

---

## *Grandeur et misère du recours en exclusion de la preuve pour des motifs d'ordre constitutionnel*

---

Yves de Montigny\*

L'auteur traite des fondements et de l'application du recours en exclusion de la preuve exposé au paragraphe 24(2) de la *Charte canadienne des droits et libertés*.

Jusqu'en 1982, les règles de preuve applicables au Canada avaient davantage pour but de favoriser la détection des criminels que l'équité du processus pénal. Avec le paragraphe 24(2), il est établi que la recherche de la vérité et la punition des coupables seront dorénavant subordonnées dans une certaine mesure au respect des droits constitutionnels enchâssés aux articles 7 à 14 de la *Charte*.

Il appert du libellé même dans lequel est formulée la règle canadienne que des éléments de preuve ne pourront être écartés du seul fait qu'ils ont été obtenus dans des conditions qui portent atteinte aux droits et libertés garantis par la *Charte* ; pour bénéficier de cette mesure, la victime devra établir par surcroît que «leur utilisation est susceptible de déconsidérer l'administration de la justice».

Les effets que pourrait avoir l'exclusion d'une preuve sur la considération dont jouit l'administration de la justice sont un facteur dont doivent tenir compte les tribunaux. Il faudra prendre en considération non seulement la gravité de la violation commise par les policiers mais également celle de la nature de l'infraction reprochée à l'inculpé. Cependant, l'appréciation de ces critères ouvre la porte à des décisions basées sur l'arbitraire et sur l'échelle de valeurs particulières de chaque juge.

L'auteur conclut en souhaitant le maintien d'une certaine souplesse dans les rapports entre les droits individuels et les intérêts collectifs, mais en rappelant que le travail d'équilibrage confié au pouvoir judiciaire doit se faire sur la base de principes clairs et bien articulés.

The author examines the underlying principles and the application of the rule in subsection 24(2) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* providing for the exclusion of evidence.

Up until 1982, Canadian rules of evidence favoured the prosecution of criminals rather than the promotion of procedural fairness. With the advent of section 24(2), the search for truth and the punishment of the guilty were, to a certain extent, subordinated to respect for the constitutional rights entrenched in sections 7 to 14 of the *Charter*.

It is apparent from the wording of subsection 24(2) that evidence will not be excluded merely because it was obtained in a manner that infringed *Charter*-protected rights. To benefit from the protection, the accused must establish that inclusion of the evidence would tend to bring the administration of justice into disrepute.

The courts must consider the effect that exclusion of evidence will have on the reputation of the administration of justice. They must be concerned not only with the seriousness of the *Charter* breach by police, but also with the nature of the charge against the accused. Consideration of these two factors opens the door to arbitrary decisions based on a judge's particular values.

The author concludes with the hope that the relationship between individual and collective rights will remain flexible. He also notes, however, that the judiciary's balancing of those interests must be based on clearly articulated principles.

---

\* Professeur de droit à l'Université d'Ottawa.

© Revue de droit de McGill

McGill Law Journal 1995

Mode de référence : (1995) 40 R.D. McGill 103

To be cited as : (1995) 40 McGill L.J. 103

---

*Sommaire*

**Introduction**

**I. Le fondement théorique du principe d'exclusion**

*A. Une genèse laborieuse*

*B. Les divers fondements possibles du pouvoir d'exclusion*

*C. La réputation de l'administration de la justice, un critère univoque ?*

**II. La mise en œuvre du principe d'exclusion**

*A. Des éléments de preuve «obtenus dans des conditions» qui portent atteinte aux droits ou libertés garantis par la Charte*

*B. Des éléments de preuve dont l'utilisation serait susceptible de déconsidérer l'administration de la justice*

1. La preuve de nature auto-incriminante
  - a. Considérations préliminaires*
  - b. Caractère quasi automatique de l'exclusion*
  - c. La qualification de la preuve*
2. La preuve «matérielle»
3. Les effets de l'exclusion de la preuve

**Conclusion**

---

## Introduction

L'enchâssement des droits fondamentaux n'a de sens que dans la mesure où leur violation se traduit par des sanctions effectives. À ce chapitre, la *Charte canadienne des droits et libertés*<sup>1</sup> innove par rapport à la *Déclaration canadienne des droits*<sup>2</sup> et se démarque du *Bill of Rights* américain<sup>3</sup> en prévoyant explicitement deux types de recours dont pourront se prévaloir devant les tribunaux les personnes ayant subi une atteinte à leurs droits ou à leurs libertés. Le paragraphe 24(1) autorise un tribunal compétent à octroyer toute réparation qu'il «estime convenable et juste eu égard aux circonstances». Le paragraphe 24(2) ajoute que ce même tribunal peut également écarter des éléments de preuve obtenus en contravention de la *Charte* s'il est établi «que leur utilisation est susceptible de déconsidérer l'administration de la justice».

Bien entendu, ces voies de redressement n'excluent pas la possibilité de contester la validité même d'une disposition qui enfreindrait les droits d'un individu. La *Charte* fait assurément partie de la Constitution du Canada et rend «inopérantes», à ce titre, «les dispositions incompatibles de toute autre règle de droit»<sup>4</sup>. Plus souvent qu'autrement, cette suprématie emportera l'invalidation pure et simple du texte législatif ou réglementaire jugé non conforme aux prescriptions du Constituant. Toutefois, dans l'hypothèse où le conflit ne serait pas irréductible, les tribunaux pourront exceptionnellement se prévaloir de certaines techniques pour atténuer les effets de leur jugement. Ainsi le tribunal pourra-t-il s'appuyer sur la divisibilité des lois pour retrancher les mots d'une disposition ou les articles d'un texte législatif qui posent problème, dans la

---

<sup>1</sup> *Charte canadienne des droits et libertés*, Partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, constituant l'annexe B de la *Loi de 1982 sur le Canada* (R.-U.), 1982, c. 11 [ci-après *Charte*].

<sup>2</sup> L.C. 1960, c. 44. Non seulement cet instrument législatif ne remettait-il pas en question le principe de la souveraineté parlementaire, mais encore l'absence de sanction devait-elle réduire à néant l'impact qu'il aurait pu avoir sur l'activité infra-législative. On en eut d'ailleurs une confirmation éclatante dans l'arrêt *Hogan c. R.* (1974), [1975] 2 R.C.S. 574, 18 C.C.C. (2<sup>e</sup>) 65 [ci-après *Hogan* avec renvois aux R.C.S.]. Dans cette affaire, une majorité de la Cour suprême en vint à la conclusion que le résultat d'un test d'ivressomètre obtenu en violation du droit à l'avocat était néanmoins recevable parce que la *Déclaration canadienne des droits* n'avait pas écarté les règles de *common law* gouvernant l'admissibilité des preuves.

