

26 The starting point is the tripartite *Mills* test. A “court of competent jurisdiction” is one that possesses jurisdiction over the subject matter, jurisdiction over the person, and jurisdiction to grant the remedy. *Dunedin* provides guidance on the third and final element of this test. It clarifies that whether a court or tribunal possesses the power to grant the remedy sought is first and foremost a matter of discerning legislative intent. The question in all cases is whether Parliament or the legislature intended to empower the court or tribunal to make rulings on *Charter* violations that arise incidentally to their proceedings, and to grant the remedy sought as a remedy for such violations.

de déterminer si une juridiction est un « tribunal compétent » pour l’application du par. 24(2) est devenu ce qu’on décrit dans le pourvoi connexe *R. c. 974649 Ontario Inc.*, [2001] 3 R.C.S. 575, 2001 CSC 81 (« *Dunedin* »), comme étant l’approche fonctionnelle et structurelle. La présente espèce porte en outre sur la prétention que l’application stricte de la règle énoncée dans *Mills* aux juges présidant les enquêtes préliminaires donne lieu à des distinctions subtiles entre les éléments de preuve que le juge peut écarter et ceux qu’il ne peut pas écarter. Sur cette toile de fond, je vais maintenant examiner la question dont la Cour est saisie.

B. *Application du critère fonctionnel et structurel*

La question que doit trancher la Cour est de savoir si le juge de l’enquête préliminaire est un « tribunal compétent » pour écarter des éléments de preuve en vertu du par. 24(2) — notamment des confessions — pour le motif qu’ils ont été obtenus en violation de la *Charte* et que leur utilisation est susceptible de déconsidérer l’administration de la justice.

Dans l’arrêt *Dunedin*, la Cour a précisé l’approche « fonctionnelle et structurelle » permettant d’identifier un tribunal compétent. Pour les fins du présent pourvoi, il suffit d’exposer les principaux éléments de cette approche.

Le point de départ est le critère en trois volets énoncé dans l’arrêt *Mills*. Un « tribunal compétent » est un tribunal qui a compétence sur l’intéressé, qui a compétence sur l’objet du litige et qui dispose du pouvoir d’accorder la réparation demandée. L’arrêt *Dunedin* donne des indications sur le troisième et dernier élément de ce critère. Il précise que, pour répondre à la question de savoir si le tribunal judiciaire ou administratif concerné dispose du « pouvoir d’accorder la réparation demandée », il faut d’abord et avant tout dégager l’intention du législateur. Dans tous les cas, il s’agit donc de se demander si le Parlement ou la législature entendait habiliter le tribunal en question à statuer sur les violations de la *Charte* qui surviennent dans le cours des procédures se déroulant devant cet organisme, et à accorder la réparation demandée pour ces violations.

Absent express empowerment, this determination requires consideration of the function performed by the court or tribunal and the structure, powers and processes conferred on it by Parliament or the legislature. This approach rests on the theory that where Parliament or a legislature confers on a court or tribunal a function that engages *Charter* issues, and equips it with procedures and processes capable of fairly and justly resolving these incidental *Charter* issues, then it must be presumed that the legislature intended the court or tribunal to exercise this power. Distilled to a single statement, the test of power to grant the remedy sought can be stated as follows: is the court or tribunal suited to grant the remedy sought under s. 24 in light of its function and structure?

In the present appeal, the jurisdiction of the preliminary inquiry justice over the parties and the subject matter is uncontested. The sole issue in dispute is whether he also had the necessary power to grant the remedy sought (i.e. the exclusion of evidence obtained as a result of a *Charter* breach). The powers of a preliminary inquiry justice are entirely statutory, and therefore the power to grant the remedy sought must derive expressly or impliedly from its enabling legislation, namely Part XVIII of the *Criminal Code*. Parliament did not expressly empower preliminary inquiry justices under the *Code* to exclude evidence obtained in violation of the *Charter*. The question is whether Parliament conferred this remedial power by implication.

It is true that in this case, as in *Dunedin*, the relevant legislation predates the *Charter*. Nonetheless, Parliament's intention must be assessed in light of the new regime of rights and remedies ushered in with the *Charter*'s enactment. It is only in this manner that the purpose of the *Charter* — as well as the mandates of the courts and tribunals in

Si un tel pouvoir n'est pas explicitement attribué à l'organisme concerné, il faut, pour répondre à cette question, prendre en considération la fonction du tribunal judiciaire ou administratif ainsi que la structure, les pouvoirs et les mécanismes dont l'a doté le Parlement ou la législature. Cette approche repose sur la théorie voulant que, lorsque le Parlement ou une législature confère à un tribunal judiciaire ou administratif une fonction soulevant des questions liées à la *Charte* et dote cet organisme de procédures et de mécanismes lui permettant de résoudre de manière juste et équitable ces questions incidentes liées à la *Charte*, il faut alors présumer que le législateur entendait que l'organisme exerce ce pouvoir. Exprimé succinctement, voici comment pourrait être énoncé le critère relatif au pouvoir d'accorder la réparation demandée : Le tribunal judiciaire ou administratif concerné est-il, eu égard à sa fonction et à sa structure, le forum approprié pour accorder la réparation demandée en vertu de l'art. 24?

Dans le présent pourvoi, la compétence du juge qui a présidé l'enquête préliminaire sur les parties et sur l'objet du litige n'est pas contestée. La seule question litigieuse consiste à déterminer s'il avait également le pouvoir nécessaire pour accorder la réparation demandée (c.-à-d. le pouvoir d'écartier des éléments de preuve obtenus par suite d'une violation de la *Charte*). Les pouvoirs du juge de l'enquête préliminaire sont tous d'origine législative et, par conséquent, le pouvoir d'accorder la réparation demandée doit découler expressément ou implicitement des dispositions législatives habilitantes, soit la partie XVIII du *Code criminel*. Le Parlement n'a pas expressément habilité les juges présidant les enquêtes préliminaires en vertu du *Code* à écartier des éléments de preuve obtenus en violation de la *Charte*. Il s'agit de déterminer si le Parlement leur a donné, par implication nécessaire, ce pouvoir de réparation.

Il est vrai que, en l'espèce, tout comme dans l'affaire *Dunedin*, les dispositions législatives pertinentes sont antérieures à la *Charte*. Néanmoins, l'intention du Parlement doit être appréciée à la lumière du nouveau régime de droits et de réparations introduit par l'édiction de la *Charte*. Ce n'est qu'ainsi que l'objectif de la *Charte* — ainsi

27

28

29

existence at its inception — can be meaningfully realized: *Dunedin*, at paras. 37-43. The question remains whether the function and structure that Parliament bestowed upon the preliminary inquiry, and its silence on this issue following the *Charter*'s enactment, lead to the inference that Parliament intended the presiding justice to exclude evidence on *Charter* grounds.

que les mandats des cours et des tribunaux administratifs qui existaient au moment de son entrée en vigueur — peuvent être concrètement réalisés : *Dunedin*, par. 37 à 43. Il reste à déterminer si la fonction et la structure dont le Parlement a doté l'enquête préliminaire, et le silence de celui-ci à cet égard après l'édiction de la *Charte*, amènent à conclure que le Parlement entendait que le juge présidant une enquête préliminaire puisse écarter des éléments de preuve pour des motifs prévus par la *Charte*.

30 The primary function of a preliminary inquiry justice is to determine whether the Crown has sufficient evidence to warrant committing the accused to trial: *Criminal Code*, s. 548(1); *Caccamo v. The Queen*, [1976] 1 S.C.R. 786. The preliminary inquiry is not a trial. It is rather a pre-trial screening procedure aimed at filtering out weak cases that do not merit trial. Its paramount purpose is to “protect the accused from a needless, and indeed, improper, exposure to public trial where the enforcement agency is not in possession of evidence to warrant the continuation of the process”: *Skogman v. The Queen*, [1984] 2 S.C.R. 93, at p. 105. The justice evaluates the admissible evidence to determine whether it is sufficient to justify requiring the accused to stand trial. (The trial judge cannot, with due respect to the contrary suggestion of Gushue and Green J.J.A., simply “choose not to” rely on offered evidence without first making a positive ruling against its admissibility.)

La fonction principale du juge qui préside une enquête préliminaire est de déterminer si le ministère public dispose d'une preuve suffisante pour justifier le renvoi de l'accusé pour qu'il subisse son procès : par. 548(1) du *Code criminel*; *Caccamo c. La Reine*, [1976] 1 R.C.S. 786. L'enquête préliminaire n'est pas un procès. Il s'agit plutôt d'une procédure préalable au procès visant à filtrer les dossiers faibles ne justifiant pas la tenue d'un procès. Son objet dominant est « d'empêcher l'accusé de subir un procès public inutile, voire abusif, lorsque la poursuite ne possède aucun élément de preuve justifiant la continuation de l'instance » : *Skogman c. La Reine*, [1984] 2 R.C.S. 93, p. 105. Le juge évalue la preuve admissible pour décider si elle est suffisante pour justifier le renvoi de l'accusé à procès. (Avec égards pour l'opinion contraire exprimée par les juges Gushue et Green de la Cour d'appel, le juge du procès ne peut pas simplement [TRADUCTION] « décider de ne pas » se fonder sur la preuve présentée sans d'abord conclure à son inadmissibilité.)

31 Over time, the preliminary inquiry has assumed an ancillary role as a discovery mechanism, providing the accused with an early opportunity to discover the Crown's case against him or her: *Skogman, supra*, at pp. 105-6. Nonetheless, this discovery element remains incidental to the central mandate of the preliminary inquiry as clearly prescribed by the *Criminal Code*; that is, the determination of whether “there is sufficient evidence to put the accused on trial” (s. 548(1)(a)).

Avec le temps, l'enquête préliminaire a commencé à jouer un rôle accessoire de mécanisme de communication de la preuve, donnant ainsi à l'accusé une première occasion de découvrir, tôt dans le processus, la preuve dont dispose le ministère public contre lui : *Skogman*, précité, p. 105-106. Il n'en demeure pas moins que cet aspect de communication de la preuve reste accessoire par rapport à la mission principale du juge de l'enquête préliminaire, qui est clairement prescrite par le *Code criminel*, et qui consiste à décider si « la preuve [. . .] est suffisante » pour faire passer la personne inculpée en jugement (al. 548(1)a)).

In support of this function, Parliament equipped the preliminary inquiry with a structure that shares broad similarities with that of the trial court. It is conducted like a trial with regard to the presentation of evidence. Further, the preliminary inquiry is a court of record, and evidence is taken under oath in the presence of the accused. The accused has the right to cross-examine witnesses and respond to the Crown's case. The preliminary inquiry justice, in assessing the sufficiency of the Crown's case, may rule on the admissibility of evidence. Section 542(1) of the *Code* expressly includes statements made by the accused in the evidence that the Crown may call at a preliminary inquiry. The traditional rules governing the admissibility of evidence apply. Most notably, the preliminary inquiry justice may refuse to admit statements of the accused to persons in authority if they were not made voluntarily.

The preliminary inquiry is not a trial, however, and this distinction is reflected in the powers and procedure. Significantly, the preliminary inquiry justice has no authority to grant remedies. The justice cannot, for example, order the Crown to provide particulars or disclosure to the defence, stay proceedings for abuse of process, compel the production of third party records, or grant relief against informer privilege by recourse to the innocence at stake exception: *R. v. O'Connor*, [1995] 4 S.C.R. 411; *R. v. Chew*, [1968] 2 C.C.C. 127 (Ont. C.A.); *R. v. Girimonte* (1997), 121 C.C.C. (3d) 33 (Ont. C.A.); *R. v. Richards* (1997), 115 C.C.C. (3d) 377 (Ont. C.A.). These powers are reserved for the trial judge. The Crown also has a discretion to lead only a *prima facie* case at the preliminary inquiry and rarely calls all the evidence it plans to lead at trial: *Caccamo, supra*, at pp. 809-10.

Au soutien de cette fonction, le Parlement a doté l'enquête préliminaire d'une structure présentant de grandes similitudes avec celle de la cour chargée du procès. L'enquête préliminaire se déroule comme un procès pour ce qui est de la présentation de la preuve. De plus, l'enquête préliminaire est une cour d'archives et les témoignages y sont recueillis sous serment, en présence de l'accusé. Ce dernier a le droit de contre-interroger les témoins du ministère public et de réfuter la preuve présentée par ce dernier. Dans le cours de son appréciation du caractère suffisant de la preuve du ministère public, le juge qui préside l'enquête préliminaire peut statuer sur l'admissibilité de la preuve. Le paragraphe 542(1) du *Code* indique expressément que les déclarations faites par l'accusé font partie des éléments de preuve que le ministère public peut présenter à l'enquête préliminaire. Les règles traditionnelles régissant l'admissibilité de la preuve s'appliquent à l'enquête préliminaire. Notamment, le juge qui préside l'enquête préliminaire peut refuser d'admettre les déclarations faites par l'accusé à des personnes en situation d'autorité si elles n'ont pas été faites volontairement.

Toutefois, l'enquête préliminaire n'est pas un procès et cette différence se reflète dans sa procédure et les pouvoirs du juge qui la préside. Aspect important, ce dernier n'a pas le pouvoir d'accorder des réparations. Il ne peut pas, par exemple, ordonner au ministère public de donner des précisions à la défense ou de lui communiquer des éléments de preuve, arrêter les procédures pour cause d'abus, contraindre la production de dossiers détenus par des tiers, ni écarter le privilège relatif aux indicateurs de police en invoquant l'exception concernant la démonstration de l'innocence de l'accusé : *R. c. O'Connor*, [1995] 4 R.C.S. 411; *R. c. Chew*, [1968] 2 C.C.C. 127 (C.A. Ont.); *R. c. Girimonte* (1997), 121 C.C.C. (3d) 33 (C.A. Ont.); *R. c. Richards* (1997), 115 C.C.C. (3d) 377 (C.A. Ont.). Ces pouvoirs sont réservés au juge du procès. Le ministère public a également la faculté de ne présenter à l'enquête préliminaire qu'une preuve suffisante à première vue et il n'y présente que rarement toute la preuve qu'il entend produire au procès : *Caccamo*, précité, p. 809-810.

34

The appellant argues that recognizing the power to exclude *Charter*-offending evidence at the preliminary inquiry would bolster its function as a screening mechanism. He relies in substance on the reasoning of Green J.A. (in dissent) in the Court of Appeal. Green J.A. emphasized that the preliminary inquiry justice is directed under the *Code* to inquire into whether sufficient evidence exists to commit the accused to trial. Pursuant to *United States of America v. Shephard*, [1977] 2 S.C.R. 1067, “sufficient evidence” under s. 548(1) of the *Code* means “sufficient admissible evidence”. Further, the preliminary inquiry justice is granted the discretion to receive evidence tendered by the prosecutor or the accused, including admissions, confessions or statements that are “by law . . . admissible against [the accused]”: s. 542(1) (emphasis added). This evidence-screening function, in Green J.A.’s view, requires the justice to examine all the evidence to determine whether it is relevant and, if so, whether it would be admissible against the accused at trial. Thus, the exclusion of evidence “whether based on a *Charter* breach or not, falls squarely within the basic purpose and function of a preliminary inquiry of screening evidence” (para. 51).

L’appelant plaide que le fait de reconnaître au juge de l’enquête préliminaire le pouvoir d’écartier des éléments de preuve obtenus en violation de la *Charte* renforcerait le rôle de cette procédure en tant que mécanisme de filtrage. Il se fonde essentiellement sur le raisonnement du juge Green (dissident) de la Cour d’appel. Le juge Green a souligné que, aux termes du *Code*, le juge qui préside l’enquête préliminaire est tenu de déterminer s’il existe suffisamment d’éléments de preuve pour renvoyer la personne inculpée pour qu’elle subisse son procès. Suivant l’arrêt *États-Unis d’Amérique c. Shephard*, [1977] 2 R.C.S. 1067, l’expression « preuve suffisante » figurant au par. 548(1) du *Code* s’entend d’« éléments de preuve admissibles » suffisants. En outre, le juge de l’enquête préliminaire a le pouvoir discrétionnaire d’admettre des éléments de preuve présentés par la poursuite ou l’accusé, y compris tout aveu, confession ou déclaration qui, « d’après la loi, est admissible contre [l’accusé] » : par. 542(1) (je souligne). De l’avis du juge Green, ce rôle de filtrage de la preuve exige du juge qu’il apprécie tous les éléments de preuve pour décider s’ils sont pertinents et, dans l’affirmative, s’ils seraient admissibles contre l’accusé au procès. Par conséquent, l’exclusion d’un élément de preuve [TRADUCTION] « pour cause de violation de la *Charte* ou autrement, relève nettement de l’objet et du rôle fondamentaux de l’enquête préliminaire en matière de filtrage de la preuve » (par. 51).

35

The appellant similarly argues that by conferring on preliminary inquiry justices the function of screening unmeritorious cases on the basis of admissible evidence (although Parliament actually uses the word “admissible” only in relation to admissions, confessions or statements), Parliament must be taken to have impliedly intended that preliminary inquiry justices have the power to decide *Charter* issues incidental to that function, including the exclusion of evidence on *Charter* grounds. He argues that the basic function of the preliminary inquiry is frustrated if justices have no choice but to rely on evidence to commit the accused despite their conviction that this evidence would not be admitted against the accused at trial. The result may be to subject an accused

De même, l’appelant prétend que le fait de confier aux juges qui président les enquêtes préliminaires le rôle d’écartier les affaires ne justifiant pas un procès sur le fondement d’un élément de preuve admissible (quoique le Parlement n’utilise dans les faits le mot « admissible » qu’à l’égard des aveux, confessions et déclarations), le Parlement doit avoir implicitement voulu que ces juges aient le pouvoir de trancher les questions relatives à la *Charte* incidentes à cette fonction, y compris le pouvoir d’écartier des éléments de preuve pour des motifs prévus par la *Charte*. L’appelant affirme que l’on contrecarre la fonction fondamentale de l’enquête préliminaire si le juge qui la préside n’a d’autre choix que de renvoyer l’accusé à procès sur le fondement d’une preuve dont il est

unnecessarily to the expense, inconvenience and indignity of a trial.

On its face, this argument is strong. Yet against it may be put the fact that the preliminary inquiry, as mandated by Parliament, is in essence a screening process — its primary purpose is neither to determine rights, nor to grant remedies for their breach. It is quite plausible to infer that while Parliament intended preliminary inquiry justices to have the power to determine the admissibility of evidence in aid of their screening function, this power stops short of permitting them to enter on *Charter* questions. In fact, preliminary inquiry justices have for almost two decades performed their screening functions without apparent difficulty, absent any power to exclude evidence on grounds of *Charter* breach. The possibility that some cases may pass the screening stage which might be dismissed, were *Charter* exclusion possible, is not cause for serious concern, it is argued, since the offending evidence can be excluded at trial. This possibility may be less disadvantageous than allowing preliminary inquiring justices general powers to exclude evidence for *Charter* breaches.

The disadvantages of the latter course are manifest. First, recognizing a remedial jurisdiction in preliminary inquiry justices has the potential to transform the role Parliament intended this process to perform in the criminal justice system. Instead of performing a preliminary screening function, the preliminary inquiry might become a forum for trying *Charter* breaches and awarding remedies. This function seems remote from that envisaged by Parliament for preliminary inquiries.

par ailleurs convaincu qu'elle ne serait pas admise contre ce dernier au procès. Cela pourrait avoir pour effet de soumettre inutilement un accusé aux frais, aux inconvénients et à l'humiliation d'un procès.

À priori, cet argument a du poids. Cependant, on peut lui opposer le fait que, comme le prescrit le Parlement, l'enquête préliminaire est essentiellement un mécanisme de filtrage, dont l'objet premier ne consiste ni à statuer sur des droits, ni à accorder des réparations en cas de violation de ceux-ci. Il est tout à fait plausible d'inférer que, bien que le Parlement ait voulu que les juges qui président les enquêtes préliminaires aient le pouvoir de décider de l'admissibilité d'un élément de preuve dans le cadre de leur rôle de filtrage, ce pouvoir ne va pas jusqu'à leur permettre d'examiner les questions liées à la *Charte*. En fait, les juges présidant les enquêtes préliminaires s'acquittent depuis près de 20 ans de ce rôle sans éprouver de difficulté apparente, malgré l'absence de tout pouvoir les habilitant à écarter des éléments de preuve pour cause de violation de la *Charte*. La possibilité que certaines affaires, qui pourraient par ailleurs être rejetées si des éléments de preuve pouvaient être exclus sur le fondement de la *Charte*, puissent passer l'étape du filtrage, n'est pas un problème grave, soutient-on, puisque l'élément de preuve attentatoire peut être écarté au procès. Cette possibilité peut être moins désavantageuse que d'investir les juges présidant les enquêtes préliminaires de pouvoirs généraux les autorisant à écarter des éléments de preuve pour cause de violation de la *Charte*.

Les inconvénients de cette dernière solution sont manifestes. Premièrement, le fait de reconnaître aux juges présidant les enquêtes préliminaires une compétence en matière de réparation pourrait modifier le rôle que le Parlement entendait que joue l'enquête préliminaire dans le système de justice pénale. Au lieu d'accomplir une fonction de filtrage initial, l'enquête préliminaire pourrait devenir un forum où seraient jugées des violations de la *Charte* et accordées des réparations. Cette fonction semble éloignée de celle qu'envisageait le Parlement pour l'enquête préliminaire.

36

37

38

Second, assigning this new role to preliminary inquiry justices might undermine the expeditious nature of the preliminary inquiry. As discussed, the preliminary inquiry “is not a trial and should not be allowed to become a trial”: *Patterson v. The Queen*, [1970] S.C.R. 409, at p. 412. Yet s. 24(2) frequently involves an extensive and comprehensive inquiry. It requires the judge to determine the extent of *Charter* protections, whether they were breached, and finally whether, in “all the circumstances” it is necessary to exclude evidence to preserve the repute of the administration of justice. It seems reasonable to conclude that the Crown might be compelled to present a much fuller case — perhaps its entire case — in order to place “all the circumstances” before the court. The accused might also present more evidence than is generally the case, since it is the accused who bears the burden of establishing a *Charter* breach and showing that the threshold for exclusion is satisfied.

39

Without seeking to overdramatize the matter, experience and common sense suggest that preliminary inquiries would become longer and more complex if applications to exclude evidence on *Charter* grounds were part of their daily fare. This in turn would increase the degree to which preliminary inquiry justices and trial judges are doing the same work, resulting in additional cost and delay. In all probability, the preliminary inquiry would become less preliminary and more like a trial.

40

Third, trial courts are better situated than preliminary inquiry justices to engage in s. 24(2) determinations. This Court has repeatedly identified the trial court as the preferred forum for resolving *Charter* issues: *Mills, supra*; *R. v. Rahey*, [1987] 1 S.C.R. 588; *R. v. Garofoli*, [1990] 2 S.C.R. 1421; *Kourtesis v. M.N.R.*, [1993] 2 S.C.R. 53; *O'Connor, supra*. This principle holds particularly true for s. 24(2) determinations. The inquiry is potentially wide-ranging, sometimes complex. Preliminary inquiry

Deuxièmement, confier ce nouveau rôle aux juges présidant les enquêtes préliminaires pourrait nuire au caractère expéditif de cette procédure. Comme il a été vu plus tôt, l'enquête préliminaire « n'est pas un procès et il ne faut pas permettre qu'elle en devienne un » : *Patterson c. La Reine*, [1970] R.C.S. 409, p. 412. Toutefois, l'application du par. 24(2) demande fréquemment une enquête complète et approfondie. Le juge qui la préside doit déterminer la portée des garanties prévues par la *Charte*, si elles ont été enfreintes et, enfin, décider s'il est nécessaire « eu égard aux circonstances » d'écarter des éléments de preuve pour empêcher que l'administration de la justice ne soit déconsidérée. Il semble raisonnable de conclure que le ministère public pourrait être contraint de produire une preuve beaucoup plus complète — peut-être même toute sa preuve — afin de présenter « toutes les circonstances » au tribunal. L'accusé pourrait également présenter une preuve plus abondante que ce n'est généralement le cas, car c'est lui qui a la charge d'établir qu'il y a eu violation de la *Charte* et de démontrer que les conditions d'exclusion sont satisfaites.

Sans trop exagérer, l'expérience et le bon sens suggèrent que les enquêtes préliminaires deviendraient plus longues et plus complexes si des demandes d'exclusion d'éléments de preuve pour des motifs prévus par la *Charte* y étaient couramment entendues. Cette situation aurait à son tour pour effet d'accroître la mesure dans laquelle le juge qui préside l'enquête préliminaire et le juge du procès accomplissent le même travail, ce qui se solderait par des coûts et des délais additionnels. Selon toute vraisemblance, l'enquête préliminaire perdrait de son caractère préliminaire et ressemblerait davantage à un procès.

Troisièmement, le juge du procès est mieux placé que celui de l'enquête préliminaire pour décider de l'application du par. 24(2). Notre Cour a à maintes reprises déclaré que le tribunal qui entend le procès est le forum idéal pour trancher les questions relatives à la *Charte* : *Mills*, précité; *R. c. Rahey*, [1987] 1 R.C.S. 588; *R. c. Garofoli*, [1990] 2 R.C.S. 1421; *Kourtesis c. M.R.N.*, [1993] 2 R.C.S. 53; *O'Connor*, précité. C'est particulièrement vrai pour ce qui est des décisions relatives au par. 24(2). Le tribunal

justices usually possess the expertise necessary to deal with *Charter* issues; indeed sitting as trial judges they do so routinely. However, it is the trial judge that will generally enjoy the fullest appreciation of “all the circumstances” relevant to a s. 24(2) determination. At the preliminary inquiry, where evidence may be incomplete and the full circumstances unknown, this assessment may be difficult, or worse, erroneous. The result may be to exclude evidence that would have been admitted in the light of the fuller picture presented at trial. This in turn may lead to the premature dismissal of cases warranting prosecution at the preliminary stage.

The question is at what stage of the proceedings it is best to assess whether “the admission of it in the proceedings would bring the administration of justice into disrepute”. Clearly, there is much to be said in favour of leaving this assessment to the trial. As L’Heureux-Dubé J. observed in *R. v. Power*, [1994] 1 S.C.R. 601, at p. 630:

It should also be underlined that evidence adduced at a preliminary inquiry is incomplete. Indeed, a number of witnesses, who will be called to testify at trial, are not called at the preliminary inquiry and *vice versa*. In my view, therefore, the evidence adduced at a preliminary inquiry does not properly reflect the whole of the evidence that will be presented at trial on the merits, nor does it give sufficient indication of the strength of the evidence that will be presented at trial.

The very nature of the preliminary inquiry suggests that the justice will have access to only a portion of the evidence that will be led at trial. Consequently, the preliminary inquiry may provide an insufficient vantage from which to assess “all the circumstances” that must inform the s. 24(2) analysis.

Moreover, whether the admission of evidence will bring the administration of justice into

doit procéder à une analyse dont la portée peut être large et qui s’avère parfois complexe. Les juges présidant les enquêtes préliminaires possèdent généralement l’expertise nécessaire pour examiner les questions relatives à la *Charte*; d’ailleurs, ils le font régulièrement lorsqu’ils entendent des procès. Cependant, c’est le juge du procès qui dispose généralement du tableau le plus complet des « circonstances » pertinentes pour statuer sur une demande fondée sur le par. 24(2). À l’enquête préliminaire, où il est possible que la preuve soit incomplète et que les circonstances ne soient pas toutes connues, cette analyse peut s’avérer difficile, voire erronée. Elle peut entraîner le rejet d’une preuve qui aurait été admise si le tribunal avait disposé du tableau plus complet présenté au juge du procès et, en conséquence, cette situation est susceptible d’entraîner le rejet prématuré d’affaires justifiant que les poursuites suivent leur cours à l’issue de cette étape.

La question qui se pose est de savoir à quelle étape de la procédure il est préférable de se demander si « [l’]utilisation [des éléments de preuve litigieux] est susceptible de déconsidérer l’administration de la justice ». À l’évidence, il y a de très bonnes raisons de laisser cette analyse au juge du procès. Comme l’a fait remarquer le juge L’Heureux-Dubé dans l’arrêt *R. c. Power*, [1994] 1 R.C.S. 601, p. 630 :

Il serait également bon de souligner que la preuve produite lors de l’enquête préliminaire est incomplète. De fait, bon nombre de témoins qui sont appelés à témoigner au procès ne seront pas appelés à l’enquête préliminaire, et vice versa. À mon avis donc, la preuve produite lors de l’enquête préliminaire ne reflète pas fidèlement l’ensemble de la preuve qui sera présentée au procès sur le fond, ni n’indique-t-elle suffisamment la valeur de la preuve qui y sera alors produite.

La nature même de l’enquête préliminaire suggère que le juge ne disposera que d’une partie seulement de la preuve qui sera présentée au procès. En conséquence, l’enquête préliminaire pourrait ne pas assurer un éclairage suffisant pour l’appréciation de « toutes les circonstances » qui doivent entrer dans l’analyse requise pour l’application du par. 24(2).

En outre, la question de savoir si l’utilisation d’un élément de preuve est susceptible de décon-

disrepute is not a matter of scientific precision so much as an informed judgment based on the entire context of the trial. While *R. v. Collins*, [1987] 1 S.C.R. 265, and subsequent cases, established the factors that must guide this determination, the ultimate decision depends to some degree on the judge's assessment of their relative significance in the case at hand. The trial judge evaluates these factors in the context of the trial as a whole and the requirements of essential fairness. This endeavour may involve the weighing of evidence, assessments of credibility, and other such determinations that fall outside the narrow mandate and powers of a preliminary inquiry justice. Justices at a further remove are also less likely to be able to evaluate the situation as well as the trial judge. Thus appellate courts accord considerable deference to the trial judge's conclusion on whether admission of a particular piece of evidence would bring the administration of justice into disrepute: *R. v. Duguay*, [1989] 1 S.C.R. 93; *R. v. Stillman*, [1997] 1 S.C.R. 607; *R. v. Belnavis*, [1997] 3 S.C.R. 341. The same reasoning suggests that justices at the stage of preliminary screening may be similarly disadvantaged.

sidérer l'administration de la justice n'exige pas tant l'application d'une précision scientifique que la prise d'une décision éclairée, fondée sur tout le contexte du procès. Bien que l'arrêt *R. c. Collins*, [1987] 1 R.C.S. 265, et des décisions subséquentes aient établi les facteurs qui doivent être pris en considération, la décision finale dépend dans une certaine mesure de l'appréciation par le juge de leur importance relative dans l'affaire dont il est saisi. Le juge du procès évalue ces facteurs dans le contexte de l'ensemble du procès et des exigences de l'équité fondamentale. Cette tâche peut demander l'appréciation d'éléments de preuve, l'évaluation de la crédibilité de témoins et la prise d'autres décisions qui débordent le mandat et les pouvoirs limités du juge qui préside une enquête préliminaire. En outre, ayant une connaissance moins intime du dossier, le juge de l'enquête préliminaire n'est pas en mesure d'évaluer aussi bien la situation que le juge du procès. Voilà pourquoi, les cours d'appel témoignent énormément de déférence envers la conclusion du juge du procès sur la question de savoir si l'utilisation d'un élément de preuve donné est susceptible de déconsidérer l'administration de la justice : *R. c. Duguay*, [1989] 1 R.C.S. 93; *R. c. Stillman*, [1997] 1 R.C.S. 607; *R. c. Belnavis*, [1997] 3 R.C.S. 341. Le même raisonnement suggère que les juges siégeant à l'étape du filtrage préliminaire peuvent aussi souffrir du même désavantage.

43

Finally, *Charter* litigation at the preliminary stage may ultimately have no practical effect beyond increasing the costs and delays associated with this process. If the preliminary inquiry justice excludes evidence under s. 24(2), but still commits the accused to trial, his or her conclusion on this issue does not bind the trial judge. When the Crown seeks to introduce the evidence at trial, the exact same matter will require litigation again. Conversely, if the accused is discharged as the result of excluded evidence under s. 24(2), the Crown may still prefer a direct indictment against the accused pursuant to s. 577 of the *Criminal Code* and proceed to trial regardless.

Enfin, le fait de débattre les questions relatives de la *Charte* à l'étape de l'enquête préliminaire pourrait en bout de ligne n'avoir d'autre effet que de faire augmenter les frais et délais liés à cette procédure. Si le juge présidant une enquête préliminaire écarte des éléments de preuve en vertu du par. 24(2), mais renvoie quand même l'accusé pour qu'il subisse son procès, sa conclusion sur les éléments de preuve ne lie pas le juge du procès. Quand le ministère public présentera cet élément de preuve au procès, la même question exactement devra être débattue à nouveau. À l'inverse, si l'accusé est libéré en raison de l'exclusion d'un élément de preuve en application du par. 24(2), le ministère public peut néanmoins présenter un acte d'accusation contre l'accusé conformément à l'art. 577 du *Code criminel* et ainsi faire en sorte qu'il y ait quand même un procès.

Several of the intervening Attorneys General cautioned that the discretion of the Crown to prefer a direct indictment, now used sparingly, might be exercised routinely in situations where the preliminary inquiry justice's decision to exclude evidence under s. 24(2) curtailed a prosecution before it reached trial. Indeed, the Crown may have no other available option, since no right of appeal lies from the order made at the preliminary inquiry. Consequently, regardless of the finding at the preliminary stage on the s. 24(2) issue, its effect in practice might often prove negligible.

The lack of a statutory right of appeal from the ruling of a preliminary inquiry justice is particularly telling. The majority of the Court in *Mills*, per McIntyre J., clearly stated that decisions respecting a *Charter* remedy should be subject to review (at pp. 958-59):

[T]he *Charter* is silent on the question of appeals and the conclusion must therefore be that the existing appeal structure must be employed in the resolution of s. 24(1) claims. Since the *Charter* has conferred a right to seek a remedy under the provisions of s. 24(1) and since claims for remedy will involve claims alleging the infringement of basic rights and fundamental freedoms, it is essential that an appellate procedure exist. There is no provision in the *Code* which provides a specific right to appeal against the granting, or the refusal, of a *Charter* remedy under s. 24(1), but appeals are provided for which involve questions of law and fact. The *Charter*, forming part of the fundamental law of Canada, is therefore covered and the refusal of a claim for *Charter* relief will be appealable by a person aggrieved as a question of law, as will be the granting of such relief by the Crown. The appeal will follow the normal, established procedure. [Emphasis added.]

Contrary to this principle, the Crown would lack a right of appeal from the decision of a preliminary inquiry justice excluding evidence under s. 24(2) and discharging the accused as a result. Such a decision would amount to a final determination in favour of the accused. The Crown's power to pro-

Plusieurs des procureurs généraux intervenants ont indiqué que le pouvoir discrétionnaire qu'a le ministère public de présenter un tel acte d'accusation — qui est utilisé parcimonieusement pour l'instant — pourrait l'être de façon systématique dans les cas où la décision du juge de l'enquête préliminaire d'écarter des éléments de preuve en vertu du par. 24(2) mettrait fin à des poursuites avant qu'elles aient donné lieu à un procès. De fait, le ministère public pourrait bien n'avoir d'autre choix que d'agir ainsi, car il ne peut être interjeté appel de l'ordonnance rendue à l'enquête préliminaire. Par conséquent, indépendamment de la conclusion tirée à l'étape de l'enquête préliminaire relativement à la question touchant le par. 24(2), ses effets pourraient souvent se révéler négligeables en pratique.

L'absence d'un droit d'appel d'origine législative de la décision du juge de l'enquête préliminaire est particulièrement révélatrice. Le juge McIntyre, au nom de la majorité de notre Cour dans l'arrêt *Mills*, a clairement dit que les décisions relatives aux réparations fondées sur la *Charte* devraient être susceptibles de révision (aux p. 958-959) :

[L]a *Charte* est muette sur la question des appels et on doit donc conclure que c'est le système actuel des appels qui doit servir au règlement de demandes fondées sur le par. 24(1). Puisque la *Charte* confère un droit de demander une réparation en vertu du par. 24(1) et que de telles demandes comporteront des allégations de violation de libertés et de droits fondamentaux, l'existence d'une procédure d'appel est indispensable. Aucune disposition du *Code* ne prévoit expressément un droit d'en appeler d'une décision accordant ou refusant une réparation visée par le par. 24(1) de la *Charte*, mais des appels sur des questions de droit et de fait sont toutefois autorisés. La *Charte* en tant que composante du droit fondamental du Canada n'y échappe donc pas et, de même qu'une personne lésée pourra porter en appel le rejet d'une demande de réparation en vertu de la *Charte* en tant que question de droit, de même Sa Majesté pourra interjeter appel si cette réparation est accordée. L'appel se déroulera selon la procédure normale établie à cette fin. [Je souligne.]