<sup>3</sup> Contrairement à leurs homologues canadiens, les juges américains ont dû faire preuve d'une certaine dose d'activisme pour adjoindre des conséquences juridiques défavorables au non-respect de certaines garanties fondamentales. Il en est résulté une règle d'exclusion jurisprudentielle, dont la genèse a fait l'objet d'un certain flottement et dont le développement est tributaire des courants idéologiques dominants à la Cour suprême.

<sup>4</sup> *Loi constitutionnelle de 1982*, constituant l'annexe B de la *Loi de 1982 sur le Canada* (R.-U.), 1982, c. 11, art. 52.

mesure où une telle excision ne dénature pas la volonté du législateur. De même lui sera-t-il loisible de donner une interprétation atténuée<sup>5</sup> à une mesure de façon à en réduire la portée et à exclure de son domaine d'application les activités protégées par la *Charte*<sup>6</sup>. Plus problématique est cet autre expédient qui consiste à introduire dans la loi des exigences qui ne s'y trouvent pas pour en préserver la validité constitutionnelle<sup>7</sup>. Enfin, il est théoriquement permis à un tribunal d'en arriver à une déclaration d'invalidité limitée aux effets inconstitutionnels de la loi litigieuse. Ce dernier assouplissement du jugement d'inconstitutionnalité, qui s'apparente à plusieurs égards à la déclaration d'ineffectivité que dicte un conflit entre deux normes<sup>8</sup>, a connu peu de succès

<sup>5</sup> On réfère souvent à ce procédé en utilisant l'expression anglaise «reading down».

<sup>6</sup> Il est vrai que ces techniques ont été développées dans un autre contexte et prennent appui sur une présomption de constitutionnalité que la Cour suprême a semblé vouloir écarter lorsque s'élève une contestation fondée sur la *Charte* (voir *Manitoba (P.G.) c. Metropolitan Stores (MTS) Ltd.*, [1987] 1 R.C.S. 110, 38 D.L.R. (4<sup>e</sup>) 321). Les tribunaux y ont néanmoins eu recours lorsque les circonstances s'y prêtaient : voir les arrêts cités par le professeur P. Béliveau dans son ouvrage, *Les garanties juridiques dans les Chartes des droits*, Montréal, Thémis, 1991 aux pp. 132-38. Voir aussi, eu égard à l'interprétation atténuée, la récente décision de la Cour suprême dans l'arrêt *R. c. Grant*, [1993] 3 R.C.S. 223, 84 C.C.C. (3<sup>e</sup>) 173.

<sup>7</sup> Sans doute parce qu'il fait davantage ressortir la fonction normative du juge, ce procédé (auquel on réfère en anglais par l'expression «reading in») n'a été utilisé qu'avec beaucoup de circonspection par les juges. Tout à fait caractéristique de cette attitude prudente est la décision rendue par la Cour suprême dans l'arrêt *Hunter c. Southam Inc.*, [1984] 2 R.C.S. 145, 11 D.L.R. (4<sup>e</sup>) 641 [ci-après *Hunter*]. Invité à suppléer aux carences de la *Loi relative aux enquêtes sur les coalitions*, L.R.C. 1985, c. C-34, en matière de perquisition et de saisie, M. le juge Dickson écrivit :

Même si les tribunaux sont les gardiens de la Constitution et des droits qu'elle confère aux particuliers, il incombe à la législature d'adopter des lois qui contiennent les garanties appropriées permettant de satisfaire aux exigences de la Constitution. Il n'appartient pas aux tribunaux d'ajouter les détails qui rendent constitutionnelles les lacunes législatives (*Hunter, ibid.* à la p. 169).

En fait, le pouvoir judiciaire ne se prévaut de cette possibilité que dans les cas exceptionnels où l'on peut circonscrire dans l'abstrait et de façon limitative les exigences qui rendraient la loi valide. Voir à cet égard l'arrêt *R. c. Schachter*, [1992] 2 R.C.S. 679, 93 D.L.R. (4<sup>e</sup>) 1.

<sup>8</sup> Dans un article remarquable, le professeur P.-A. Côté a soutenu que l'incompatibilité qui peut exister entre une loi et la *Charte* en est une de type «conflit de lois» plutôt que de type «excès de pouvoir» parce que cette dernière énonce des règles de fond et non des pouvoirs habilitants tels que l'on en retrouve aux art. 91 à 95 de la *Loi constitutionnelle de 1867* (R.-U.), 30 & 31 Vict., c. 3. La première forme d'incompatibilité étant généralement sanctionnée par la technique de la prépondérance, la loi qui contrevient à la *Charte* devrait en toute logique être privée d'effet et non pas déclarée nulle. Force nous est cependant de constater que la jurisprudence, malgré la rigueur de cette argumentation, y a très peu fait écho jusqu'à ce jour. Il faut dire qu'en pratique, comme le reconnaît d'ailleurs l'auteur, la déclaration d'invalidité limitée aux effets inconstitutionnels et la déclaration d'inefficacité en raison d'un conflit quant aux effets ont tendance à se confondre. Voir P.-A. Côté, «La préséance de la Charte canadienne des droits et libertés» (1984) 18 R.J.T. 105.

jusqu'à ce jour au Canada. Peut-être en raison de l'incertitude qu'elle pourrait engendrer, cette approche ne semble pas devoir retenir davantage l'attention des tribunaux depuis 1982 ; on semble au contraire préférer une interprétation des droits qui met l'accent sur leur caractère absolu et en vertu de laquelle ne seront tolérées que les restrictions qui peuvent abstraitement et globalement se justifier en faisant appel à des politiques législatives<sup>9</sup>.

Quoiqu'il en soit, l'expérience démontre que la violation des droits garantis par les articles 8 à 10 de la *Charte* découle plus souvent qu'autrement d'un comportement fautif des forces de l'ordre ou des fonctionnaires de l'État dans la mise en œuvre d'une loi par ailleurs valide. Dans un tel scénario, le recours fondé sur l'article 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982* ne sera plus d'aucune utilité pour le citoyen lésé, et c'est vers l'article 24 qu'il devra obligatoirement se tourner pour assurer le respect de ses droits<sup>10</sup>.

Comme l'a fort habilement démontré le professeur Morel, les réparations (s'il en est) que commandent les atteintes à cette catégorie de droits seront nécessairement de nature compensatoire et non à caractère restitutoire<sup>11</sup>. D'abord parce que l'on ne peut remédier au préjudice causé par l'écoulement d'un certain laps de temps lorsque la célérité participe du droit lui-même<sup>12</sup> ; et ensuite parce que l'on ne peut supprimer l'outrage que subit une personne dont on a illégalement violé l'intimité ou la dignité<sup>13</sup>. C'est dire que la seule

---

Voir aussi F. Chevrette et A. Morel, «La protection constitutionnelle contre les abus de la police» (1989) 23 R.J.T. 449 aux pp. 451-65.

<sup>9</sup> À cet égard, il est instructif de comparer les arrêts *R. c. Ladouceur* (1987), 20 O.A.C. 1, 35 C.C.C. (3<sup>e</sup>) 240 (C.A.) [ci-après *Ladouceur*] et *Hufsky c. R.*, [1988] 1 R.C.S. 621, 40 C.C.C. (3<sup>e</sup>) 398 [ci-après *Hufsky* avec renvois aux R.C.S.]. Dans la première de ces deux affaires, M. le juge Tamopolsky en vint à la conclusion qu'une disposition législative autorisant un policier à procéder à l'arrestation de tout véhicule automobile n'était pas conforme à l'article 9 de la *Charte*, mais ne devait pas pour autant être déclarée inopérante ; il suffisait, à son avis, de décréter que les agents de la paix ne pouvaient valablement exercer ce pouvoir qu'en se fondant sur des motifs raisonnables et conformes aux exigences de la *Charte*. Dans l'arrêt *Hufsky*, par contre, la Cour suprême a également jugé contraire à l'article 9 un pouvoir discrétionnaire semblable, mais en a maintenu la validité dans toutes ses applications sur la base de l'article premier.

<sup>10</sup> Il ne faudrait pas croire que les recours fondés sur les articles 24 et 52 de la *Charte* sont mutuellement exclusifs. En effet, la personne qui conteste la validité d'une intervention policière en invoquant l'incompatibilité avec la *Charte* de la loi qui l'autorise aura intérêt à joindre les conclusions distinctes qu'autorisent ces deux dispositions.

<sup>11</sup> A. Morel, «Le droit d'obtenir réparation en cas de violation de droits constitutionnels» (1984) 18 R.J.T. 253 aux pp. 258-60.

<sup>12</sup> On songe ici, bien sûr, au droit de la personne arrêtée ou détenue d'être informée, dans les plus brefs délais, des motifs de son arrestation ou de sa détention, d'avoir recours sans délai à l'assistance d'un avocat et d'être informé de ce droit.

<sup>13</sup> De fait, on voit mal comment une personne soumise à une fouille, une perquisition ou une

réparation «convenable et juste» dans les circonstances devra prendre la forme d'une mesure destinée à neutraliser autant que faire se peut les conséquences néfastes qu'a pu entraîner le comportement fautif.

À ce chapitre, il faut bien admettre que le paragraphe 24(1) fournit bien peu de pistes aux tribunaux. Une lecture attentive de la jurisprudence permet d'ailleurs de constater que les juges ont très peu innové sur ce plan, malgré la variété des recours de type compensatoire qui peuvent être envisagés. C'est ainsi que l'on s'est refusé à prononcer l'acquiescement d'un prévenu ou à ordonner l'arrêt des procédures au seul motif que l'un ou l'autre des articles 8, 9 ou 10 de la *Charte* n'avait pas été respecté ; dans les rares instances où cette réparation a été revendiquée, l'on n'a pas manqué de souligner la disproportion et l'absence de lien qu'il y aurait entre une telle mesure et la violation du droit protégé par l'une de ces dispositions constitutionnelles<sup>14</sup>. De même a-t-on manifesté une très grande réticence à l'idée de réduire la peine de la personne condamnée pour tenir compte de l'atteinte à ses droits. Bien que M. le juge La Forest ait fait allusion à cette possibilité dans l'arrêt *Mills*<sup>15</sup>, peu de tribunaux s'en sont prévalus jusqu'à ce jour<sup>16</sup>. Reste la désapprobation, et même le blâme, que peuvent exprimer les juges dans le cadre de leurs jugements à l'endroit du travail des policiers ; sans vouloir minimiser les répercussions qu'une telle réprobation est susceptible d'entraîner, on ne saurait y voir une réparation pour le tort causé à la victime.

Somme toute, le droit pénal offre au pouvoir judiciaire un éventail assez restreint de mécanismes lorsque vient le moment de compenser l'affront subi par la personne dont les droits ont été bafoués par les policiers. Tant et si bien que le recours en dommages-intérêts devant la juridiction civile peut être perçue comme la seule avenue prometteuse<sup>17</sup>. On y a effectivement donné suite

---

saisie abusives, à une détention ou à un emprisonnement arbitraires, ou à qui l'on a refusé le droit de consulter un avocat, pourrait être replacée dans l'état où elle se trouvait avant l'un ou l'autre de ces événements.

<sup>14</sup> Voir *R. c. Stagg* (1987), 67 Nfld. & P.E.I.R. 100, 7 M.V.R. (2<sup>e</sup>) 283 (C.S. (1<sup>er</sup> inst.) T.-N.) ; *R. c. Cutforth* (1987), 81 A.R. 213, 40 C.C.C. (3<sup>e</sup>) 253 (C.A.) ; *Davidson c. R.* (1988), 88 N.S.R. (2<sup>e</sup>) 271, 46 C.C.C. (3<sup>e</sup>) 403 (C.S.D.A.) ; *R. c. Erickson* (1984), 56 B.C.L.R. 247, 13 C.C.C. (3<sup>e</sup>) 269 (C.A.).

<sup>15</sup> *Mills c. R.*, [1986] 1 R.C.S. 863 à la p. 974, 29 D.L.R. (4<sup>e</sup>) 161 [ci-après *Mills* avec renvois aux R.C.S.].

<sup>16</sup> Cette forme de réparation a néanmoins été retenue par la Cour d'appel de Saskatchewan dans les arrêts *Stannard c. R.* (1989), 79 Sask. R. 257, 52 C.C.C. (3<sup>e</sup>) 544 (C.A.) et *R. c. Charles* (1987), 61 Sask. R. 166, 36 C.C.C. (3<sup>e</sup>) 286 (C.A.).