Le ministère public serait privé, en contravention de ce principe, du droit d'appeler de la décision du juge de l'enquête préliminaire écartant des éléments de preuve en application du par. 24(2) et entraînant, de ce fait, la libération de l'accusé. Une telle décision équivaldrait à une décision définitive

ceed by preferred indictment in such circumstances cannot be accepted as a proper substitute for a statutory appeal mechanism. This power is, and should be, exercised sparingly. Its routine exercise by the Crown to nullify rulings by a preliminary inquiry justice on *Charter* issues may carry serious ramifications. As Marshall J.A. emphasized in the court below, resort by the Crown to its discretion under s. 577 as a matter of course “would be calculated to engender impressions that there were no teeth in the recourse given to individuals” (para. 101) to enforce their *Charter* rights. It would certainly do little to preserve the repute of the administration of justice in the eyes of the public it serves. I have difficulty accepting that Parliament intended this result. The more compelling conclusion is that Parliament intended *Charter* issues to be resolved in a forum equipped with established and well understood avenues of appeal. The trial court is the obvious choice for this task.

en faveur de l'accusé. Le pouvoir du ministère public de présenter un acte d'accusation dans de telles circonstances ne saurait être considéré comme une solution de rechange adéquate à un mécanisme d'appel prévu par la loi. Ce pouvoir est exercé parcimonieusement et doit continuer de l'être. Le fait pour le ministère public de l'exercer de façon systématique pour neutraliser les décisions rendues par les juges présidant les enquêtes préliminaires sur les questions relatives à la *Charte* pourrait avoir de sérieuses répercussions. Comme l'a souligné le juge Marshall de la Cour d'appel, le recours systématique par le ministère public au pouvoir discrétionnaire que lui confère l'art. 577 [TRADUCTION] « serait de nature à donner l'impression que les recours accordés aux justiciables sont impuissants » (par. 101) à faire respecter les droits que leur garantit la *Charte*. Une telle situation ferait certes bien peu pour maintenir la considération de l'administration de la justice aux yeux du public qu'elle sert. J'ai peine à croire que le Parlement voulait ce résultat. La conclusion qui s'impose davantage est que le Parlement entendait que les questions liées à la *Charte* soient tranchées dans un forum doté de voies d'appel établies et bien comprises. La juridiction de jugement constitue le choix évident pour cette fonction.

47

The appellant argues that deferring s. 24(2) issues to trial creates anomalies in the operation of preliminary inquiries, particularly in relation to statements of the accused. Preliminary inquiry justices can generally exclude admissions, confessions or statements made by an accused on the grounds of inadmissibility at common law. Indeed, Parliament directly alludes to this power in s. 542(1) of the *Code*. This produces the apparent anomaly of a preliminary inquiry justice being empowered to exclude statements made by an accused because they are not voluntary (and thus inadmissible at common law) but not because they were obtained in breach of the *Charter*. This anomaly, the appellant contends, is exacerbated by the fact that the same circumstances may be relevant to both the voluntariness of a statement and the alleged breach of the *Charter*. Nonetheless, the preliminary inquiry justice, pursuant to the current rule, may consider the admissibility of the statement based on the former

L'appellant plaide que le fait de reporter au procès l'examen des questions liées au par. 24(2) crée des anomalies dans le fonctionnement des enquêtes préliminaires, notamment en ce qui a trait aux déclarations de l'accusé. Les juges présidant les enquêtes préliminaires peuvent généralement écarter, pour cause d'inadmissibilité en common law, tout aveu, confession ou déclaration d'un accusé. De fait, le Parlement a fait expressément allusion à ce pouvoir au par. 542(1) du *Code*. Il en résulte l'anomalie apparente que le juge qui préside une enquête préliminaire est habilité à écarter des déclarations faites par un accusé parce qu'elles n'étaient pas volontaires (et donc inadmissibles en common law), mais non parce qu'elles ont été obtenues en violation de la *Charte*. Cette anomalie, de prétendre l'appellant, est exacerbée par le fait que les mêmes circonstances peuvent être pertinentes autant à l'égard du caractère volontaire d'une déclaration que d'une prétendue violation de la *Charte*. Toutefois, le juge

concern (voluntariness), but not the latter (*Charter* violations).

However, the fact that exclusion of evidence is involved should not blind us to the fundamental distinctions that exist between excluding evidence under the common law, on one hand, and excluding evidence under s. 24(2) of the *Charter* on the other. Although these powers appear similar, only the latter involves an exercise of remedial authority — an authority with which a preliminary inquiry justice is not cloaked: *Mills, supra*, at pp. 970-71 (*per* La Forest J.). Further, the common law confessions rule always results in the exclusion of offending evidence. As such, it involves a relatively focussed inquiry into the immediate circumstances surrounding the alleged statements of the accused. By contrast, the s. 24(2) inquiry transcends the immediate facts of the *Charter* breach and embraces a much more comprehensive appraisal of the impact of the evidence on the fairness of the trial and the repute of the justice system: see *R. v. Oickle*, [2000] 2 S.C.R. 3, 2000 SCC 38, at para. 30. As discussed, imposing this task on the preliminary inquiry may hamper or distort its intended function as an expeditious charge-screening mechanism. At any rate, given the non-binding nature of evidentiary rulings at the preliminary inquiry, and the power of the Crown to prefer a direct indictment, the perceived benefits of litigating s. 24(2) issues at the preliminary stage may prove more illusory than real.

The specialized and limited function of the preliminary inquiry leads me to conclude that Parliament, while furnishing this process with trial-like features, did not intend for it to engage in s. 24(2) considerations. These issues are best reserved for the trial judge, who “is likely to have a more complete picture of the evidence and its significance in the context of the case and is thus better situated to

présidant une enquête préliminaire peut, suivant la règle actuelle, examiner l’admissibilité de la déclaration en fonction de la première considération (le caractère volontaire), mais non de la seconde (violations de la *Charte*).

Cependant, le fait qu’il soit question d’exclusion d’éléments de preuve ne devrait pas nous faire perdre de vue les distinctions fondamentales qui existent entre l’exclusion d’un élément en application de la common law d’une part et du par. 24(2) de la *Charte* d’autre part. Bien que ces pouvoirs paraissent semblables, seul le second fait intervenir l’exercice du pouvoir de réparation — un pouvoir dont n’est pas investi le juge présidant une enquête préliminaire : *Mills*, précité, p. 970-971 (le juge La Forest). En outre, l’application de la règle des confessions prévue par la common law entraîne toujours l’exclusion des éléments de preuve attentatoires. En conséquence, elle commande une enquête relativement spécifique sur les circonstances des déclarations qu’auraient faites l’accusé. À l’opposé, l’enquête requise pour l’application du par. 24(2) va au-delà des faits immédiats de la violation de la *Charte* et comporte une évaluation beaucoup plus complète de l’incidence de l’élément de preuve sur le caractère équitable du procès et la considération dont jouit le système de justice pénale : voir *R. c. Oickle*, [2000] 2 R.C.S. 3, 2000 CSC 38, par. 30. Comme il a été vu plus tôt, imposer cette tâche à l’enquête préliminaire pourrait gêner ou dénaturer le rôle qu’elle est censée jouer en tant que mécanisme expéditif de filtrage des accusations. Quoiqu’il en soit, vu les effets non contraignants des décisions rendues à l’enquête préliminaire et vu le pouvoir du ministère public de présenter un acte d’accusation, les avantages apparents de débattre les questions relatives au par. 24(2) à l’étape préliminaire pourraient se révéler plus illusoire que réels.

La fonction spécialisée et limitée de l’enquête préliminaire m’amène à conclure que le Parlement, bien qu’il l’ait dotée d’un processus et d’une procédure analogues à celles du procès, n’entendait pas que le juge qui la préside examine les questions relatives au par. 24(2). Il est préférable de laisser l’examen de ces questions au juge du procès, qui « aura vraisemblablement un tableau plus complet

48

49

decide such questions”: *Seaboyer, supra*, at p. 638. Consequently, I see little reason to depart from the clear precedent to this effect established in *Mills* and *Seaboyer*.

VI. Conclusion

50 The preliminary inquiry justice, the reviewing judge and the Court of Appeal did not err in holding that the preliminary inquiry justice had no power to enter into the question of whether the statements taken from the appellant had been obtained as a result of *Charter* breach and, if so, whether they should be excluded on this ground. I would dismiss the appeal and remand the case for continuation of the preliminary inquiry.

The reasons of Iacobucci, Major, Binnie and Arbour JJ. were delivered by

MAJOR J. (dissenting) —

I. Introduction

51 It is a tenet of Canadian law that an accused is entitled to make full answer and defence to a criminal charge at a preliminary inquiry (*R. v. Pearson* (1957), 117 C.C.C. 249 (Alta. S.C.), at p. 257, “[t]here can be no doubt that an accused is entitled to make a full answer and defence at a preliminary inquiry”; *R. v. Ferrero* (1981), 59 C.C.C. (2d) 93 (Alta. C.A.); *R. v. Ward* (1976), 31 C.C.C. (2d) 466 (Ont. H.C.), aff’d Ont. C.A., February 15, 1977).

52 Although a defence can be made, the presiding justice cannot weigh its merits. If, at the conclusion of the preliminary inquiry, there is admissible evidence which if believed would result in a conviction, the accused is committed for trial.

53 Another tenet of our law is that the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* rights belong to all

de la preuve et de son importance dans le contexte et [qui] sera mieux placé pour trancher les questions de preuve » : *Seaboyer*, précité, p. 638-639. Par conséquent, je ne vois aucune raison de s’écarter du précédent clair à cet effet établi dans les arrêts *Mills* et *Seaboyer*.

VI. Conclusion

Le juge de l’enquête préliminaire, le juge siégeant en révision et la Cour d’appel n’ont pas commis d’erreur en concluant que le juge qui préside une enquête préliminaire n’avait pas le pouvoir d’examiner la question de savoir si les déclarations de l’appelant avaient été obtenues par suite d’une violation de la *Charte* et, dans l’affirmative, si ces déclarations devaient être écartées pour ce motif. Je suis d’avis de rejeter le pourvoi et de renvoyer l’affaire pour que l’on poursuive l’enquête préliminaire.

Version française des motifs des juges Iacobucci, Major, Binnie et Arbour rendus par

LE JUGE MAJOR (dissident) —

I. Introduction

Selon un précepte du droit canadien, l’accusé a, à l’enquête préliminaire, le droit de présenter une défense pleine et entière contre une accusation criminelle (*R. c. Pearson* (1957), 117 C.C.C. 249 (C.S. Alb.), p. 257, [TRADUCTION] « [i]l ne fait aucun doute qu’un accusé a le droit de faire valoir une défense pleine et entière à l’enquête préliminaire »; *R. c. Ferrero* (1981), 59 C.C.C. (2d) 93 (C.A. Alb.); *R. c. Ward* (1976), 31 C.C.C. (2d) 466 (H.C. Ont.), conf. par C.A. Ont., 15 février 1977).

Bien qu’un moyen de défense puisse être présenté à l’enquête préliminaire, le juge qui la préside ne peut en apprécier le bien-fondé. Si, au terme de l’enquête, il y a des éléments de preuve admissibles qui, si on y ajoute foi, pourraient entraîner une déclaration de culpabilité, le prévenu est alors renvoyé pour subir son procès.

Un autre précepte de notre droit est que tous les Canadiens jouissent des droits garantis par la

Canadians. They are not rights granted by the court. The court's function is to identify them.

Obviously, if an accused has a *Charter* right, it should be recognized at the earliest stage. There are many rights for the accused at a preliminary inquiry. The most obvious is the right to a fair and unbiased proceeding, and the acceptance of only legally admissible evidence.

Historically, preliminary inquiries were conducted by untrained lay magistrates drawn as a mix from the community consisting of farmers, police officers, merchants and blacksmiths, whose time on the bench was brief and whose appointment to the bench was frequently the beginning of the journey to retirement. The tribunals presided over by this group of people were variously referred to as “police courts”, “provincial courts” or “appearances before a Justice of the Peace”. In 1968, Ontario’s Royal Commission Inquiry into Civil Rights criticized that “[i]n this Province we have an elaborate system of training for police officers in law and police duties, but ironically laymen are appointed to hold judicial office and receive no real opportunity for training” (*Report of the Royal Commission Inquiry into Civil Rights*, vol. 2, Report No. 1, 1968, at pp. 519-20).

Today, although the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46, technically permits a justice of the peace to conduct a preliminary inquiry (see s. 2 “justice” and s. 535 of the *Code*), “[a]s a matter of practice preliminary inquiries are usually conducted by provincial court judges” (*Martin’s Annual Criminal Code 2002*, at p. 907). Provincial court judges are former lawyers with wide legal training and hear with few exceptions the majority of criminal cases in Canada.

Whatever considerations may have properly limited the presiding justice at preliminary hearings more than 50 years ago should be abandoned in

Charte canadienne des droits et libertés. Ce ne sont pas des droits qui sont accordés par les tribunaux. Le rôle des tribunaux est de définir ces droits.

Il va de soi que si un droit est garanti à l’accusé par la *Charte*, ce droit doit lui être reconnu le plus tôt possible dans le processus. L’accusé dispose de nombreux droits à l’étape de l’enquête préliminaire. Le plus évident est le droit à une audience équitable et impartiale, où seuls sont acceptés les éléments de preuve légalement admissibles.

Pendant très longtemps, les enquêtes préliminaires étaient présidées par des magistrats n’ayant aucune formation et venant de divers horizons — agriculteurs, policiers, marchands et forgerons —, qui n’occupaient leurs fonctions que brièvement et dont la nomination constituait fréquemment la première étape vers la retraite. Les tribunaux présidés par ces personnes étaient appelés de différentes façons : « tribunaux de police », « cours provinciales », « comparutions devant le juge de paix ». En 1968, la Royal Commission Inquiry into Civil Rights établie par l’Ontario a déploré le fait que, [TRADUCTION] « [d]ans notre province, nous disposons d’un système soigneusement élaboré en vue de former les policiers en droit et en matières policières, mais ironiquement nous nommons à des fonctions judiciaires des profanes, sans leur donner de véritable possibilité de formation » (*Report of the Royal Commission Inquiry into Civil Rights*, vol. 2, Report No. 1, 1968, p. 519-520).

Aujourd’hui, bien que le *Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46, autorise en principe un juge de paix à présider une enquête préliminaire (voir la définition de « juge de paix » à l’art. 2 ainsi que l’art. 535 du *Code*), [TRADUCTION] « [e]n pratique, les enquêtes préliminaires sont normalement présidées par les juges des cours provinciales » (*Martin’s Annual Criminal Code 2002*, p. 907). Les juges des cours provinciales sont d’anciens avocats possédant une vaste formation juridique qui entendent, sauf pour quelques exceptions, la majorité des affaires criminelles au Canada.

Quelles que soient les considérations qui, il y a plus de 50 ans, pouvaient à bon droit justifier de restreindre les pouvoirs du juge présidant une enquête

54

55

56

57

favour of recognizing provincial court judges fully trained in the law as courts of competent jurisdiction to exclude certain evidence obtained contrary to s. 24(2) of the *Charter* at the first opportunity.

58 In *Mills v. The Queen*, [1986] 1 S.C.R. 863, in *obiter*, a majority of the Court concluded that preliminary inquiry justices were not a court of competent jurisdiction for this purpose and accordingly should not have the jurisdiction to exclude evidence pursuant to s. 24(2) of the *Charter*. This conclusion has been followed in subsequent cases in Canadian courts.

59 In this decision, I conclude the *obiter* in *Mills* is not binding. There are sound reasons not to follow it. These reasons conclude that a preliminary inquiry justice should have jurisdiction to exclude statements obtained contrary to the *Charter*, pursuant to s. 24(2).

II. Application of the Functional and Structural Test

A. *Generally: Part XVII of the Criminal Code*

60 Only a “court of competent jurisdiction” has the power to exclude evidence pursuant to s. 24(2) of the *Charter*. This appeal, as noted, raises once again whether a preliminary inquiry justice is a “court of competent jurisdiction” for the purposes of excluding evidence pursuant to s. 24(2).

61 I agree with the functional-structural approach used to determine whether a court is a “court of competent jurisdiction” pursuant to s. 24(2), described in the companion case *R. v. 974649 Ontario Inc.*, [2001] 3 S.C.R. 575, 2001 SCC 81 (“*Dunedin*”). I disagree with the application of the test to the present appeal.

62 The functional and structural test revolves around “whether the legislator endowed the court

préliminaire, il faut les écarter et reconnaître que les juges des cours provinciales — lesquels ont reçu une formation juridique complète — constituent un tribunal compétent pour exclure, à la première occasion, certains éléments de preuve obtenus en violation du par. 24(2) de la *Charte*.

Dans l’arrêt *Mills c. La Reine*, [1986] 1 R.C.S. 863, notre Cour à la majorité a conclu, dans une remarque incidente, que le juge président une enquête préliminaire n’était pas un tribunal compétent à cet égard et ne devrait en conséquence pas avoir compétence pour écarter des éléments de preuve en vertu du par. 24(2) de la *Charte*. Cette conclusion a été suivie dans les affaires subséquentes devant les tribunaux canadiens.

En l’espèce, je conclus que cette remarque incidente formulée dans l’arrêt *Mills* n’a pas un caractère contraignant. Il y a de bonnes raisons de ne pas la suivre. Dans les présents motifs, j’estime que le juge qui préside une enquête préliminaire doit disposer du pouvoir d’écarter, en vertu du par. 24(2), des déclarations obtenues en violation de la *Charte*.