<sup>17</sup> Est-il besoin de mentionner que c'est la seule alternative qui s'offre à la victime contre laquelle aucune poursuite n'est intentée à la suite de l'enquête policière.

dans un certain nombre d'affaires<sup>18</sup>, encore une fois à l'invitation même de la Cour suprême<sup>19</sup>. Toutefois, les nombreux obstacles auxquels se heurtera inévitablement l'instigateur d'un tel recours n'en font pas une solution de rechange véritablement attrayante. D'abord parce que les individus ayant eu à subir un procès criminel seront peu enclins à se frotter de nouveau à la justice, ne serait-ce que dans le cadre d'une instance civile<sup>20</sup>; ensuite parce que l'inculpé dont on aura reconnu la culpabilité aura beaucoup de difficulté à convaincre un juge que la violation de ses droits fondamentaux lui a causé un dommage important. Enfin parce que la fluidité de ce dommage se traduira le plus souvent par une compensation monétaire dont le montant sera fort réduit, ce qui refroidira d'autant les vellétés d'éventuels poursuivants. Sans compter qu'une institutionnalisation du recours en dommages-intérêts pourrait créer la dangereuse illusion qu'il est loisible au gouvernement de violer les garanties juridiques s'il est disposé à y mettre le prix.

Qu'en est-il alors de l'exclusion des éléments de preuve qui auraient été obtenus dans des conditions qui portent atteinte aux droits et libertés garantis par la *Charte*? S'agit-il de l'une de ces réparations convenables et justes auxquelles fait allusion le paragraphe 24(1)? Si tel était le cas, il faudrait conclure que le paragraphe 24(2) impose l'*obligation* d'écarter des éléments de preuve si leur utilisation est susceptible de déconsidérer l'administration de la justice, tandis que le paragraphe 24(1) confère le *pouvoir discrétionnaire* de les écarter si le tribunal estime convenable et juste de le faire eu égard aux circonstances. Cette position, parfaitement soutenable, a d'abord emporté l'adhésion d'un certain nombre de tribunaux. Au nombre des arguments mis de l'avant par les tenants de cette thèse, on a d'abord fait valoir que le Constituant aurait pu préciser, si telle avait été son intention, que la preuve devait être exclue *seulement* si son utilisation était susceptible de déconsidérer la justice. Qui plus est, l'exclusion de la preuve constituerait souvent la seule réparation effective pour l'accusé dont on a bafoué les droits; retirer au juge du procès la possibilité de rendre une ordonnance en ce sens sauf dans les cas où

---

<sup>18</sup> Voir par ex. *Lord c. Allison* (1986), 3 B.C.L.R. (2<sup>e</sup>) 300 (C.S. C.-B.); *Crossman c. R.* (1984), 9 D.L.R. (4<sup>e</sup>) 588, 12 C.C.C. (3<sup>e</sup>) 547 (C.F. (1<sup>re</sup> inst.)); *Bertram S. Miller Ltd. c. R.*, [1985] 1 C.F. 72, 18 D.L.R. (4<sup>e</sup>) 600 (1<sup>re</sup> inst.); *Johnson c. Ontario (Ministre du Revenu)* (1990), 75 O.R. (2<sup>e</sup>) 558, 73 D.L.R. (4<sup>e</sup>) 661 (C.A.); *R.G.F. c. R.* (1991), 90 Nfld. & P.E.I.R. 113, 5 C.R.R. (2<sup>e</sup>) 62 (C.S. (1<sup>re</sup> inst.) T.-N.); *Collin c. Lussier*, [1983] 1 C.F. 218, 6 C.R.R. 89 (1<sup>re</sup> inst.).

<sup>19</sup> *Mills*, *supra* note 16, M. le juge Lamer aux pp. 883, 886, 948 et M. le juge La Forest à la p. 971. Voir aussi *Rahey c. R.*, [1987] 1 R.C.S. 588 à la p. 615, 33 C.C.C. (3<sup>e</sup>) 289; *Nelles c. R.*, [1989] 2 R.C.S. 170 aux pp. 195-96, 60 D.L.R. (4<sup>e</sup>) 609.

<sup>20</sup> L'arrêt *Mills* a clairement établi que seuls les tribunaux de juridiction civile pouvaient octroyer une réparation sous forme de dommages-intérêts.

l'administration de la justice est en cause, ajoutait-on, condamnerait l'accusé à ne jouir bien souvent que de droits purement théoriques. Pour éviter ce résultat, un juge n'aurait d'autre alternative que de décréter l'arrêt des procédures, une réparation paradoxalement beaucoup plus draconienne que l'exclusion d'une preuve<sup>21</sup>.

D'autres ont tiré parti du contexte historique dans lequel a été adopté l'article 24 pour en arriver à la même conclusion. M. le juge Lambert, pour un, a rappelé dans l'arrêt *R. c. Gladstone*<sup>22</sup> que la Cour suprême du Canada avait explicitement limité la discrétion que possède un juge d'écarter une preuve aux seuls cas qui mettent en cause la réputation de l'administration de la justice ; ce faisant, il rejetait du même coup la position plus libérale de la Cour d'appel de l'Ontario, selon laquelle ce pouvoir aurait également pu être utilisé afin d'assurer un procès équitable à l'accusé<sup>23</sup>. En vertu de quelle logique, poursuit-il, la Constitution consacrerait-elle l'argument des deux fondements de l'exclusion que la Cour suprême a écarté et relèguerait-elle au statut d'une simple règle de preuve cet autre fondement par ailleurs reconnu comme faisant partie du droit canadien ? Or, c'est précisément la situation qui prévaudrait si la discrétion qu'accorde aux juges le paragraphe 24(1) ne leur permettait pas d'exclure une preuve s'ils estiment convenable et juste de le faire<sup>24</sup>.

Malgré l'attrait de ces divers arguments, c'est la thèse contraire que devait ultimement retenir la Cour suprême à l'occasion de l'affaire *Therens*<sup>25</sup>. S'en remettant essentiellement au libellé et à l'économie générale de l'article 24, les

---

<sup>21</sup> Ce sont les juges Tallis et Bayda, de la Cour d'appel de Saskatchewan, qui ont exposé ces arguments de la façon la plus convaincante à l'occasion de l'arrêt *R. c. Therens* (1983), 23 Sask. R. 81, 5 C.C.C. (3<sup>e</sup>) 409 (C.A.).