II. Application du critère fonctionnel et structurel

A. *Généralités : la partie XVII du Code criminel*

Seul un « tribunal compétent » a le pouvoir d’écarter des éléments de preuve en vertu du par. 24(2) de la *Charte*. Comme il a été indiqué, le présent pourvoi soulève de nouveau la question de savoir si le juge président une enquête préliminaire est « un tribunal compétent » pour écarter des éléments de preuve en application du par. 24(2).

Je souscris à l’approche fonctionnelle et structurelle utilisée pour déterminer si un tribunal est un « tribunal compétent » pour l’application du par. 24(2), approche qui est décrite dans le pourvoi connexe *R. c. 974649 Ontario Inc.*, [2001] 3 R.C.S. 575, 2001 CSC 81 (« *Dunedin* »). Je n’approuve toutefois pas l’application de ce critère au présent pourvoi.

Le critère de l’analyse fonctionnelle et structurelle consiste principalement à se demander « si

or tribunal with the power to pronounce on *Charter* rights and to grant the remedy sought for the breach of these rights” (*Dunedin, supra*, at para. 25). As described in *Dunedin*, “[t]he paramount question remains whether the court or tribunal, by virtue of its function and structure, is an appropriate forum for ordering the *Charter* remedy in issue” (para. 35). To determine the function and structure of a court or tribunal, “the language of the enabling legislation” may provide guidance (*Dunedin*, at para. 46).

B. *Part XVIII of the Criminal Code*

Preliminary inquiries are governed by Part XVIII of the *Code*. Many statutory provisions in Part XVIII demonstrate that a preliminary inquiry justice has been provided with the power to determine the admissibility of evidence (ss. 535, 537, 540 and 548). In *United States of America v. Shephard*, [1977] 2 S.C.R. 1067, Ritchie J. held that a justice is “required to commit an accused person for trial in any case in which there is admissible evidence which could, if it were believed, result in a conviction” (p. 1080 (emphasis added)).

Section 542 of the *Code* is at the heart of the present appeal. Under s. 542, a prosecutor is only permitted to introduce any “admission, confession or statement made at any time by the accused that by law is admissible against him” (emphasis added). There is no dispute that s. 542 of the *Code* requires a preliminary inquiry justice to exclude confessions under exclusionary rules at common law. Under the common law, confessions that are not voluntary are inadmissible.

C. *Relatively Focussed Discrete Inquiry Versus Much More Comprehensive Appraisal*

To determine whether to exclude involuntary confessions that offend the common law, McLachlin C.J. concludes, a preliminary inquiry justice is engaged in a “relatively focussed inquiry” (para.

le législateur a investi le tribunal en question du pouvoir de statuer sur les droits garantis par la *Charte* et d’accorder la réparation demandée en cas de violation de ces droits » (*Dunedin*, précité, par. 25). Comme il est indiqué dans cet arrêt, « [l]a question primordiale demeure celle de savoir si, de par sa fonction et sa structure, le tribunal concerné est un forum bien choisi pour ordonner la réparation fondée sur la *Charte* qui est en jeu » (par. 35). Pour déterminer la fonction et la structure du tribunal, « le texte de sa loi habilitante » peut aider (*Dunedin*, par. 46).

B. *La partie XVIII du Code criminel*

Les enquêtes préliminaires sont régies par la partie XVIII du *Code*. De nombreuses dispositions de cette partie démontrent que le juge président une enquête préliminaire a reçu le pouvoir de statuer sur l’admissibilité des éléments de preuve (art. 535, 537, 540 et 548). Dans l’arrêt *États-Unis d’Amérique c. Shephard*, [1977] 2 R.C.S. 1067, le juge Ritchie a estimé que le juge de l’enquête préliminaire « doit renvoyer la personne inculpée pour qu’elle subisse son procès chaque fois qu’il existe des éléments de preuve admissibles qui pourraient, s’ils étaient crus, entraîner une déclaration de culpabilité » (p. 1080 (je souligne)).

L’article 542 du *Code* est au cœur du présent pourvoi. Aux termes de cette disposition, un poursuivant ne peut fournir en preuve qu’un « aveu, confession ou déclaration fait à quelque moment que ce soit par le prévenu et qui, d’après la loi, est admissible contre lui » (je souligne). Il n’est pas contesté que l’art. 542 oblige le juge président une enquête préliminaire à écarter des confessions en application des règles d’exclusion prévues par la common law. Suivant la common law, les confessions involontaires ne sont pas admissibles.

C. *Enquête relativement spécifique par opposition à évaluation beaucoup plus complète*

De conclure le juge en chef McLachlin, pour décider s’il y a lieu d’écarter des confessions involontaires obtenues en violation des règles de la common law, le juge président une enquête prélimi-

63

64

65

48). That “relatively focussed inquiry” is contrasted with the “much more comprehensive appraisal” a judge is said to have to undertake in determining whether to exclude evidence — including confessions — for *Charter* purposes (para. 48).

66

A “much more comprehensive appraisal” is not necessarily required to determine whether statements that violate the *Charter* should be excluded. This Court has held that generally, if an accused’s statement is obtained in violation of *Charter* rights, self-incriminating evidence will be excluded under s. 24(2) without the need for much further inquiry: *R. v. Stillman*, [1997] 1 S.C.R. 607; *R. v. Feeney*, [1997] 2 S.C.R. 13; *R. v. Caslake*, [1998] 1 S.C.R. 51; *R. v. Cook*, [1998] 2 S.C.R. 597. For example, in *Stillman*, Cory J. held, at para. 119:

If the evidence is conscriptive and the Crown fails to demonstrate on a balance of probabilities that the evidence would have been discovered by alternative non-conscriptive means, then its admission will render the trial unfair. The Court, as a general rule, will exclude the evidence without considering the seriousness of the breach or the effect of exclusion on the repute of the administration of justice. This must be the result since an unfair trial would necessarily bring the administration of justice into disrepute. [Emphasis added.]

67

Indeed, at times, it is considerably more challenging to appreciate and apply the common law confessions rule than to determine whether self-incriminating evidence should be excluded pursuant to s. 24(2). In *R. v. Oickle*, [2000] 2 S.C.R. 3, 2000 SCC 38, Iacobucci J. held that “the confessions rule has a broader scope than the *Charter*” explaining, at para. 30:

For example, the protections of s. 10 only apply “on arrest or detention”. By contrast, the confessions rule applies whenever a person in authority questions a suspect. Second, the *Charter* applies a different burden and standard of proof from that under the confessions rule.

naire se livre à une « enquête relativement spécifique » (par. 48), démarche qu’elle met en contraste avec l’« évaluation beaucoup plus complète » que serait tenu de faire un juge pour décider si des éléments de preuve — y compris des confessions — doivent être écartés en application de la *Charte* (par. 48).

Une « évaluation beaucoup plus complète » n’est pas nécessairement requise pour décider s’il y a lieu d’écartier des déclarations obtenues en violation de la *Charte*. Notre Cour a jugé que, en règle générale, si la déclaration de l’accusé a été obtenue en violation des droits que lui garantit la *Charte*, l’élément de preuve auto-incriminant est écarté en vertu du par. 24(2), sans qu’il soit nécessaire de procéder à un examen plus approfondi : *R. c. Stillman*, [1997] 1 R.C.S. 607; *R. c. Feeney*, [1997] 2 R.C.S. 13; *R. c. Caslake*, [1998] 1 R.C.S. 51; *R. c. Cook*, [1998] 2 R.C.S. 597. Dans l’arrêt *Stillman*, par exemple, le juge Cory a formulé la conclusion suivante, au par. 119 :

Si la preuve a été obtenue en mobilisant l’accusé contre lui-même et que le ministère public ne démontre pas, suivant la prépondérance des probabilités, qu’elle aurait été découverte par un autre moyen non fondé sur la mobilisation de l’accusé contre lui-même, son utilisation rendra alors le procès inéquitable. En règle générale, le tribunal écartera la preuve sans examiner la gravité de la violation ni l’incidence de son exclusion sur la considération dont jouit l’administration de la justice. Il doit en être ainsi puisqu’un procès inéquitable déconsidérerait nécessairement l’administration de la justice. [Je souligne.]

De fait, il est parfois beaucoup plus difficile de bien saisir et appliquer la règle des confessions prévue par la common law que de décider si une preuve auto-incriminante doit être écartée en vertu du par. 24(2). Dans l’arrêt *R. c. Oickle*, [2000] 2 R.C.S. 3, 2000 CSC 38, par. 30, le juge Iacobucci a estimé que « la règle des confessions a une portée plus grande que les droits garantis par la *Charte* », donnant les explications suivantes :

Par exemple, les garanties prévues par l’art. 10 ne s’appliquent qu’« en cas d’arrestation ou de détention ». Par comparaison, la règle des confessions s’applique chaque fois qu’une personne en situation d’autorité interroge un suspect. Deuxièmement, le fardeau de la preuve et la

Under the former, the burden is on the accused to show, on a balance of probabilities, a violation of constitutional rights. Under the latter, the burden is on the prosecution to show beyond a reasonable doubt that the confession was voluntary. Finally, the remedies are different. The *Charter* excludes evidence obtained in violation of its provisions under s. 24(2) only if admitting the evidence would bring the administration of justice into disrepute: see *R. v. Stillman*, [1997] 1 S.C.R. 607, *R. v. Collins*, [1987] 1 S.C.R. 265, and the related jurisprudence. By contrast, a violation of the confessions rule always warrants exclusion.

As part of the common law confessions rule, courts must consider whether police used trickery to obtain a confession. In *Oickle*, *supra*, this Court held, at para. 65, that the more specific objective of the analysis “is maintaining the integrity of the criminal justice system” (emphasis added), a concept introduced by Lamer J. (as he then was) in *Rothman v. The Queen*, [1981] 1 S.C.R. 640. In *Rothman*, Lamer J. held that “[i]t is of the utmost importance to keep in mind that the inquiry is not concerned with reliability but with the authorities’ conduct as regards reliability” (p. 691 (emphasis added)), concluding that “[w]hat should be repressed vigorously is conduct on [the authorities’ part] that shocks the community” (p. 697). Building on the principle, in *Oickle*, Iacobucci J. held that “the confessions rule . . . extends to protect a broader conception of voluntariness ‘that focuses on the protection of the accused’s rights and fairness in the criminal process’” (para. 69 (emphasis added)).

Even if “a much more comprehensive appraisal” is required, there will be overlap between the “administration of justice” test used to determine whether evidence should be excluded pursuant to s. 24(2) of the *Charter* and the factors listed above. Certain of the factors used in the common law confessions rule — “integrity of the criminal justice system”, “the authorities’ conduct”, “shocks

norme de preuve ne sont pas les mêmes pour l’application de la *Charte* que pour la règle des confessions. Dans le cas de la *Charte*, il incombe à l’accusé d’établir, selon la prépondérance des probabilités, qu’il y a eu atteinte à des droits constitutionnels, alors que dans le cas de la règle des confessions, il incombe à la poursuite d’établir, hors de tout doute raisonnable, que l’aveu était volontaire. Enfin, les réparations diffèrent dans l’un et l’autre cas. En vertu du par. 24(2) de la *Charte*, le tribunal peut écarter des éléments de preuve obtenus en violation des dispositions de la *Charte*, mais seulement si leur utilisation est susceptible de déconsidérer l’administration de la justice: voir *R. c. Stillman*, [1997] 1 R.C.S. 607, *R. c. Collins*, [1987] 1 R.C.S. 265, et la jurisprudence connexe. À l’opposé, la violation de la règle des confessions commande dans tous les cas l’exclusion des éléments de preuve.

Dans le cadre de la règle des confessions prévue par la common law, les tribunaux doivent se demander si les policiers ont utilisé des ruses en vue d’obtenir la confession. Dans l’arrêt *Oickle*, précité, par. 65, notre Cour a conclu que l’analyse visait plus précisément « à préserver l’intégrité du système de justice pénale » (je souligne), concept formulé par le juge Lamer (plus tard Juge en chef du Canada) dans l’arrêt *Rothman c. La Reine*, [1981] 1 R.C.S. 640. Dans cet arrêt, le juge Lamer a estimé qu’« [i]l importe au plus haut point de se rappeler que l’enquête ne porte pas sur la fiabilité mais sur la conduite des autorités relativement à la fiabilité » (p. 691 (je souligne)), concluant que « [c]e qu’il faut réprimer avec vigueur, c’est, [de la part des autorités,] une conduite qui choque la collectivité » (p. 697). S’appuyant sur ce principe, le juge Iacobucci a précisé, dans l’arrêt *Oickle*, que « la règle des confessions vise [. . .] à protéger une conception plus large du caractère volontaire [TRADUCTION] “qui met l’accent sur la protection des droits de l’accusé et l’équité du processus pénal” » (par. 69 (je souligne)).

Même si « une évaluation beaucoup plus complète » est requise, il y aura un chevauchement entre le critère fondé sur « l’administration de la justice », qui sert à déterminer s’il y a lieu d’écarter des éléments de preuve en vertu du par. 24(2) de la *Charte*, et les facteurs énumérés précédemment. En effet, certains des facteurs utilisés dans l’application de la règle des confessions prévue

the community” and “fairness in the criminal process” — will touch on whether the administration of justice would be brought into disrepute. With such overlap, the *voir dire* needed to exclude a confession at common law will provide virtually all the requisite information for exclusion under the *Charter*.

70

Sometimes, it is difficult to separate the analysis required to determine whether to exclude a confession pursuant to the common law and the *Charter* analysis. In *R. v. Grossi* (1992), 133 A.R. 278, Porter Prov. Ct. J. explained the legal gymnastics he was required to perform to separate the two (at p. 281):

The first question to be decided then is whether the statement by the accused is admissible under the common law rules without reference to the *Charter*. If it is not admissible under the common law I need go no further. In the course of such consideration I would have to weed out the aspect of recent judgments which relate to *Charter* issues, ascertain the state of the common law as it relates to confessions and only then if the statement be thereby admissible move on to any *Charter* considerations. That of course is no easy task due to the entanglement of the two aspects of the law as it relates to confessions. The common law in this area itself was on shifting ground prior to the advent of the *Charter* and the sand has perhaps shifted further since that time.

71

Frequently, the type of questioning used to determine the voluntariness of confessions will help to engage the “comprehensive appraisal” McLachlin C.J. requires. In 1955, G. A. Martin, Q.C., suggested the manner in which defence counsel should elicit evidence of confessions during preliminary inquiries for common law purposes (“Preliminary Hearings” in the *Special Lectures of the Law Society of Upper Canada, 1955*). He stated, at pp. 8-9:

par la common law — « l’intégrité du système de justice pénale », « la conduite des autorités », « le choc de la collectivité » et « l’équité du processus pénal » — ont une incidence sur la question de savoir si l’administration de la justice est susceptible d’être déconsidérée. Compte tenu de ce chevauchement, le voir-dire requis pour déterminer si une confession doit être écartée en vertu de la common law fournira virtuellement tous les renseignements nécessaires pour décider si elle doit l’être en vertu de la *Charte*.

Il est parfois difficile de distinguer l’analyse requise pour déterminer s’il y a lieu d’exclure une confession en vertu de la common law de l’analyse fondée sur la *Charte*. Dans l’affaire *R. c. Grossi* (1992), 133 A.R. 278, le juge Porter de la Cour provinciale a expliqué la gymnastique juridique à laquelle il devait se livrer pour les distinguer l’une de l’autre (à la p. 281) :

[TRADUCTION] La première question à trancher consiste donc à déterminer si la déclaration faite par l’accusé est admissible en vertu des règles de la common law, indépendamment de la *Charte*. Si la déclaration n’est pas admissible au regard de la common law, je n’ai pas à pousser l’examen plus loin. Dans le cadre de cet examen, je dois faire abstraction des aspects des décisions récentes portant sur des questions relatives à la *Charte*, dégager l’état de la common law à l’égard des confessions et ensuite, seulement si la déclaration est admissible, passer à l’examen des considérations fondées sur la *Charte*. Il ne s’agit évidemment pas d’une tâche facile compte tenu de l’enchevêtrement de ces deux aspects du droit régissant les confessions. La common law dans ce domaine précis du droit était déjà en pleine mutation avant l’entrée en vigueur de la *Charte* et la situation a peut-être même évoluée davantage depuis cette date.

Fréquemment, le type de questions posées pour déterminer le caractère volontaire des confessions contribuera à l’« évaluation [. . .] complète » exigée par le juge en chef McLachlin. En 1955, G. A. Martin, c.r., avait suggéré aux avocats de la défense de procéder de la façon indiquée ci-après afin de recueillir la preuve relative aux confessions au cours des enquêtes préliminaires, pour l’application de la règle de la common law à cet égard (« Preliminary Hearings » dans *Special Lectures of the Law Society of Upper Canada, 1955*). Il a donné les conseils suivants, aux p. 8-9 :

Ascertain from the police officer who is called, or call him yourself, whether the accused made a statement to the police and whether it was made in writing. Have it produced and marked as an exhibit. . . . Enquire fully into all the circumstances surrounding that statement: who was present, when it was taken, how long the accused was questioned, what answers he made, what officers had him in their custody from the time of his arrest until the time the statement was finally made, and so forth, so that you will be able to go into the trial fully prepared and with confidence that you know the basis upon which the Crown is prepared to tender that statement. [Emphasis added.]

Counsel at preliminary inquiries enquire fully into “all the circumstances” surrounding confessions. They do so in part to satisfy the requirement that a judge must examine “all the evidence concerning the circumstances under which the statement was made” before determining whether a statement is voluntary (*R. v. McIntosh* (1999), 141 C.C.C. (3d) 97 (Ont. C.A.), at p. 113). If a preliminary inquiry justice considers “all the circumstances” in determining whether a statement is voluntary for common law purposes, those circumstances would shed much light, if not complete light, on the “much more comprehensive appraisal” McLachlin C.J. envisages.

In her reasons, McLachlin C.J. draws a distinction between excluding evidence for common law purposes and excluding evidence pursuant to s. 24(2) of the *Charter* (para. 48). She explains that “[a]lthough these powers appear similar, only the latter involves an exercise of remedial authority — an authority with which a preliminary inquiry justice is not cloaked” (para. 48 (emphasis in original)).