<sup>22</sup> (1985), 47 C.R. (3<sup>e</sup>) 289, 22 C.C.C. (3<sup>e</sup>) 151 (C.A. C.-B.) [ci-après *Gladstone*].

<sup>23</sup> Voir *R. c. Wray* (1970), 2 O.R. 3, 3 C.C.C. 122 (C.A.) inf. par (1970), [1971] R.C.S. 272, 4 C.C.C. 1 [ci-après *Wray* avec renvois aux R.C.S.].

<sup>24</sup> Cette interprétation de l'intention présumée du Constituant ne fait cependant pas l'unanimité. Au dire du professeur Morissette, c'est la volonté de rompre avec le passé et d'introduire dans le droit canadien un véritable principe d'exclusion de la preuve qui expliquerait l'apparition dans la *Charte* d'une disposition qui singularise cette forme de réparation en la traitant spécifiquement. Selon l'auteur, cette vision des choses a le mérite de s'accorder parfaitement avec la règle d'interprétation voulant que la disposition traitant de la portion d'un tout doive l'emporter sur la disposition qui porte plus généralement sur le tout chaque fois que le problème soulevé se rattache à la fraction sur laquelle porte le texte plus circonscrit (Y.-M. Morissette, «The Exclusion of Evidence under the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*: What To Do and What Not To Do» (1984) 29 R.D. McGill 521).

<sup>25</sup> *R. c. Therens*, [1985] 1 R.C.S. 613, 18 C.C.C. (3<sup>e</sup>) 481 [ci-après *Therens* avec renvois aux R.C.S.].



six juges qui ont accepté de se prononcer sur la question<sup>26</sup> en sont venus à la conclusion que seul le deuxième paragraphe de cette disposition permet d'écarter des éléments de preuve entachés par la violation d'un droit ou d'une liberté garantis par la *Charte*. «Il est évident», d'écrire M. le juge Le Dain, «qu'en faisant suivre du par. 24(2), qui prévoit expressément l'exclusion d'éléments de preuve, les dispositions générales du par. 24(1), les rédacteurs de la *Charte* ont voulu que ce redressement particulier soit régi entièrement par les termes du par. 24(2)»<sup>27</sup>.

Pourtant, rien n'est moins certain. Il est vrai qu'en reconnaissant aux tribunaux la capacité d'écarter une preuve à titre de mesure réparatrice, on se trouverait à créer deux critères d'exclusion, avec tout ce que cela peut comporter d'ambiguïté et de confusion. Nous ne voyons cependant pas comment la Cour peut en inférer que le paragraphe 24(2) deviendrait «lettre morte»<sup>28</sup>. Sans doute certains éléments de preuve pourraient-ils être exclus alors même que leur admission ne risquerait aucunement de porter préjudice à l'administration de la justice. En revanche, l'obligation que comporte le paragraphe 24(2) lorsque ses conditions d'application sont remplies viendrait également restreindre la marge de manœuvre du juge dans plusieurs circonstances. Par conséquent, il est difficile de voir en quoi le fait d'exclure une preuve au motif que son utilisation au procès serait inéquitable pour l'accusé pourrait «miner» et «contourner» le paragraphe 24(2), à moins de postuler que le Constituant a voulu restreindre la possibilité d'écarter une preuve aux seuls cas visés par ce paragraphe<sup>29</sup>.

---

<sup>26</sup> MM. les juges Dickson et Lamer n'ont pas jugé nécessaire d'exprimer un point de vue sur le sujet étant donné que la preuve litigieuse — le résultat d'un alcootest — devait être écartée en application du paragraphe 24(2).

<sup>27</sup> *Therens, supra* note 25 à la p. 647.

<sup>28</sup> *Ibid.* à la p. 648.

<sup>29</sup> C'est la raison pour laquelle le raisonnement de la Cour, qui tient pour l'essentiel dans le passage suivant, nous paraît quelque peu circulaire :

Il n'est guère raisonnable de prêter à ces derniers [les rédacteurs de la *Charte*] l'intention de contraindre les cours saisies d'une demande d'exclusion d'éléments de preuve à appliquer deux critères, le premier étant de savoir si l'utilisation de ces éléments est susceptible de déconsidérer l'administration de la justice et, le second, dans le cas d'une réponse négative, étant de savoir si leur exclusion est néanmoins convenable et juste eu égard aux circonstances. Il résulterait inévitablement de cet autre critère ou redressement que le par. 24(2) deviendrait lettre morte. Les rédacteurs de la *Charte* n'ont pu vouloir que la restriction explicite et délibérée adoptée qu'impose le par. 24(2) au pouvoir d'écarter des éléments de preuve en raison d'une atteinte à un droit ou à une liberté garantis soit ainsi minée ou contournée (*ibid.* aux pp. 647-48).

Bien que d'une extrême fragilité théorique, l'arrêt *Therens* fait maintenant autorité après avoir été confirmé sans autre explication à au moins deux reprises<sup>30</sup>. Il faut donc maintenant tenir pour acquis que l'exclusion d'une preuve, bien qu'il s'agisse probablement d'une réparation<sup>31</sup>, ne pourra être accordée qu'en tenant compte des exigences dégagées par la jurisprudence à partir de son exégèse du paragraphe 24(2). Est-ce à dire que les groupes de pression qui ont réclamé l'ajout de cette disposition *in extremis* ont fait fausse route<sup>32</sup> et qu'il eut mieux valu faire confiance aux juges pour développer une règle d'exclusion plus libérale dans l'exercice du pouvoir discrétionnaire que leur octroyait déjà le premier paragraphe de l'article 24 ? Se peut-il qu'en contraignant le juge à ne tenir compte que du respect pour l'administration de la justice, l'on en arrive éventuellement à une règle d'exclusion qui se distingue très peu des principes applicables avant l'entrée en vigueur de la *Charte* ? Tout

---

<sup>30</sup> Voir *Collins c. R.*, [1987] 1 R.C.S. 265, 33 C.C.C. (3<sup>e</sup>) 1 [ci-après *Collins* avec renvois aux R.C.S.] et *Strachan c. R.*, [1988] 2 R.C.S. 980, 67 C.R. (3<sup>e</sup>) 87 [ci-après *Strachan* avec renvois aux R.C.S.]. Pourtant, certains tribunaux se sont dits d'avis que l'exclusion de la preuve pourrait être ordonnée sur la base du paragraphe 24(1) lorsque l'utilisation d'un élément de preuve pourrait enfreindre les droits que la *Charte* accorde à cet accusé même si elle n'a pas été obtenue en violation des droits de l'accusé. Voir aussi *R. c. Spyker* (1990), 63 C.C.C. (3<sup>e</sup>) 125, 29 M.V.R. (2<sup>e</sup>) 41 (C.S. C.-B.) ; *R. c. Létourneau* (1994), 87 C.C.C. (3<sup>e</sup>) 481 (C.A. C.-B.).