There should be no such distinction between excluding evidence for common law purposes and excluding evidence for *Charter* purposes. In both instances, the evidence is excluded. Characterizing one as remedial and the other as not, as McLachlin

[TRADUCTION] Vérifiez auprès du policier qui a été assigné — s’il ne l’a pas été assignez-le vous-même — si l’accusé a fait une déclaration à la police et, si oui, si elle a été consignée par écrit. Faites-la déposer et inscrire comme pièce. [. . .] Renseignez-vous sur toutes les circonstances de la déclaration de l’accusé : l’identité des personnes présentes, le moment de la déclaration, la durée de l’interrogatoire, les réponses de l’accusé, le nom des policiers qui ont eu l’accusé sous leur garde depuis le moment de l’arrestation jusqu’à celui de la déclaration, et ainsi de suite, de manière à être en mesure de vous présenter en cour bien préparé et avec l’assurance que vous savez sur quelle base le ministère public entend présenter la déclaration en question. [Je souligne.]

À l’enquête préliminaire, les avocats se renseignent sur « toutes les circonstances » de la confession. Ils le font en partie pour satisfaire à l’exigence selon laquelle le juge doit examiner [TRADUCTION] « tous les éléments de preuve concernant les circonstances dans lesquelles la déclaration a été faite » avant de décider si celle-ci a été faite volontairement (*R. c. McIntosh* (1999), 141 C.C.C. (3d) 97 (C.A. Ont.), p. 113). Si le juge président une enquête préliminaire prend en compte « toutes les circonstances » pour statuer sur le caractère volontaire d’une déclaration au regard de la common law, ces circonstances ne manqueront pas d’éclairer, voire de façon complète, l’« évaluation beaucoup plus complète » envisagée par le juge en chef McLachlin.

Dans ses motifs, le juge en chef McLachlin fait une distinction entre l’exclusion d’un élément de preuve au regard de la common law d’une part et son exclusion en vertu du par. 24(2) de la *Charte* d’autre part (para. 48). Elle donne l’explication suivante : « Bien que ces pouvoirs paraissent semblables, seul le second fait intervenir l’exercice du pouvoir de réparation — un pouvoir dont n’est pas investi le juge président une enquête préliminaire » (para. 48 (souligné dans l’original)).

Une telle distinction ne devrait pas exister entre l’exclusion d’un élément de preuve au regard de la common law et son exclusion en application de la *Charte*. Dans les deux cas, l’élément de preuve est écarté. Qualifier une mesure — mais non

72

73

74

C.J. holds, does not advance the inquiry. If a confession is crucial to the Crown's case, and the confession is excluded pursuant to common law rules of admissibility, the preliminary inquiry justice will discharge the accused. In many ways, a discharge at a preliminary inquiry is the "ultimate" remedy. A discharge at a preliminary inquiry is just as "remedial" as excluding evidence for *Charter* purposes at trial.

75

The rationale for the common law exclusionary rule is much the same as the "remedial" rationale for s. 24(2) of the *Charter*. In *Rothman*, *supra*, Lamer J. discussed the true reasons for which confessions are excluded under the common law. At p. 688, he cited an article by Freedman C.J.M. (S. Freedman, "Admissions and Confessions", in R. E. Salhany and R. J. Carter, eds., *Studies in Canadian Criminal Evidence* (1972), 95), where he wrote, at p. 99:

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, as already stated, 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. [Emphasis added by Lamer J.]

76

The common law exclusionary rule has a strong remedial component. With its deep concern for the integrity of the judicial process, evidence is excluded under the common law because the judicial process would otherwise suffer. Its remedial component is just as strong

l'autre — de réparatrice, comme le fait le juge en chef McLachlin, ne fait pas progresser le débat. Si une confession est essentielle à la preuve du ministère public et qu'elle est écartée en application des règles de la common law en matière d'admissibilité de la preuve, le juge président l'enquête préliminaire libérera l'accusé. À de nombreux égards, la libération à l'enquête préliminaire constitue la réparation « par excellence ». La libération à cette étape est une mesure tout aussi « réparatrice » que l'exclusion d'éléments de preuve au procès en application de la *Charte*.

La raison d'être de la règle d'exclusion prévue par la common law est sensiblement la même que celle du pouvoir « réparateur » prévu au par. 24(2) de la *Charte*. Dans l'arrêt *Rothman*, précité, le juge Lamer a examiné les véritables raisons pour lesquelles les confessions sont écartées en vertu de la common law. À la page 688, il cite l'extrait suivant d'un article du juge en chef Freedman du Manitoba (S. Freedman, « Admissions and Confessions », dans R. E. Salhany et R. J. Carter, dir., *Studies in Canadian Criminal Evidence* (1972), 95), où l'auteur a dit ceci, à la p. 99 :

[TRADUCTION] C'est la justice que nous recherchons alors, et nous pouvons trouver dans son cadre général les motifs véritables de la règle d'exclusion des confessions provoquées. Sans nul doute, comme je l'ai déjà dit, 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. [Soulignement du juge Lamer.]

La règle d'exclusion prévue par la common law comporte un important objet réparateur. Vu la profonde préoccupation pour l'intégrité de la justice à laquelle répond cette règle, des éléments de preuve sont exclus en application de la common law parce que le processus judiciaire en souffrirait s'ils ne

as the remedial component of s. 24(2) of the *Charter*.

D. *Purpose of the Preliminary Inquiry*

I disagree with the implications McLachlin C.J. draws from the manner in which the purpose of the preliminary inquiry is characterized. She explains that “the preliminary inquiry has assumed an ancillary role as a discovery mechanism . . .” (para. 31). The primary purpose of the preliminary inquiry, it follows, is to screen unmeritorious charges. From that, she concludes, to permit wide-ranging *Charter* issues to be canvassed at the preliminary inquiry would be inconsistent with the preliminary inquiry’s “intended function as an expeditious charge-screening mechanism” (para. 48). Ultimately, McLachlin C.J. holds, a preliminary inquiry is not an appropriate forum for excluding evidence obtained contrary to the *Charter*.

Ancillary or not, the discovery mechanism still exists in preliminary inquiries. In *Skogman v. The Queen*, [1984] 2 S.C.R. 93, the majority held that “the preliminary hearing has become a forum where the accused is afforded an opportunity to discover and to appreciate the case to be made against him at trial where the requisite evidence is found to be present” (p. 105). Similarly, in *R. v. Barbeau*, [1992] 2 S.C.R. 845, Cory J. held, at p. 854:

It cannot be denied that the preliminary hearing permits the accused to discover the extent of the case against him. It is true that in *Caccamo v. The Queen*, [1976] 1 S.C.R. 786, this Court made it clear that the Crown has a discretion to present only that evidence which makes out a *prima facie* case. Nonetheless the fact remains that the preliminary does permit an accused person to explore to some extent the Crown’s case.

Despite repeated attempts to limit that purpose, the preliminary inquiry has retained its discovery

l’étaient pas. Cet aspect réparateur est tout aussi important que celui du par. 24(2) de la *Charte*.

D. *L’objet de l’enquête préliminaire*

Je ne suis pas d’accord avec les conséquences que Madame le juge en chef McLachlin tire de la façon dont l’objet de l’enquête préliminaire est qualifié. Elle explique que, avec le temps, « l’enquête préliminaire a commencé à jouer un rôle accessoire de mécanisme de communication de la preuve » (par. 31). L’objet premier de l’enquête préliminaire est, par conséquent, d’écarter les affaires ne justifiant pas un procès. Pour cette raison, de conclure le Juge en chef, le fait de permettre l’examen approfondi, à l’étape de l’enquête préliminaire, de questions relatives à la *Charte* d’une large portée serait incompatible avec « le rôle [que cette procédure] est censée jouer en tant que mécanisme expéditif de filtrage des accusations » (par. 48). En dernière analyse, le juge en chef McLachlin conclut qu’une enquête préliminaire n’est pas le forum approprié pour décider s’il y a lieu d’écarter des éléments de preuve obtenus en violation de la *Charte*.

Accessoire ou non, le rôle de l’enquête préliminaire en tant que mécanisme de communication de la preuve existe toujours. Dans l’arrêt *Skogman c. La Reine*, [1984] 2 R.C.S. 93, notre Cour à la majorité a jugé que « l’enquête préliminaire a évolué [. . .] de manière à fournir à l’accusé, lorsqu’on juge que les éléments de preuve nécessaires existent, la possibilité de découvrir et d’apprécier la nature de la preuve qui sera déposée contre lui à son procès » (p. 105). De même, dans l’arrêt *R. c. Barbeau*, [1992] 2 R.C.S. 845, le juge Cory a tiré la conclusion suivante, à la p. 854 :

On ne peut nier que l’enquête préliminaire permet à l’accusé de découvrir l’étendue de la preuve qui pèse contre lui. Il est vrai que, dans l’arrêt *Caccamo c. La Reine*, [1976] 1 R.C.S. 786, notre Cour a dit clairement que le ministère public peut, à sa discrétion, ne présenter que ce qui constitue une preuve suffisante à première vue. Il n’en demeure pas moins que l’enquête préliminaire permet à la personne inculpée de sonder, dans une certaine mesure, la preuve du ministère public.

L’enquête préliminaire conserve son rôle de mécanisme de communication de la preuve malgré

77

78

79

function (Department of Justice Canada, Consultation Paper, *Do we still need preliminary inquiries? Options for changes to the Criminal Code* (1994), at p. 4).

80 The discovery mechanism engaged by preliminary inquiries often will help shed light on many issues that are not strictly limited to determining whether “there is sufficient evidence to put the accused on trial” (s. 548(1)(a)), the test for committal McLachlin C.J. holds is the preliminary inquiry’s intended function.

81 I assume, without agreeing, that the test for committal is the intended function of the preliminary inquiry and that a “much more comprehensive appraisal” is required to determine whether to exclude confessions obtained contrary to the *Charter*. Assuming that to be correct, I conclude below that the discovery mechanism engaged by the preliminary inquiry is adequate to the task.

82 McLachlin C.J. correctly states that some Crown counsel only introduce sufficient evidence to satisfy the test for committal. However, if the Crown only introduces evidence to satisfy a bare minimum standard, counsel for the accused may “fill in the blanks” by calling its own witnesses. Section 537(1)(g) of the *Code* states that a preliminary inquiry justice may “receive evidence on the part of the prosecutor or the accused, as the case may be, after hearing any evidence that has been given on behalf of either of them” (emphasis added). Section 541(5) of the *Code* requires a preliminary inquiry justice to “hear each witness called by the accused who testifies to any matter relevant to the inquiry . . .”. In *Ward, supra*, Cory J. held that the predecessor to s. 541 of the *Code* requires a preliminary inquiry justice to hear an accused’s witnesses even if

les tentatives répétées en vue de le limiter (ministère de la Justice du Canada, Document de consultation, *L’enquête préliminaire : est-elle toujours nécessaire? Propositions de modification au Code criminel* (1994), p. 4).

Le mécanisme de communication de la preuve que déclenche l’enquête préliminaire aide souvent à clarifier de nombreuses questions qui ne permettent pas seulement de déterminer « si [. . .] la preuve [. . .] est suffisante » pour renvoyer l’accusé afin qu’il subisse son procès (al. 548(1)a)), c’est-à-dire le critère applicable pour décider s’il y a lieu d’ordonner le renvoi à procès, détermination qui, selon le juge en chef McLachlin, est censée être la fonction de l’enquête préliminaire.

Je suppose, sans pour autant accepter, que l’application du critère applicable en matière de renvoi à procès est la fonction qu’est censée accomplir l’enquête préliminaire et qu’une « évaluation beaucoup plus complète » est nécessaire pour déterminer s’il y a lieu d’écarter des confessions obtenues en violation de la *Charte*. Tenant ces hypothèses pour avérées, je conclus plus loin que l’enquête préliminaire est bien adaptée à cette tâche.

Le juge en chef McLachlin affirme avec raison que certains procureurs de la Couronne ne présentent qu’une preuve suffisante pour satisfaire au critère applicable en matière de renvoi à procès. Toutefois, si le ministère public se contente de présenter une preuve propre à satisfaire une norme qui ne constitue qu’un strict minimum, l’avocat de l’accusé pourra « combler les lacunes » en assignant ses propres témoins. L’alinéa 537(1)g) du *Code* précise que le juge président une enquête préliminaire peut « recevoir une preuve de la part du poursuivant ou du prévenu, selon le cas, après avoir entendu les témoignages rendus pour le compte de l’un ou l’autre d’entre eux » (je souligne). Aux termes du par. 541(5) du *Code*, le juge président l’enquête préliminaire « entend chaque témoin appelé par le prévenu, qui dépose sur toute matière pertinente à l’enquête . . . ». Dans l’arrêt *Ward*, précité, le juge Cory a conclu que la

evidence introduced by the Crown satisfies the test for committal.

In the same vein, in *R. v. R. (L.)* (1995), 100 C.C.C. (3d) 329 (Ont. C.A.), Arbour J.A. (as she then was) held that “the admissibility of evidence at the preliminary inquiry is determined by the concept of relevance” (p. 336), subject to applicable exclusionary rules. She held that relevance is not limited to the test for committal, reasoning that “[i]f relevance was governed solely by the narrow test for committal, not much would be left of either the statutory right to cross-examine the Crown’s evidence, or the right to call defence evidence” (p. 336).

Defence counsel have recognized the important function afforded by the right to call witnesses:

While it has been said that the Crown is only required to call witnesses sufficient to obtain a committal for trial . . . [s]ection 469 [now s. 541] . . . provides the accused with an opportunity to call those witnesses that the Crown has chosen not to call for the preliminary inquiry but would likely call at trial. This section facilitates discovery of the Crown’s case and should not be overlooked.

(E. L. Greenspan and M. Rosenberg, “The Preliminary Inquiry”, in V. M. Del Buono, ed., *Criminal Procedure in Canada: Studies* (1982), 263, at p. 305.)

Accordingly, if Crown counsel chooses to call only sufficient evidence to meet the *Shephard* test, s. 541 of the *Code* could do much to highlight “all the circumstances” surrounding an offence. By highlighting “all the circumstances” surrounding an offence, a preliminary inquiry justice will virtually be compelled, let alone able, to engage in the “much more comprehensive appraisal” that McLachlin C.J. states a justice must undertake to

disposition qu’a remplacée l’art. 541 du *Code exigeait* que le juge président une enquête préliminaire entende les témoins du prévenu, même si la preuve présentée par le ministère public satisfaisait au critère applicable en matière de renvoi à procès.

Dans la même veine, dans l’affaire *R. c. R. (L.)* (1995), 100 C.C.C. (3d) 329 (C.A. Ont.), madame le juge Arbour (maintenant juge de notre Cour) a estimé que [TRADUCTION] « l’admissibilité de la preuve à l’enquête préliminaire est déterminée par application du concept de la pertinence » (p. 336), sous réserve des règles d’exclusion applicables. Elle a conclu que la pertinence ne se limite pas au critère applicable en matière de renvoi à procès, raisonnant que [TRADUCTION] « [s]i la pertinence s’appliquait seulement à l’égard de l’étroit critère permettant de statuer sur la question du renvoi à procès, il ne resterait plus grand-chose du droit prévu par la loi de contre-interroger les témoins à charge ou de celui d’assigner des témoins à décharge » (p. 336).

Les avocats de la défense ont reconnu l’importante fonction du droit d’assigner des témoins :

Alors qu’on a pu dire que la couronne n’a que l’obligation d’appeler des témoins dont le témoignage est suffisant pour obtenir un renvoi à procès [. . .] [l]’article 469 [maintenant l’art. 541] offre [. . .] au prévenu l’occasion d’appeler les témoins que la couronne a choisi de ne pas appeler à l’enquête préliminaire mais appellerait vraisemblablement lors du procès. L’article facilite la découverte de la preuve de la couronne et ne devrait pas être négligé.

(E. L. Greenspan et M. Rosenberg, « L’enquête préliminaire », dans V. M. Del Buono, dir., *Procédure pénale au Canada* (1983), 307, p. 353.)

En conséquence, si le ministère public décide de ne présenter que les témoignages suffisants pour satisfaire au critère formulé dans l’arrêt *Shephard*, précité, l’art. 541 pourrait contribuer de façon considérable à mettre en lumière « toutes les circonstances » de la perpétration d’une infraction. Disposant de « toutes les circonstances » de l’infraction, le juge président une enquête préliminaire sera virtuellement contraint — mais en

83

84

85

determine whether to exclude evidence pursuant to s. 24(2) of the *Charter*.

86

McLachlin C.J. places strong emphasis on the “preliminary screening function” and the “expeditious nature” of the preliminary inquiry (paras. 37 and 38). To permit preliminary inquiry justices to exclude evidence under the *Charter* would result in “additional cost and delay” (para. 39), which she concludes would be inconsistent with the limited purpose of preliminary inquiries. Likewise, many interveners in the present appeal argued that to permit *Charter* issues to be decided at the preliminary inquiry stage would cause preliminary inquiries to become a greater burden on the already heavily taxed criminal justice system.

87

As a general proposition, preliminary inquiries do not occasion inordinate delay. The great majority of criminal trials are not preceded by a preliminary inquiry (Department of Justice of Canada, Working Document prepared by D. Pomerant and G. Gilmour, *A Survey of the Preliminary Inquiry in Canada* (April 1993), at p. 7). Preliminary inquiries are usually only reserved for serious offences (see generally s. 536 of the *Code*). One study prepared by the Department of Justice demonstrated that “[e]ighty percent of preliminaries took one day or less of court time, and only . . . two percent . . . occupied six or more court days” (D. G. Alford, et al., *Some Statistics on the Preliminary Inquiry in Canada* (1984), at p. vii). In 1999, Ontario’s Criminal Justice Review Committee concluded that “[i]n our experience, most preliminary inquiries do not consume an inordinate amount of court time” (Ontario, Criminal Justice Review Committee, *Report of the Criminal Justice Review Committee* (1999), at p. 90).

même temps en mesure — de procéder à l’« évaluation beaucoup plus complète » que, d’affirmer le juge en chef McLachlin, le juge doit accomplir pour décider s’il y a lieu d’écarter des éléments de preuve en application du par. 24(2) de la *Charte*.

Le juge en chef McLachlin accorde beaucoup d’importance à la « fonction de filtrage » et au « caractère expéditif » de l’enquête préliminaire (par. 37 et 38). Autoriser le juge président une enquête préliminaire à écarter des éléments de preuve en vertu de la *Charte* se traduirait par « des coûts et des délais additionnels » (par. 39), situation qui, conclut-elle, serait incompatible avec l’objectif limité des enquêtes préliminaires. De même, de nombreux intervenants dans le présent pourvoi ont fait valoir que, si les questions relatives à la *Charte* pouvaient être tranchées à l’enquête préliminaire, cette étape deviendrait un fardeau encore plus lourd pour le système de justice pénale, dont les ressources sont par ailleurs déjà lourdement grevées.

En règle générale, les enquêtes préliminaires n’entraînent pas des délais excessifs. Dans la grande majorité des cas, les procès criminels ne sont pas précédés d’une enquête préliminaire (ministère de la Justice du Canada, document de travail préparé par D. Pomerant et G. Gilmour, *Étude de l’enquête préliminaire au Canada* (avril 1993), p. 7). La tenue d’une enquête préliminaire est généralement réservée aux infractions graves (voir, de façon générale, l’art. 536 du *Code*). Une étude préparée par le ministère de la Justice a révélé que « [q]uatre-vingt pour cent des enquêtes préliminaires ont occupé une journée d’audience ou moins, et seulement [. . .] 2 pour cent [. . .] ont occupé six journées d’audience ou davantage » (D. G. Alford et autres, *Quelques statistiques sur l’enquête préliminaire au Canada* (1984), p. 2). En 1999, le Comité de révision de la justice pénale de l’Ontario est arrivé à la conclusion suivante : [TRADUCTION] « [s]elon notre expérience, la plupart des enquêtes préliminaires ne requièrent pas un temps d’audience excessif » (Ontario, Comité de révision de la justice pénale, *Report of the Criminal Justice Review Committee* (1999), p. 90).

There is nothing to suggest that if justices at preliminary inquiries are given the power to exclude confessions obtained contrary to the *Charter*, additional cost and delay will be occasioned. One study demonstrated that in Ontario, 23,993 charges were disposed of in some way by a preliminary inquiry. Of those charges, 43.1 percent were committed for trial, 4.5 percent were discharged, and 35.7 percent were withdrawn (Pomerant and Gilmour, *supra*, at p. 37, fn. 127). As one article highlights, “[t]here is significant screening even with the current low standard” (A. D. Gold and J. R. Presser, “Let’s Not Do Away with the Preliminaries: A Case in Favour of Retaining the Preliminary Inquiry” (1996), 1 *Can. Crim. L.R.* 145, at p. 148). If it was recognized that preliminary inquiry justices had the power to exclude evidence obtained contrary to the *Charter*, the screening function would assume more significance (Gold and Presser, *supra*, at p. 148). A discharge at the preliminary inquiry stage that manages to avoid a jury trial saves an enormous amount of otherwise wasted time and resources.

If preliminary inquiry justices do not have the power to exclude evidence pursuant to s. 24(2) of the *Charter*, fewer discharges will result. Accused people will be needlessly committed to trial on the strength of evidence that will be excluded at trial. Conversely, if preliminary inquiry justices are given the power to exclude evidence, more accused people will be discharged. If such discharges are proper, that can hardly be a bad thing. However, if an accused is improperly discharged, the Crown can always prefer a direct indictment pursuant to s. 577 of the *Code* and proceed to trial regardless of the preliminary inquiry justice’s decision.

Equally, the power to exclude evidence could be of some benefit to the Crown in certain cases. By permitting a preliminary inquiry justice to determine the *Charter* issue, the justice could refuse to grant

Rien n’indique que, si les juges présidant les enquêtes préliminaires étaient habilités à écarter des confessions obtenues en violation de la *Charte*, il en résulterait des coûts et des délais additionnels. En Ontario, une étude a révélé que 23 993 accusations ont été réglées d’une façon ou d’une autre à l’issue d’une enquête préliminaire. Il y a eu renvoi à procès dans 43,1 pour 100 des affaires, libération du prévenu dans 4,5 pour 100 et retrait des accusations dans 35,7 pour 100. (Pomerant et Gilmour, *op. cit.*, p. 43, note 127). Comme on le souligne dans un article, [TRADUCTION] « [i]l se fait un filtrage considérable, même en application de la norme actuelle peu exigeante » (A. D. Gold et J. R. Presser, « Let’s Not Do Away with the Preliminaries : A Case in Favour of Retaining the Preliminary Inquiry » (1996), 1 *Rev. can. D.P.* 145, p. 148). Si l’on reconnaissait aux juges présidant les enquêtes préliminaires le pouvoir d’écarter des éléments de preuve obtenus en violation de la *Charte*, la fonction de filtrage prendrait une importance plus grande (Gold et Presser, *loc. cit.*, p. 148). Lorsqu’un prévenu est libéré à l’enquête préliminaire et qu’un procès devant jury est évité, il en découle d’importantes économies de temps et de ressources.

Si les juges présidant les enquêtes préliminaires n’ont pas le pouvoir d’écarter des éléments de preuve en application du par. 24(2) de la *Charte*, moins de prévenus seront libérés à cette étape. Des prévenus seront inutilement renvoyés à procès sur le fondement d’éléments de preuve qui seront écartés au procès. À l’inverse, si les juges présidant les enquêtes préliminaires peuvent écarter des éléments de preuve, davantage de prévenus seront libérés. Si ces libérations sont fondées, ce résultat n’est certes pas une mauvaise chose. Toutefois, si un prévenu est libéré à tort, le ministère public peut toujours présenter un acte d’accusation conformément à l’art. 577 du *Code* et faire tenir un procès, indépendamment de la décision du juge qui a présidé l’enquête préliminaire.

De même, le pouvoir d’écarter des éléments de preuve pourrait dans certaines situations profiter au ministère public. Parce que le juge présidant une enquête préliminaire serait habilité à trancher

the remedy the accused seeks. By having the *Charter* question determined and rejected, an accused would be more likely to plead guilty and avoid a trial. As Gold and Presser, *supra*, state (albeit in the course of addressing a higher test for committal): “[a] more stringent test of committal would . . . relieve pressure on the trial courts by screening out unmeritorious cases, and by creating a situation in which the guilty accused is more likely to plead, having seen the strength of the Crown’s case and that a judge thinks he or she is likely to be convicted” (p. 170 (emphasis added)).

91 If the preliminary inquiry justice decided to exclude evidence pursuant to s. 24(2) of the *Charter*, the decision would not bind the trial judge. The exercise might be analogous to a pre-trial conference, where a judge expresses his or her preliminary views of the merits of the proceedings. Practically speaking, though, the decision would weigh heavily in the Crown’s decision to prefer an indictment. It is telling that the Crown rarely (if ever) prefers indictments after a preliminary inquiry justice excludes confessions obtained contrary to the common law and discharges an accused. The non-binding effect of the preliminary inquiry justice’s decision to exclude a confession under the common law is not thought to be a reason to repeal the power or that the “perceived benefits of litigating s. 24(2) issues at the preliminary stage may prove more illusory than real” (para. 48), quoting language used by McLachlin C.J. in the context of discussing excluding evidence pursuant to s. 24(2).

92 Under the present preliminary inquiry system, where preliminary inquiry justices are not thought to have the power to grant *Charter* remedies, preliminary inquiries routinely engage *Charter*-related

une question relative à la *Charte*, il pourrait refuser d’accorder la réparation demandée par le prévenu. Du fait que cette question aurait été tranchée et rejetée, il y aurait de fortes chances que ce dernier plaide coupable et évite la tenue d’un procès. Comme l’affirment Gold et Presser, *loc. cit.* (bien que ce soit dans le cours de l’examen d’un critère plus exigeant en matière de renvoi à procès) : [TRADUCTION] « un critère plus strict en matière de renvoi à procès allégerait le fardeau des tribunaux de première instance en écartant les affaires ne justifiant pas la tenue d’un procès et en créant une situation où il est vraisemblable que l’accusé qui est coupable reconnaîtra sa culpabilité une fois qu’il aura constaté que le ministère public dispose d’une preuve solide et qu’un juge estime qu’il sera probablement déclaré coupable » (p. 170 (je souligne)).

Si le juge président l’enquête préliminaire décidait d’écarter des éléments de preuve en application du par. 24(2) de la *Charte*, cette décision ne lierait pas le juge du procès. On pourrait assimiler cette situation à la conférence préparatoire, où le juge exprime son opinion préliminaire sur le bien-fondé des procédures. En pratique, toutefois, la décision aurait une grande incidence sur la décision du ministère public de présenter un acte d’accusation. Il est révélateur que le ministère public ne présente que rarement (voire jamais) d’actes d’accusation lorsque le juge qui présidait l’enquête préliminaire a écarté des confessions obtenues en violation de la common law et libéré le prévenu. On n’estime pas que l’effet non contraignant de la décision du juge ayant présidé l’enquête préliminaire d’écarter une confession en vertu de la common law constitue un motif d’abroger ce pouvoir ni que « les avantages apparents de débattre les questions relatives au par. 24(2) à l’étape préliminaire pourraient se révéler plus illusoire que réels », pour reprendre les termes qu’a utilisés le juge en chef McLachlin, au par. 48 de ses motifs, dans le cours de l’examen de la question de l’exclusion d’éléments de preuve en application de cette disposition.

Dans le cadre de l’actuel système d’enquête préliminaire, où les juges président les enquêtes ne sont pas considérés comme ayant le pouvoir d’accorder des réparations fondées sur la *Charte*,

evidence. In *R. v. George* (1991), 5 O.R. (3d) 144, the Ontario Court of Appeal held that “[i]t is now recognized that an accused is entitled to cross-examine Crown witnesses at a preliminary hearing relating to such matters as *Charter* defences which are not of concern to the judge conducting the hearing” (p. 148). The Ontario Court of Appeal, in *R. v. Dawson* (1998), 123 C.C.C. (3d) 385, confirmed its conclusion seven years later, when it held that “[i]t is now commonplace to have examinations of witnesses at preliminary hearings on all aspects of potential *Charter* violations” (p. 390 (emphasis added)). In *Dawson*, the Ontario Court of Appeal held that at preliminary hearings, defence counsel may obtain leave to cross-examine police witnesses on affidavits filed in support of a wiretap authorization.

In the present appeal, the Attorney General for Alberta recognized that it is often advantageous to probe *Charter* issues at the preliminary inquiry:

Inquiry into *Charter* issues at a Preliminary Inquiry can fulfill a useful purpose even though the presiding judge cannot grant a remedy for a perceived breach of *Charter* rights. Examination and cross-examination related to the potential breach may be useful in approaching that issue at trial. It may also be useful for the parties to assess the potential for a successful *Charter* application at the trial level. This can be done without argument on the balancing issues that arise if a *Charter* breach is found.

Gold and Presser, *supra*, comment that the preliminary inquiry exercise enables the defence to “better prepare [its *Charter*] applications in advance, thus saving time in the trial court” (p. 154).

An obvious question arises: if *Charter* evidence is already routinely investigated at the preliminary inquiry, why not permit the preliminary inquiry

ceux-ci sont régulièrement aux prises avec des éléments de preuve faisant intervenir la *Charte*. Dans *R. c. George* (1991), 5 O.R. (3d) 144, la Cour d’appel de l’Ontario a jugé qu’[TRADUCTION] « [i]l est maintenant reconnu qu’un accusé a le droit, à l’enquête préliminaire, de contre-interroger les témoins du ministère public relativement à certaines questions, tels des moyens de défense fondés sur la *Charte*, ne relevant pas du juge président l’audience » (p. 148). La Cour d’appel de l’Ontario a confirmé sa conclusion sept ans plus tard, affirmant qu’[TRADUCTION] « [i]l est maintenant courant que des témoins soient interrogés à l’enquête préliminaire sur tous les aspects de violations potentielles de la *Charte* » (*R. c. Dawson* (1998), 123 C.C.C. (3d) 385, p. 390 (je souligne)). Dans cet arrêt, la Cour d’appel de l’Ontario a estimé que, à l’enquête préliminaire, l’avocat de la défense peut être autorisé à contre-interroger des policiers relativement aux affidavits déposés à l’appui d’une demande d’autorisation d’écoute électronique.

Dans le présent pourvoi, le procureur général de l’Alberta a reconnu qu’il est souvent avantageux de sonder les arguments fondés sur la *Charte* au cours de l’enquête préliminaire :

[TRADUCTION] L’examen à l’enquête préliminaire des arguments fondés sur la *Charte* peut se révéler utile même si le juge qui la préside n’est pas habilité à accorder une réparation à l’égard de la violation des droits garantis par la *Charte* qu’on reproche. L’interrogatoire et le contre-interrogatoire sur la violation potentielle pourraient s’avérer utiles au moment de l’examen de cette question au procès. Il peut également être profitable aux parties d’évaluer les chances de réussite que pourrait avoir, au procès, une contestation fondée sur la *Charte*. Cela peut être fait sans qu’il soit nécessaire de débattre les questions d’appréciation qui se soulèvent lorsque l’existence d’une violation de la *Charte* a été établie.

Selon Gold et Presser, *loc. cit.*, la tenue de l’enquête préliminaire permet à la défense [TRADUCTION] « de mieux préparer ses demandes [fondées sur la *Charte*], et ainsi d’économiser du temps sur cet aspect au procès » (p. 154).

Une question évidente se pose : Si des éléments de preuve liés à l’application de la *Charte* sont fréquemment examinés à l’enquête prélimi-

93

94

95

justice to rule on the *Charter* issue? If it is “useful” to examine *Charter* issues in the abstract at the preliminary inquiry stage, it would be more useful to actually have the matter decided at the preliminary inquiry stage. Moreover, to allow a preliminary inquiry justice to rule on *Charter* issues would permit both Crown and defence counsel to better prepare their *Charter* arguments and save time at trial.

96 It is not supportable by logic or efficiency to permit a preliminary inquiry justice to determine the admissibility of statements for common law purposes, but not for *Charter* purposes, when it is recognized that preliminary inquiry justices are armed with all the facts. Parliament could not have intended such waste.

E. *Whether an Accused has a Constitutional Right to a Preliminary Inquiry*

97 The Ontario Court of Appeal has concluded that an accused does not have a constitutional right to a preliminary inquiry (*R. v. Arviv* (1985), 19 C.C.C. (3d) 395, leave to appeal refused, [1985] 1 S.C.R. v, and *R. v. Ertel* (1987), 58 C.R. (3d) 252, leave to appeal refused, [1987] 2 S.C.R. vii). However, that question was not raised in this appeal and should be left to be decided in the appropriate case. In the interim, it is sufficient to note that whether a constitutional right to a preliminary inquiry exists or not, there is a statutory right to one and these reasons relate only to the right of an accused where a preliminary hearing is in fact being held.

III. The Supreme Court of Canada’s Decision in *Mills*

98 Having canvassed the good reasons for which a preliminary inquiry justice should have the power to exclude confessions obtained contrary to the *Charter*, I now consider whether this Court’s jurisprudence prevents such a sound result.

naire, pourquoi ne pas autoriser les juges qui les président à statuer sur les questions relatives à la *Charte* auxquelles se rapportent de tels éléments? S’il est « utile » d’examiner de telles questions dans l’abstrait à l’étape de l’enquête préliminaire, il serait encore plus utile qu’elles soient effectivement tranchées à cette étape. Qui plus est, autoriser le juge de l’enquête préliminaire à se prononcer sur des questions touchant la *Charte* permettrait tant au ministère public qu’à l’avocat de la défense de mieux préparer leurs moyens fondés sur la *Charte* et d’économiser du temps sur cet aspect au procès.

Ni la logique ni l’efficacité ne sauraient justifier qu’on autorise le juge présidant une enquête préliminaire à statuer sur l’admissibilité de déclarations au regard de la common law mais non au regard de la *Charte*, alors qu’on reconnaît qu’il dispose de tous les faits. Le Parlement ne peut avoir voulu un tel gaspillage.

E. *La Constitution garantit-elle à l’accusé le droit à une enquête préliminaire?*

La Cour d’appel de l’Ontario a jugé que la Constitution ne garantit pas à l’accusé le droit à une enquête préliminaire (*R. c. Arviv* (1985), 19 C.C.C. (3d) 395, autorisation de pourvoi refusée, [1985] 1 R.C.S. v, et *R. c. Ertel* (1987), 58 C.R. (3d) 252, autorisation de pourvoi refusée, [1987] 2 R.C.S. vii). Cependant, cette question n’a pas été soulevée dans le cadre du présent pourvoi et elle devrait plutôt être tranchée lorsque la Cour sera saisie d’une affaire appropriée. D’ici là, que la Constitution garantisse ou non le droit à une enquête préliminaire, il suffit de souligner qu’un tel droit est prévu par la loi et que les présents motifs ne portent que sur le droit d’un accusé lorsqu’il y a, dans les faits, tenue d’une enquête préliminaire.

III. L’arrêt *Mills* de la Cour suprême du Canada

Après avoir examiné les motifs justifiant de reconnaître au juge présidant une enquête préliminaire le pouvoir d’écarter des confessions obtenues en violation de la *Charte*, je vais maintenant me demander si la jurisprudence de notre Cour fait obstacle à une solution aussi rationnelle.

The starting point is *Mills, supra*. In *Mills*, the question at issue was whether a preliminary inquiry justice could grant a stay of proceedings pursuant to s. 24(1) of the *Charter* where an accused's s. 11(b) right to be tried within a reasonable time was infringed. However, McIntyre J., for the majority, did not limit his analysis to s. 24(1). In the course of his opinion, he went on to consider whether a preliminary inquiry justice would have jurisdiction to exclude evidence pursuant to s. 24(2) of the *Charter*. He held, at pp. 954-55:

It is said that [a preliminary inquiry justice] should be a court of competent jurisdiction for the purpose of excluding evidence under s. 24(2). In my view, no jurisdiction is given to enable him to perform this function. He can give, as I have said, no remedy. Exclusion of evidence under s. 24(2) is a remedy, its application being limited to proceedings under s. 24(1).