<sup>31</sup> Le professeur Morel a soutenu que l'exclusion d'une preuve au procès ne pouvait être assimilée à une «réparation». Peu importe la finalité que l'on attribue au paragraphe 24(2), il lui apparaît inconcevable que l'inadmissibilité d'un élément de preuve puisse être perçue comme une mesure restitutive ou même compensatoire pour l'accusé. Comme il le dit lui-même,

[o]n aurait raison d'éprouver quelque inquiétude devant un système qui verrait dans l'acquiescement des accusés le moyen approprié de réparer les violations de droits constitutionnels commises à leur endroit, quelle que soit par ailleurs la satisfaction que peut ressentir celui qui est libéré de l'accusation pesant contre lui (Morel, *supra* note 11 à la p. 264).

Pour cette raison et pour d'autres, il refuse de voir dans la règle d'exclusion une simple application particulière du principe énoncé au paragraphe 24(1) ; à ses yeux, ces deux recours sont indépendants l'un de l'autre et peuvent coexister (*ibid.*). Cette lecture du concept de «réparation» est éminemment contestable et nous y reviendrons d'ailleurs un peu plus loin (voir ci-dessous le texte correspondant à la note 51 et s.). En tout état de cause, la Cour suprême ne semble pas vouloir retenir cette thèse et tout porte donc à croire que si l'exclusion de la preuve ne peut être ordonnée dans l'exercice du pouvoir discrétionnaire que prévoit le paragraphe 24(1), c'est parce que le paragraphe 24(2) en traite expressément et non parce qu'il ne s'agit pas d'une forme de réparation.

<sup>32</sup> C'est en effet sur l'insistance des groupes de pression voués à la défense et à la promotion des droits et libertés, et plus particulièrement à la suite des représentations faites par l'Association canadienne des libertés civiles devant le Comité spécial mixte du Sénat et de la Chambre des communes sur la Constitution, que fut introduit le paragraphe 24(2) dans la *Charte* dans sa version du 13 février 1981. Sur l'historique législatif de cette disposition, voir *infra* note 46.

dépendra, comme il se doit, de ce que l'on percevra être l'objectif sous-jacent à cette règle.

## I. Le fondement théorique du principe d'exclusion

### A. Une genèse laborieuse

De tout temps, les autorités chargées de faire respecter le droit criminel que s'est donné une société démocratique se sont vu confier la délicate mission de lutter contre le crime dans le respect des droits fondamentaux du citoyen. La réconciliation de ces objectifs divergents que constituent la recherche de la vérité et l'application régulière de la loi a donné lieu à des arrangements fort variés au cours des âges, et l'expérience démontre qu'il n'y a pas de modèle unique et immuable en cette matière.

Jusqu'en 1982, il est indéniable que les règles de preuve applicables au Canada avaient davantage pour but de favoriser la détection des criminels que l'équité du processus pénal. La règle d'or, telle qu'exposée dans l'arrêt *Wray*, était celle de la pertinence : tout élément de preuve, peu importe la façon dont il avait été recueilli, était en principe admissible au procès dès lors qu'il pouvait contribuer à établir la culpabilité ou l'innocence de l'accusé. Il ne pouvait donc être question d'écarter une preuve illégalement obtenue au motif que sa réception risquait de discréditer l'administration de la justice, contrairement à ce qu'avait soutenu la Cour d'appel de l'Ontario. Et si, aux yeux de la majorité, le juge de première instance a bel et bien l'autorité requise pour refuser d'admettre une preuve lorsqu'il en va de l'équité pour l'accusé, c'est dans une perspective très restrictive qu'est conçue cette exception :

Recevoir une preuve pertinente à la question en litige et de grande force probante peut avoir un effet défavorable à l'accusé, sans être inéquitable. C'est seulement le fait de recevoir une preuve fortement préjudiciable à l'accusé et dont la recevabilité tient à une subtilité, mais dont la valeur probante à l'égard de la question fondamentale en litige est insignifiante, qui peut être considéré comme inéquitable.<sup>33</sup>

---

<sup>33</sup> *Wray*, *supra* note 23 à la p. 293. Ce faisant, M. le juge Martland donnait une interprétation très étroite à ce *dictum* de Lord Goddard dans l'arrêt *Kuruma c. R.*, [1955] A.C. 197 à la p. 204, [1955] 1 All E.R. 236 (C.P.), cité par M. le juge Martland dans *Wray*, *ibid.* à la p. 293, où il affirmait : «No doubt in a criminal case the judge always has a discretion to disallow evidence if the strict rules of admissibility would operate unfairly against the accused.» Il est intéressant de noter que les tribunaux anglais ont considérablement assoupli les termes restrictifs employés pour décrire leur pouvoir discrétionnaire ; on accepte maintenant que le juge du procès ait le pouvoir dis-

Cette décision, on l'aura compris, venait jeter une douche froide sur les espoirs qu'entretenaient les partisans d'une approche plus globale du processus criminel et qui voyaient dans l'exclusion de la preuve un outil privilégié pour assurer au prévenu le respect de ses droits dès son premier contact avec l'administration de la justice. En réitérant au contraire qu'il n'entre pas dans les prérogatives du juge d'examiner la façon dont une preuve a été obtenue, on consacrait une fois de plus l'étanchéité de l'instance par rapport à l'enquête. Seule la règle portant sur l'admissibilité des confessions fait exception à ce cloisonnement, en ce qu'elle permet au juge d'exercer un droit de regard sur ce qui s'est passé avant le procès<sup>34</sup>. Il s'agit toutefois d'une dérogation qui n'en est pas une, car elle prend appui sur le principe même qui fondait le droit de la preuve. En effet, c'est d'abord parce que l'on attache peu de crédibilité à la déclaration faite à une personne en état d'autorité que l'on exige la preuve de son caractère libre et volontaire, et non pour sanctionner la violation des droits de l'accusé<sup>35</sup>. Voilà pourquoi, si l'on s'en tient à cette logique, il n'y a aucune contradiction entre le rejet d'une confession qui pourrait avoir été obtenue par suite de contrainte et l'admission des preuves recueillies par le biais de cette confession<sup>36</sup>.