In a separate opinion, La Forest J. agreed that a preliminary inquiry justice cannot exclude evidence pursuant to s. 24(2). He held that while the power to exclude evidence under s. 24(2) “may seem similar to the magistrate’s duty regarding admissibility of evidence”, what is involved in the s. 24(2) analysis is the “granting of a remedy” (p. 970) — a remedy that must be exercised “having regard to all the circumstances”, which, in La Forest J.’s view, “may again require more evidence than is presented at the preliminary hearing” (pp. 970-71).

Once *Mills* was decided, this Court has continued to follow its *dicta* that a preliminary inquiry justice cannot exclude evidence pursuant to s. 24(2). For example, in *R. v. Seaboyer*, [1991] 2 S.C.R. 577, McLachlin J. (as she then was) held, at pp. 637-38:

In *Mills* this Court found that a justice presiding over a preliminary inquiry does not have the jurisdiction to grant

Le point de départ de l’analyse est l’arrêt *Mills*, précité. Dans cet arrêt, la question en litige était de savoir si le juge président une enquête préliminaire pouvait, en application du par. 24(1) de la *Charte*, ordonner l’arrêt des procédures en cas de violation du droit d’être jugé dans un délai raisonnable qui est garanti à l’accusé par l’al. 11(b). S’exprimant au nom de la majorité, le juge McIntyre n’a toutefois pas limité son analyse au par. 24(1). Dans ses motifs, il s’est demandé si le juge président une enquête préliminaire avait compétence pour écarter des éléments de preuve en application du par. 24(2) de la *Charte*. Il a tiré les conclusions suivantes à cet égard, aux p. 954-955 :

Or, on soutient [que le juge président l’enquête préliminaire] devrait [. . .] être [un tribunal compétent] pour écarter des éléments de preuve en vertu du par. 24(2). Selon moi, on ne lui a pas attribué la compétence pour exercer cette fonction. Il n’est pas habilité, je le répète, à accorder de réparation. L’exclusion d’éléments de preuve en vertu du par. 24(2) est une réparation qui ne peut être obtenue que dans le cadre d’une instance visée au par. 24(1).

Dans des motifs distincts, le juge La Forest a souscrit à l’opinion selon laquelle le juge président l’enquête préliminaire ne peut écarter des éléments de preuve en vertu du par. 24(2). Il a estimé que, bien que ce pouvoir d’exclusion prévu au par. 24(2) « puisse paraître assimilable au devoir du magistrat en matière de détermination de l’admissibilité de la preuve », l’objet de cette analyse est « l’attribution d’une réparation en vertu du par. 24(2) » (p. 970-971) — réparation qui doit être accordée « eu égard aux circonstances », circonstances qui « peuvent exiger une preuve plus abondante que celle produite à l’enquête préliminaire » (p. 971).

Depuis l’arrêt *Mills*, notre Cour a continué de suivre la remarque incidente voulant que le juge président une enquête préliminaire ne puisse écarter des éléments de preuve en application du par. 24(2). Par exemple, dans l’arrêt *R. c. Seaboyer*, [1991] 2 R.C.S. 577, le juge McLachlin (maintenant Juge en chef) a décidé, aux p. 637-638 :

Dans l’arrêt *Mills*, notre Cour a conclu qu’un juge qui préside une enquête préliminaire n’est pas « un tribunal

a remedy under s. 24 of the *Charter* because a preliminary inquiry is not a “court of competent jurisdiction” under that section. The majority held that the magistrate sitting on a preliminary inquiry is not a court of competent jurisdiction because the *Criminal Code* gives the magistrate “no jurisdiction which would permit him to hear and determine the question of whether or not a *Charter* right has been infringed or denied”. . . . [Emphasis added.]

compétent » au sens de l’art. 24 de la *Charte* et n’est donc pas habilité à accorder une réparation en vertu de cet article. La Cour, à la majorité, a statué que le magistrat chargé d’une enquête préliminaire n’est pas un tribunal compétent parce que le *Code criminel* ne lui confère pas « la compétence qui l’autoriserait à entendre et à juger la question de savoir s’il y a eu violation ou négation d’un droit garanti par la *Charte* . . . ». [Je souligne.]

102 In *Seaboyer*, the central question was whether a preliminary inquiry justice had jurisdiction to determine the constitutionality of legislation under s. 52 of the *Constitution Act, 1982*. As in *Mills*, the Court’s analysis of s. 24(2) was *obiter*.

Dans l’arrêt *Seaboyer*, la question principale était de savoir si le juge président une enquête préliminaire avait compétence pour statuer sur la constitutionnalité d’une loi au regard de l’art. 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982*. Tout comme dans l’arrêt *Mills*, l’analyse de la Cour sur le par. 24(2) n’avait qu’un caractère incident.

IV. Is the *Obiter* in *Mills* Binding?

IV. La remarque incidente faite dans l’arrêt *Mills* a-t-elle un caractère contraignant?

103 In the present appeal, it was urged that the *obiter* in *Mills* should be considered binding because the Court expressed an opinion on a matter that was fully argued. The point emerges from decisions like *Schwartz v. The Queen*, [1977] 1 S.C.R. 673, where Martland J. felt he should deal with an *obiter* matter because it was “fully argued” before the Court and because it was “desirable that an expression of opinion on this point by this Court should be made” (p. 695).

Dans le présent pourvoi, on a plaidé que la remarque incidente faite dans l’arrêt *Mills* devrait être considérée comme contraignante parce que notre Cour avait alors exprimé une opinion sur une question qui avait été pleinement débattue. Cet argument repose sur certains arrêts, telle l’affaire *Schwartz c. La Reine*, [1977] 1 R.C.S. 673, dans laquelle le juge Martland a estimé qu’il devait examiner une remarque incidente parce qu’elle avait été « pleinement débattue » devant la Cour et parce qu’il était « souhaitable que la Cour exprime son opinion là-dessus » (p. 695).

104 In fact, the s. 24(2) question was never fully argued in *Mills*. The *Schwartz* principle does not apply. The conclusion is explained below.

En réalité, la question relative au par. 24(2) n’a jamais été pleinement débattue dans l’arrêt *Mills*. Le principe formulé dans l’arrêt *Schwartz* ne s’applique pas. Je m’explique.

105 In *Mills*, four courts issued reasons for decision: the Ontario Provincial Court, the High Court of Justice, the Ontario Court of Appeal, and the Supreme Court of Canada. The Provincial Court judge’s reasons for decision are replete with references to s. 24(1) of the *Charter* rather than s. 24(2). His reasons for judgment ((1982), 2 C.R.R. 300) specifically state, at p. 309: “[s]ection 2 [i.e. s. 24(2) of the *Charter*] is not applicable to this particular application” (emphasis added). Likewise, the High Court of Justice’s reasons ((1983), 40 O.R. (2d)

Dans l’arrêt *Mills*, quatre tribunaux ont exposé des motifs de jugement : la Cour provinciale de l’Ontario, la Haute Cour de Justice, la Cour d’appel de l’Ontario et la Cour suprême du Canada. Les motifs du juge de la Cour provinciale abondent de renvois au par. 24(1) plutôt qu’au par. 24(2). Dans ses motifs ((1982), 2 C.R.R. 300), le juge de la Cour provinciale dit expressément, à la p. 309, que [TRANSCRIPTION] « [le] par. 2 [c’est-à-dire le par. 24(2) de la *Charte*] n’est pas applicable à la présente demande » (je souligne). De même, la Haute Cour

112) do not mention s. 24(2). Finally, the Ontario Court of Appeal's short endorsement ((1983), 43 O.R. (2d) 631), states that the court preferred "not to express an opinion, in this case, on this question of jurisdiction" (pp. 631-32). The various reasons for decision demonstrate that a preliminary inquiry justice's jurisdiction to exclude evidence pursuant to s. 24(2) was simply not a live issue in the courts below.

The question was not live at the Supreme Court of Canada, either. A review of the parties' written representations demonstrates that s. 24(2) was not argued by the parties, never mind "fully argued" in accordance with *Schwartz*. The accused's 46-page factum in *Mills* makes no reference to s. 24(2) of the *Charter*. The narrow issue, as framed by counsel for the accused, was whether a "judge or justice presiding at a preliminary inquiry a court of competent jurisdiction for the purposes of an application under section 24(1) of the *Charter* where the application alleges a breach of section 11(b) rights" (p. 12). No mention is made of s. 542 of the *Code*, the statutory provision at the heart of the present appeal.

The Crown's factum in *Mills* was an even lengthier tome, running some 70 pages long. It frames the narrow issue in identical terms to the accused's, and fails to mention s. 542 of the *Code*. The Crown's factum refers to s. 24(2) of the *Charter* in a grand total of two paragraphs. Ironically, in one paragraph, the Crown argued that a preliminary inquiry justice should have the jurisdiction to exclude evidence pursuant to s. 24(2) of the *Charter*. The paragraph states:

The Respondent [i.e. the Crown] points out that the position taken above [i.e. to the effect that a preliminary inquiry justice has no jurisdiction pursuant to s. 24(1) of the *Charter*] does not foreclose the availability of all s.

de Justice ((1983), 40 O.R. (2d) 112) ne fait aucune mention du par. 24(2) dans ses motifs. Enfin, dans une courte décision manuscrite ((1983), 43 O.R. (2d) 631), la Cour d'appel de l'Ontario précise qu'elle préfère [TRADUCTION] « n'exprimer aucune opinion en l'occurrence sur cette question de compétence » (p. 631-632). Il ressort de ces divers motifs de décision que la question du pouvoir du juge président une enquête préliminaire d'écartier des éléments de preuve en application du par. 24(2) n'était tout simplement pas en litige devant les juridictions inférieures.

La question de la compétence n'était pas non plus en litige devant la Cour suprême du Canada. L'examen des mémoires des parties démontre que le par. 24(2) n'a pas été débattu par les parties et encore moins « pleinement débattu » au sens de l'arrêt *Schwartz*. Le mémoire de 46 pages de l'accusé dans *Mills* ne renferme aucune mention du par. 24(2) de la *Charte*. La question précise, formulée par l'avocat de l'accusé, était de savoir si [TRADUCTION] « [l]e juge ou le juge de paix qui préside une enquête préliminaire constitue un tribunal compétent pour les fins d'une demande fondée sur le par. 24(1) de la *Charte*, lorsque la demande allègue violation des droits prévus à l'al. 11b)? » (p. 12). Il n'est fait aucune mention de l'art. 542 du *Code*, disposition législative au cœur du présent pourvoi.

Le mémoire du ministère public dans *Mills* était encore plus long, comptant quelque 70 pages. Le ministère public y formule la question précise en des termes identiques à ceux employés par l'accusé, sans faire mention de l'art. 542 du *Code*. Dans son mémoire, le ministère public fait état du par. 24(2) de la *Charte* dans deux paragraphes au total. Ironiquement, dans l'un de ces paragraphes, le ministère public a plaidé que le juge président une enquête préliminaire devrait disposer du pouvoir d'écartier des éléments de preuve en application du par. 24(2) de la *Charte*. Voici le texte du paragraphe en question :

[TRADUCTION] L'intimé [c.-à-d. le ministère public] souligne que la position adoptée ci-dessus [savoir que le juge président une enquête préliminaire n'est pas un tribunal compétent au sens du par. 24(1) de la *Charte*]

106

107

24 relief at the preliminary inquiry. For example, a justice conducting a preliminary inquiry has the jurisdiction under Part XV of the *Code* to make rulings on the admissibility of evidence; consequently, he could under s. 24(2) of the *Charter* exclude evidence in the appropriate cases. This is an example of how the *Charter* enforcement provisions plug into the existing judicial formats and procedures. [Respondent's factum, p. 33, at para. 45]

108 To summarize, in *Mills*, none of the courts below the Supreme Court of Canada considered whether a preliminary inquiry justice has jurisdiction to exclude evidence pursuant to s. 24(2) of the *Charter*. One court expressly stated that s. 24(2) was not at issue, while the Ontario Court of Appeal declined to consider the question. Likewise, the parties' written submissions at the Supreme Court of Canada fail to address the question. The one specific reference to a preliminary inquiry justice's jurisdiction to exclude evidence pursuant to s. 24(2) of the *Charter* is made by the Crown in one paragraph: a paragraph that argues that a justice in fact does have jurisdiction to exclude evidence pursuant to s. 24(2).

109 The *obiter* analysis in *Mills* was not fully argued at the Supreme Court of Canada. The Court's analysis should not be treated as an authoritative and binding statement of the law in accordance with *Schwartz*. The Court's analysis was solely *obiter*, a house of cards upon which future decisions were built. Finally, the issue squarely before the Court in *Mills*, i.e., the power of a preliminary justice to stay proceedings, was different from the issue addressed in *obiter*, i.e., the power to exclude evidence.

110 A stay is a final, binding decision, akin to an acquittal, subject only to appeal (see *R. v. Jewitt*, [1985] 2 S.C.R. 128). In contrast, a decision to exclude evidence at the preliminary inquiry has

n'empêche pas le tribunal d'accorder toute réparation fondée sur l'art. 24 à l'enquête préliminaire. Par exemple, le juge président une enquête préliminaire a compétence, en vertu de la Partie XV du *Code*, pour statuer sur l'admissibilité de la preuve; il pourrait donc, dans les cas appropriés, écarter des éléments de preuve en application du par. 24(2) de la *Charte*. Cet exemple illustre de quelle façon les dispositions de la *Charte* en matière de recours s'intègrent dans les structures et procédures judiciaires. [Mémoire de l'intimé, p. 33, par. 45]

En résumé, dans l'arrêt *Mills*, aucune des juridictions inférieures saisies de l'affaire ne s'est demandée si le juge président une enquête préliminaire avait compétence pour écarter des éléments de preuve en vertu du par. 24(2) de la *Charte*. Un tribunal a expressément indiqué que l'application du par. 24(2) n'était pas en litige, alors que la Cour d'appel de l'Ontario a refusé d'examiner la question. De même, dans leurs observations écrites à la Cour suprême du Canada, les parties ne traitaient pas de cette question. De fait, la seule mention expresse de la compétence du juge président une enquête préliminaire d'écarter des éléments de preuve en vertu du par. 24(2) de la *Charte* figure dans un paragraphe des observations du ministère public, paragraphe dans lequel celui-ci plaide que le juge a effectivement compétence pour écarter des éléments de preuve en vertu du par. 24(2).

L'analyse faite en remarque incidente dans l'arrêt *Mills* n'a pas été pleinement débattue devant la Cour suprême du Canada. L'analyse de notre Cour ne devrait pas être considérée comme un énoncé juridique contraignant, faisant autorité et formulé conformément à l'arrêt *Schwartz*. Cette analyse n'était qu'une remarque incidente, un château de cartes qui a servi d'assises à des décisions subséquentes. Enfin, la question dont était nettement saisie la Cour dans l'affaire *Mills* — celle de savoir si le juge président l'enquête préliminaire avait le pouvoir d'ordonner l'arrêt des procédures — était différente de la question abordée en remarque incidente — celle concernant le pouvoir d'écarter des éléments de preuve.

L'arrêt des procédures est une décision définitive, contraignante, assimilable à un acquittement et susceptible d'appel seulement (voir *R. c. Jewitt*, [1985] 2 R.C.S. 128). Au contraire, la décision

effect only in that proceeding, and assuming the accused is committed for trial, does not bind the trial court nor does it bind the Crown from proceeding by indictment if there is no committal. In short, nothing in *Mills* compelled the conclusion reached in *obiter* with respect to s. 24(2).

V. Assuming the Court's *Obiter* Analysis in *Mills* is Binding, Should it be Overruled?

In this part of the reasons, it is assumed that the Court's *obiter* analysis of s. 24(2) of the *Charter* in *Mills* represented a fully argued and authoritative principle of law. On this assumption, I consider whether there are reasons to depart from the *obiter* rule. Until now, the s. 24(2) analysis in *Mills* was never seriously challenged.

In *R. v. Bernard*, [1988] 2 S.C.R. 833, Dickson C.J. explained the circumstances under which the Court should overrule a previous decision. In *Bernard*, Dickson C.J. held that “[t]here must be compelling circumstances to justify departure from a prior decision” (p. 849), and set out a number of factors to consider. A few years later, Lamer C.J. recognized that the factors in *Bernard* “were not held to be a comprehensive list nor was it claimed that they must all be present in a particular case to justify overruling a prior decision” (*R. v. Chaulk*, [1990] 3 S.C.R. 1303, at p. 1353).

In addition to the guidance provided in *Bernard*, it is significant that the seven-member Court in *Mills* was divided four to three on this portion of the judgment. In the 15 years since *Mills* was decided, and for the reasons previously outlined, it is my opinion that, to the extent *Mills* holds that the provincial court and its members are not courts

d'écarter des éléments de preuve à l'enquête préliminaire n'a d'effet qu'à l'égard de cette procédure et, à supposer que l'accusé soit renvoyé pour subir son procès, elle ne lie pas le juge du procès, ni d'ailleurs le ministère public qui peut procéder par voie de mise en accusation s'il n'y a pas renvoi à procès. Bref, rien dans *Mills* n'obligeait à formuler en remarque incidente la conclusion tirée relativement au par. 24(2).

V. Si l'analyse faite en remarque incidente par notre Cour dans l'arrêt *Mills* a un caractère contraignant, la règle devrait-elle être renversée?

Dans la présente partie de mes motifs, je pars de l'hypothèse que la remarque incidente concernant le par. 24(2) de la *Charte* formulée dans l'arrêt *Mills* représentait un principe juridique pleinement débattu et faisant autorité. À partir de cette hypothèse, je vais me demander s'il y a des motifs de s'écarter de la règle formulée en remarque incidente. Jusqu'à maintenant, l'analyse du par. 24(2) faite dans l'arrêt *Mills* n'a jamais été sérieusement contestée.

Dans *R. c. Bernard*, [1988] 2 R.C.S. 833, le juge en chef Dickson a expliqué les circonstances dans lesquelles notre Cour devrait renverser une décision antérieure. Dans cet arrêt, le juge en chef Dickson a conclu qu'« [i]l doit en effet y avoir des circonstances impérieuses pour justifier qu'on s'écarte d'un précédent » (p. 849), puis il a formulé un certain nombre de facteurs à prendre en considération. Quelques années plus tard, le juge en chef Lamer a reconnu que les facteurs énoncés dans l'arrêt *Bernard* « n'étaient pas censés représenter une liste exhaustive et [qu'] il n'était pas nécessaire que tous les facteurs soient présents dans une affaire donnée pour que soit justifiée la décision de renverser un jugement antérieur » (*R. c. Chaulk*, [1990] 3 R.C.S. 1303, p. 1353).

Outre les indications formulées dans l'arrêt *Bernard*, il est notable que la formation de sept juges qui a rendu jugement dans l'arrêt *Mills* était divisée à quatre contre trois sur cette partie du jugement. Vu les 15 années qui se sont écoulées depuis l'arrêt *Mills* et les motifs exposés précédemment, j'estime que cet arrêt devrait être renversé dans la mesure

111

112

113

of competent jurisdiction for purposes of excluding certain evidence obtained contrary to s. 24(2) of the *Charter*, it should be overruled.

A. *The Change is Incremental*

114 In a number of decisions, the Supreme Court of Canada has considered whether incremental changes should be made to the common law. Much of the analysis is helpful to determine whether incremental changes should be made to *Charter* jurisprudence. In determining whether to change the common law, the Court has shown itself to be willing to do so, in part, where “the process of change is a slow and incremental one, based largely on the mechanism of extending an existing principle to new circumstances” (*Watkins v. Olafson*, [1989] 2 S.C.R. 750, at p. 760, *per* McLachlin J.).

115 In the present appeal, the narrow change to the *obiter* in *Mills* is a slow and incremental one. In many respects, to permit statements obtained contrary to the right to counsel to be excluded pursuant to s. 24(2) of the *Charter* is a mirror image of what preliminary inquiry justices are already required to do when they exclude an involuntary confession under the common law. Indeed, because all aspects of all *Charter* violations are already explored at the preliminary inquiry, an arguable case could be made for the proposition that a preliminary inquiry justice should be permitted to exclude evidence from all *Charter* violations (and not just self-incriminating statements obtained contrary to the *Charter*) pursuant to s. 24(2). The narrow ambit of this decision simply extends “an existing principle to new circumstances”.

B. *The Decision has been Attenuated by Subsequent Decisions*

116 In *Bernard*, *supra*, Dickson C.J. recalled that the Court has held that where a decision has been attenuated by subsequent decisions, it may be appropri-

où il établit que la cour provinciale et ses juges ne constituent pas un tribunal compétent pour écarter certains éléments de preuve obtenus en violation du par. 24(2) de la *Charte*.

A. *Changement progressif*

Dans un certain nombre d'arrêts, notre Cour s'est demandé si des changements progressifs devaient être apportés à la common law. L'analyse pertinente à cet égard est en bonne partie applicable pour décider de l'opportunité d'apporter des changements progressifs à la jurisprudence relative à la *Charte*. Lorsqu'elle a été appelée à décider s'il y avait lieu de modifier la common law, notre Cour s'est montrée disposée à le faire en partie lorsque « cela ne se fait que lentement et progressivement, et dépend largement du mécanisme d'application d'un principe existant à des circonstances nouvelles » (*Watkins c. Olafson*, [1989] 2 R.C.S. 750, p. 760, le juge McLachlin).

Dans le présent pourvoi, le changement restreint apporté à la remarque incidente formulée dans l'arrêt *Mills* est lent et progressif. À de nombreux égards, le fait de permettre l'exclusion des déclarations obtenues en violation du droit à l'assistance d'un avocat conformément au par. 24(2) de la *Charte* reflète ce que les juges de paix présidant les enquêtes préliminaires sont déjà appelés à faire lorsqu'ils écartent une confession involontaire en vertu de la common law. De fait, puisque l'on examine déjà, à l'enquête préliminaire, les divers aspects de toutes les violations de la *Charte*, on pourrait soutenir que le juge présidant une enquête préliminaire doit être autorisé à écarter, en application du par. 24(2), des éléments de preuve découlant de toute violation de la *Charte* (et non seulement les déclarations auto-incriminantes obtenues en violation de la *Charte*). Par sa portée limitée, la présente décision ne fait qu'appliquer « un principe existant à des circonstances nouvelles ».

B. *Atténuation de la portée d'un arrêt par des décisions subséquentes*

Dans l'arrêt *Bernard*, précité, le juge en chef Dickson a rappelé que notre Cour avait jugé que, dans le cas où la portée d'un arrêt est atténuée

ate to overrule the earlier decision (pp. 855-56). As well, academic criticism may be considered as Dickson C.J. did in *Bernard*.

Mills has been subject to criticism. In a case annotation published shortly after *Mills* was decided ((1986), 52 C.R. (3d) 1), Professor D. Stuart stated, at pp. 7-8:

What is troublesome, however, is the majority conclusion reached by McIntyre J. and La Forest J. that a justice at the preliminary inquiry cannot exclude evidence pursuant to s. 24(2) by reason of a Charter violation in the obtaining of that evidence. Although the justice's function is restricted to determining whether there is sufficient evidence to warrant a committal for trial, this power has traditionally and consistently been interpreted as referring to legally admissible evidence. The voluntariness of admissions and other evidentiary issues which can result in exclusion have always been viewed as part of the justice's function. While it may be justifiable to remove some Charter issues from the scope of the justice's consideration, those which relate directly and specifically to the admissibility of evidence seem appropriately to fit within the justice's function. This is particularly true when one remembers Estey J.'s admonition in *Skogman* . . . in which he stressed the importance of the justice's role in ensuring that accused persons not be subjected to the rigours of the trial process and the resources of the state when available admissible evidence does not warrant it. The explanation offered by McIntyre J., which links the application of s. 24(2) to "proceedings under s. 24(1)" . . ., is a tenuous thread with which to sew up this issue. The notion of committing on inadmissible evidence is a strange one.

Certain illogical implications stem from *Mills*. For example, suppose two accused persons, A and B, are charged with the same indictable offence, after which a plain, serious and obvious *Charter* violation has occurred. A elects to forego a preliminary inquiry, choosing instead to be tried by a provincial court judge, who is required to apply *Charter* remedies and may exclude evidence pursu-

par des décisions subséquentes, il pourrait être opportun de renverser l'arrêt en question (p. 855-856). Les critiques doctrinales peuvent également être prises en considération, comme l'a fait le juge en chef Dickson dans l'arrêt *Bernard*.

L'arrêt *Mills* a fait l'objet de critiques. Dans une annotation accompagnant le texte de l'arrêt *Mills* publiée dans (1986), 52 C.R. (3d) 1, le professeur D. Stuart a dit ce qui suit, aux p. 7-8 :

[TRADUCTION] Cependant, l'aspect troublant est la conclusion qu'ont tirée les juges McIntyre et La Forest et qui a rallié la majorité, savoir que le juge président une enquête préliminaire ne peut, en application du par. 24(2), écarter des éléments de preuve pour le motif qu'on aurait violé la Charte en les recueillant. Bien que la fonction du juge de l'enquête préliminaire se limite à déterminer si la preuve est suffisante pour justifier le renvoi à procès, l'exercice de ce pouvoir a traditionnellement et invariablement été interprété comme visant la preuve légalement admissible. On a toujours considéré que l'examen du caractère volontaire des aveux ainsi que d'autres questions susceptibles de donner lieu à l'exclusion de certains éléments de preuve faisait partie des fonctions du juge de l'enquête préliminaire. Bien qu'il puisse être justifié de soustraire certaines questions relatives à la Charte au champ visé par l'examen du juge de l'enquête préliminaire, les questions qui se rattachent directement et spécifiquement à l'admissibilité d'éléments de preuve semblent cadrer de façon appropriée avec le rôle du juge de l'enquête préliminaire. C'est particulièrement vrai lorsqu'on se rappelle la directive du juge Estey dans l'arrêt *Skogman* [. . .] où ce dernier a insisté sur l'importance du rôle du juge de l'enquête préliminaire, qui consiste à veiller à ce qu'un prévenu ne soit pas assujéti, lorsque la preuve admissible ne le justifie pas, aux rigueurs d'un procès où l'État met ses ressources à contribution contre lui. L'explication du juge McIntyre, qui subordonne l'application du par. 24(2) à l'existence d'« une instance visée au par. 24(1) » [. . .], est un argument bien mince pour résoudre toute cette question. L'idée d'un renvoi à procès prononcé sur le fondement d'éléments de preuve inadmissibles est étrange.

Certaines conséquences illogiques découlent de l'arrêt *Mills*. Par exemple, supposons que deux personnes, A et B, soient accusées du même acte criminel, qui aurait été suivi d'une violation évidente et grave de la *Charte*. A renonce à la tenue d'une enquête préliminaire et choisit plutôt d'être jugé par un juge de la cour provinciale, lequel est tenu d'accorder les réparations prévues par la *Charte* et

ant to s. 24(2) of the *Charter*. On the afternoon of the same day, B appears before the same provincial court judge for a preliminary inquiry hearing. The judge is prohibited from ruling on *Charter* violations, so the violations found in A's morning trial must await trial in B's case, where a different judge will presumably exclude evidence in the same way it was excluded for the other accused. Nothing is achieved by the process, other than wasting judicial time and resources, and delaying the *Charter* remedies to which the accused is entitled. One judge commented on the anomaly, wondering whether a provincial court judge is required "to admit such evidence at the preliminary knowing full well that it will have to be excluded at trial" (*Grossi, supra*, at p. 281).

peut écarter des éléments de preuve en application du par. 24(2) de la *Charte*. Le même jour, dans l'après-midi, B comparaît devant le même juge de la cour provinciale pour l'enquête préliminaire. Comme il est interdit au juge de statuer sur les violations de la *Charte*, les violations dont l'existence a été établie au cours du procès de A dans la matinée ne pourront être examinées qu'au procès de B, dans le cadre duquel un juge différent écartera vraisemblablement les éléments de preuve, tout comme ils l'ont été dans le cas de l'autre accusé. Cette façon de faire ne donne rien, si ce n'est gaspiller le temps et les ressources du tribunal et retarder l'obtention par l'accusé des réparations auxquelles il a droit. Un juge a commenté cette anomalie, se demandant si un juge de la cour provinciale est tenu [TRADUCTION] « d'admettre de tels éléments de preuve à l'enquête préliminaire, tout en sachant fort bien qu'ils devront être écartés au procès » (*Grossi*, précité, p. 281).

119 Finally, as previously explained, *Mills* has been attenuated by the tendency to have all aspects of potential *Charter* violations explored at a preliminary inquiry, even where the Crown's case satisfies the test for committal (*R. (L.)*, *supra*; *Dawson*, *supra*).

Enfin, comme je l'ai expliqué précédemment, la portée de l'arrêt *Mills* a été atténuée par la tendance des tribunaux à examiner, à l'enquête préliminaire, les divers aspects des violations potentielles de la *Charte*, même lorsque la preuve du ministère public satisfait au critère applicable en matière de renvoi à procès (*R. (L.)*, précité, et *Dawson*, précité).

C. *The Change Reflects a Better Understanding of the Charter*

C. *Le changement reflète une meilleure compréhension de la Charte*

120 If this Court's understanding of the *Charter* develops over time, changes should be made to rules that are inconsistent with that present understanding. The analysis is closely related to the idea that where a decision has been attenuated by subsequent decisions, it may be appropriate to overrule the decision.

Si la compréhension que notre Cour a de la *Charte* évolue au fil des ans, des changements devraient en conséquence être apportés aux règles qui sont incompatibles avec cette compréhension. Ce raisonnement s'apparente étroitement à l'idée que, dans les cas où la portée d'un arrêt a été atténuée par des décisions subséquentes, il pourrait être opportun de renverser cet arrêt.

121 In 1986, when *Mills* was decided, s. 24(2) was not yet well understood. This Court's first ruling on s. 24(2) of the *Charter* which was in its infancy occurred one year before *Mills*, in *R. v. Therens*, [1985] 1 S.C.R. 613. Important cases on the meaning of s. 24(2) like *R. v. Collins*, [1987] 1 S.C.R. 265, had not yet been decided. All of which may explain the Court's apprehension in 1986 in moving

En 1986, lorsque l'arrêt *Mills* a été rendu, le par. 24(2) n'était pas encore bien compris. Le premier jugement de notre Cour sur le par. 24(2) de la *Charte* — qui n'existait que depuis quelques années — fut l'arrêt *R. c. Therens*, [1985] 1 R.C.S. 613, rendu une année avant l'arrêt *Mills*. Des arrêts importants sur l'interprétation du par. 24(2), par exemple *R. c. Collins*, [1987] 1 R.C.S.

too quickly to recognize provincial courts as courts of competent jurisdiction for purposes of applying *Charter* remedies.

Today, with close to 20 years of case law on the issue of whether evidence should be excluded pursuant to the *Charter*, the rules are much better understood. Guided by this substantial case law, preliminary inquiry justices are well placed to decide whether to exclude evidence pursuant to the *Charter* in a fair manner that corresponds to the law.

Distilled to the narrow exception carved out in these reasons — self-incriminating statements obtained contrary to the *Charter* — our understanding of s. 24(2) has substantially developed since 1986, when *Mills* was decided. As previously mentioned, this Court has held that generally, if an accused's statement is obtained in violation of *Charter* rights, self-incriminating evidence will be excluded under s. 24(2) without the need for much further inquiry. The *obiter* analysis of s. 24(2) in *Mills* should be modified to comply with our present understanding of the circumstances under which self-incriminating evidence is excluded pursuant to s. 24(2) of the *Charter*.

VI. Conclusion

I conclude that a preliminary inquiry hearing, by virtue of its function and structure, is an appropriate forum for excluding statements obtained contrary to the *Charter*. At preliminary inquiries, counsel routinely investigate *Charter* issues not strictly related to the test for committal, largely because Parliament did not intend relevant questions to be limited to the test for committal. Section 542 of the *Code* requires preliminary inquiry justices to be satisfied beyond a reasonable doubt that confessions are voluntary. In determining whether a confession is voluntary, justices look at all the circumstances. In so doing, preliminary inquiry justices become

265, n'avaient pas encore été rendus. Tout cela peut expliquer l'appréhension qu'avait notre Cour, en 1986, à reconnaître trop rapidement les cours provinciales comme des tribunaux compétents pour accorder des réparations en vertu de la *Charte*.

Aujourd'hui, avec près de 20 ans de jurisprudence sur la question de savoir si des éléments de preuve devraient être écartés en application de la *Charte*, les règles sont beaucoup mieux comprises. Guidés par cette abondante jurisprudence, les juges présidant les enquêtes préliminaires sont bien placés pour décider d'une manière équitable et conforme au droit s'il y a lieu d'écartier des éléments de preuve en application de la *Charte*.

Réduite à l'exception restreinte énoncée dans les présents motifs — savoir les déclarations auto-incriminantes obtenues en violation de la *Charte* — notre compréhension du par. 24(2) a beaucoup évolué depuis l'arrêt *Mills* en 1986. Comme je l'ai mentionné précédemment, notre Cour a conclu que, en règle générale, si la déclaration de l'accusé a été obtenue en violation des droits que lui garantit la *Charte*, l'élément de preuve auto-incriminant est écarté en vertu du par. 24(2), sans qu'il soit nécessaire de procéder à un examen plus approfondi. Il y a lieu de modifier l'analyse du par. 24(2) formulée en remarque incidente dans l'arrêt *Mills* pour la rendre compatible avec notre compréhension actuelle des circonstances justifiant l'exclusion d'une preuve auto-incriminante en application du par. 24(2) de la *Charte*.

VI. Conclusion

Je conclus que, de par sa fonction et sa structure, l'enquête préliminaire est un forum approprié pour prononcer l'exclusion de déclarations obtenues en violation de la *Charte*. À l'enquête préliminaire, les avocats débattent fréquemment de questions relatives à la *Charte* qui ne se rattachent pas strictement au critère applicable en matière de renvoi à procès, et ce dans une large mesure parce que le Parlement n'entendait pas que des questions pertinentes ne soient examinées que dans le cours de l'application de ce critère. Suivant l'art. 542 du *Code*, le juge de l'enquête préliminaire doit être convaincu hors de tout doute raisonnable du caractère volontaire des

122

123

124

sufficiently informed to determine *Charter* violations and to determine whether self-incriminating evidence should be excluded pursuant to s. 24(2) of the *Charter*.

125 Consequently, I would allow the appeal.

Appeal dismissed, IACOBUCCI, MAJOR, BINNIE and ARBOUR JJ. dissenting.

Solicitors for the appellant: Lewis, Day, St. John's.

Solicitor for the respondent: The Department of Justice, St. John's.

Solicitor for the intervener the Attorney General of Canada: The Attorney General of Canada, Ottawa.

Solicitor for the intervener the Attorney General for Ontario: The Ministry of the Attorney General, Toronto.

Solicitor for the intervener the Attorney General of Manitoba: The Department of Justice, Winnipeg.

Solicitor for the intervener the Attorney General of British Columbia: The Ministry of the Attorney General, Vancouver.

Solicitor for the intervener the Attorney General for Alberta: The Department of Justice, Edmonton.

confessions. Lorsqu'il décide si une confession a été faite volontairement, le juge de l'enquête préliminaire tient compte de toutes les circonstances. Cela lui permet de recueillir suffisamment d'informations pour être à même de décider s'il y a eu violation de la *Charte* et si des éléments de preuve auto-incriminants doivent être écartés en application du par. 24(2) de la *Charte*.

En conséquence, j'accueillerais le pourvoi.

Pourvoi rejeté, les juges IACOBUCCI, MAJOR, BINNIE et ARBOUR sont dissidents.

Procureurs de l'appellant : Lewis Day, St. John's.

Procureur de l'intimée : Le ministère de la Justice, St. John's.

Procureur de l'intervenant le procureur général du Canada : Le procureur général du Canada, Ottawa.

Procureur de l'intervenant le procureur général de l'Ontario : Le ministère du Procureur général, Toronto.

Procureur de l'intervenant le procureur général du Manitoba : Le ministère de la Justice, Winnipeg.

Procureur de l'intervenant le procureur général de la Colombie-Britannique : Le ministère du Procureur général, Vancouver.

Procureur de l'intervenant le procureur général de l'Alberta : Le ministère de la Justice, Edmonton.