---

créationnaire de soupeser les considérations de valeur probante et de préjudice pour écarter un élément de preuve non seulement si sa valeur probante est «insignifiante», mais aussi dans tous les cas où son effet préjudiciable serait disproportionné à sa valeur probante réelle (voir *R. c. Sang*, [1980] A.C. 402, [1979] 2 All.E.R. 1222 (C.L.)). Sans se prononcer explicitement sur cette question, la Cour suprême du Canada s'est montrée disposée à suivre cette voie et a clairement reconnu que le juge du procès avait le pouvoir discrétionnaire d'écarter une preuve préjudiciable de condamnations antérieures lorsqu'il estime approprié de le faire (*Corbett c. R.*, [1988] 1 R.C.S. 670, 64 C.R. (3<sup>e</sup>) 1).

<sup>34</sup> Bien que l'on en retrouve la première formulation précise dans l'arrêt *R. c. Warickshall* (1783), 1 Leach 263, c'est à l'arrêt *Ibrahim c. R.*, [1914] A.C. 599, [1914-1915] All.E.R. Reprint 874 (C.P.) que l'on réfère le plus souvent pour asseoir l'autorité de cette règle. La Cour suprême du Canada a eu plusieurs fois l'occasion d'entériner cette jurisprudence. Voir notamment *Boudreau c. R.*, [1949] R.C.S. 262, [1949] 3 D.L.R. 81 ; *R. c. Fitton*, [1956] R.C.S. 958, 24 C.R. 371 ; *Rothman c. R.*, [1981] 1 R.C.S. 640, 20 C.R. (3<sup>e</sup>) 97 [ci-après *Rothman* avec renvois aux R.C.S.].

<sup>35</sup> Il ne faudrait cependant pas croire que le régime sévère auquel est assujettie la réception des confessions s'explique uniquement par des considérations de crédibilité. Bien que cette préoccupation ait été à l'origine des règles de preuve en cette matière et continue d'en être la principale assise, force nous est de constater que la jurisprudence plus récente leur assigne d'autres fonctions dont celle de préserver l'intégrité de la justice. Pour une analyse de cette tendance en droit anglais et canadien, voir respectivement R. Cross et C. Tapper, *Cross on Evidence*, 7<sup>e</sup> éd., London, Butterworths, 1990 aux pp. 597-627, de même que Commission de réforme du droit du Canada, *Document de travail 32: L'interrogatoire des suspects*, Hull, Approvisionnements et Services Canada, 1984.

<sup>36</sup> Cette dichotomie, bien que pouvant se réclamer d'une certaine cohérence, n'en suscitait pas moins de curieux résultats, comme l'a fort éloquemment illustré le professeur Morissette dans

Cette décision suscita évidemment de nombreuses critiques. On crut même pendant un certain temps que la Cour suprême pourrait être amenée à reconsidérer sa position lorsqu'une preuve avait été obtenue en violation des droits qu'énonce la *Déclaration canadienne des droits*. Cette mince lueur d'espoir devait s'éteindre quelques années plus tard lorsque fut prononcé le jugement dans l'arrêt *Hogan*. Dans cette affaire désormais célèbre, la majorité en vint à la conclusion qu'il n'y avait pas lieu d'exclure une preuve pour le seul motif qu'elle était «teintée» par une violation de la *Déclaration*. Refusant de donner à cette dernière le caractère d'un document quasi constitutionnel qui aurait pu fonder l'exclusion des preuves obtenues en contravention des droits qu'elle garantit, M. le juge Ritchie s'en tint plutôt au seul principe de la pertinence tel qu'énoncé dans l'arrêt *Wray*. Tant et si bien que la personne à qui l'on nie le droit de consulter un avocat ne pourra être trouvée coupable d'une infraction si elle refuse de se soumettre au test de l'ivressomètre<sup>37</sup>, alors que l'autre individu n'ayant pas eu la même force de caractère et la même ténacité se verra privé de tout recours<sup>38</sup>.

---

l'extrait suivant :

In most cases, there existed no apparent connection between the inherent value of real evidence and the propriety or legality of the means by which it had been procured. Punch a suspect until he confesses; his statement is just as likely to be a lie, and a plausible one at that, for the more believable is the lie, the greater is the probability that the punching will stop; the statement is apt to mislead and should therefore be excluded. Knock a suspect senseless and pump his stomach until he regurgitates stolen diamonds; diamonds do not speak and so they cannot lie; the diamonds and evidence of where they came from should therefore be admissible. The matter was, of course, a great deal more complicated, and the authorities never so simplistic. But the notion that a court should exclude real evidence because it was improperly obtained appeared, by and large, heretical (Morissette, *supra* note 24 à la p. 523).

<sup>37</sup> Voir l'arrêt *Brownridge c. R.*, [1972] R.C.S. 926, 28 D.L.R. (3<sup>e</sup>) 1, où l'on a décidé que la personne à qui l'on avait refusé la possibilité de consulter un avocat avait une «excuse raisonnable» lorsqu'elle avait refusé d'obtempérer à la sommation qui lui avait été faite conformément au paragraphe 223(2) (maintenant le paragraphe 254(5) du *Code criminel*, L.R.C. 1985, c. C-46 [ci-après C. cr.]).

<sup>38</sup> Dans une forte dissidence, M. le juge Laskin s'est insurgé contre cette lecture réductrice de la *Déclaration canadienne des droits*. Se disant d'avis que cet instrument était à mi-chemin entre un système fondé uniquement sur la *common law* et un système constitutionnel de type américain, il s'est dit d'avis qu'il revenait aux tribunaux d'en assurer la mise en application même si aucune sanction n'était expressément prévue. Et selon lui, il n'y avait pas de solution de rechange pratique à l'exclusion de la preuve si tant est que l'on veuille prendre au sérieux la violation du droit à l'avocat. Dans un passage qui annonce à plusieurs égards la règle qu'allait retenir le Constituant en 1982, il écrivait :

On peut prétendre que l'exclusion d'une preuve pertinente ne pourra pas servir à exercer un contrôle sur les pratiques illégales de la police et qu'une telle exclusion

Puisque la Cour suprême ne semblait pas disposée à modifier la règle de *common law* à moins d'en être explicitement mandatée par le législateur lui-même, c'est donc vers une réforme de nature législative que se tournèrent ceux qui ne pouvaient se satisfaire de la philosophie véhiculée par les arrêts *Wray* et *Hogan*<sup>39</sup>. Déjà, en 1969, la Commission Ouimet avait mentionné dans son rapport que l'on ne favorisait pas l'application efficace de la loi en comptant «*indûment sur l'obtention de déclarations tendant à prouver la culpabilité de leur auteur*»<sup>40</sup>. C'est néanmoins à la Commission de réforme du droit, à l'époque où M. le juge Lamer en était le vice-président et où M. le juge La Forest siégeait à titre de commissaire, que revient le mérite d'avoir proposé la première codification de ce qu'aurait pu être un pouvoir discrétionnaire élargi d'exclure la preuve. Dans le cadre de son *Rapport sur la preuve*, publié en 1975<sup>41</sup>, on retrouve en effet une disposition libellée dans les termes suivants :

15.(1) Doit être exclue, la preuve obtenue dans des circonstances telles que son admission risquerait de ternir l'image de l'administration de la justice.

---

permet tout simplement à l'auteur d'un crime d'échapper à la condamnation. Pourtant ce qu'il faut d'abord envisager lorsqu'il s'agit de garanties constitutionnelles, c'est de savoir si ces garanties, considérées en tant que principes fondamentaux de la société concernée, devraient être à la merci des agents chargés de l'application des lois, et si on devrait fermer les yeux sur leur violation parce qu'il est plus important de s'assurer une déclaration de culpabilité. La prétention que c'est le devoir des tribunaux de découvrir la vérité ressemble trop à la philosophie de la fin justifiant les moyens; elle mettrait également en cause le droit actuel concernant les aveux et autres déclarations extra-judiciaires d'un accusé (*Hogan, supra* note 2 à la p. 597).

<sup>39</sup> C'est d'ailleurs la voie sur laquelle M. le juge Judson avait aiguillé les tenants d'une plus grande utilisation du pouvoir d'exclusion, dans le jugement concourant qu'il avait rendu dans l'affaire *Wray* :

S'il y a lieu de changer le droit, il suffirait simplement de modifier la *Loi de la preuve au Canada* pour décréter qu'aucun fait découvert en conséquence d'une confession irrecevable ne peut servir de preuve contre un accusé. Il ne faut pas procéder à un tel changement en faisant appel à une théorie sur le pouvoir judiciaire de recevoir ou d'écarter une preuve pertinente, théorie fondée sur les énoncés peu convaincants que j'ai mentionnés dans les présents motifs. [...] Le rôle du juge qui préside à un procès est d'appliquer le droit et de recevoir toute preuve pertinente, à moins qu'il existe une règle quelconque en décrétant le rejet (*Wray, supra* note 23 aux pp. 299-300).

<sup>40</sup> Comité canadien de la réforme pénale et correctionnelle, *Justice pénale et correction: un lien à forger*, Ottawa, Imprimeur de la Reine, 1969 à la p. 57.

<sup>41</sup> Commission de réforme du droit du Canada, *Rapport sur la preuve*, Ottawa, Information Canada, 1975 [ci-après *Rapport sur la preuve*].

- (2) Aux fins de l'application de la règle prévue au paragraphe précédent, toutes les circonstances de l'instance ainsi que celles entourant l'obtention de la preuve doivent être prises en considération, notamment l'intensité de l'atteinte à la dignité humaine et aux valeurs sociales, la gravité du litige, l'importance de la preuve en question, le caractère volontaire ou non du tort causé à l'accusé ou aux tiers et les circonstances propres à justifier l'acte, comme par exemple l'urgence qu'il y avait à empêcher la perte ou la destruction de la preuve ainsi recueillie<sup>42</sup>.

Cette proposition, reprise quelques années plus tard par la Commission d'enquête sur certaines activités de la Gendarmerie royale du Canada (mieux connue sous le nom de «Commission MacDonald»<sup>43</sup>, préfigurait par son esprit sinon par sa lettre ce qui allait bientôt devenir le paragraphe 24(2) de la *Charte*. D'abord parce qu'elle se voulait un moyen terme entre la règle d'exclusion absolue qui prévalait alors aux États-Unis et la position anglo-canadienne orthodoxe<sup>44</sup>, ensuite et surtout parce que ce compromis allait se matérialiser

---

<sup>42</sup> *Ibid.* aux pp. 24-25. À l'article 16, *ibid.* à la p. 25, on aurait exclu les déclarations faites à une personne en situation d'autorité, sauf si le juge avait été convaincu hors de tout doute raisonnable qu'elles avaient été faites dans des circonstances qui les rendaient dignes de foi (par exemple, si elles avaient été faites en l'absence de menaces ou de promesses). On spécifiait cependant que ceci n'avait pas pour effet de limiter l'admissibilité d'autres preuves telles celles de faits découverts à la suite de cette déclaration.

<sup>43</sup> Canada, Commission d'enquête sur certaines activités de la Gendarmerie royale du Canada, *La liberté et la sécurité devant la loi*, Ottawa, Approvisionnement et Services Canada, 1981. Dans son Rapport, la Commission formule les recommandations suivantes :

- (1) Doit être exclue, la preuve obtenue dans des circonstances telles que son admission risquerait de jeter du discrédit sur l'administration de la justice.
- (2) Aux fins de l'application de la règle prévue au paragraphe précédent, toutes les circonstances de l'instance ainsi que celles entourant l'obtention de la preuve doivent être prises en considération, notamment:
  - a) l'intensité de l'atteinte à la dignité humaine et aux valeurs sociales;
  - b) le tort causé à l'accusé ou à d'autres personnes;
  - c) la question de savoir si l'acte irrégulier ou illégal visé en a) et b) ci-dessus a été posé volontairement ou d'une façon qui manifeste une ignorance inexcusable de la loi;
  - d) la gravité de l'infraction commise pour obtenir la preuve, par rapport à la gravité du délit dont l'accusé est inculpé;
  - e) l'existence de certaines *circonstances* pouvant justifier l'acte, telles que la nécessité urgente d'empêcher la destruction ou la perte d'éléments de preuve (*ibid.* aux pp. 1181-82).

<sup>44</sup> Dans les commentaires qui accompagnent son projet d'article 15 cité plus haut, la Commission de réforme du droit précise :

sous la forme du respect qui doit entourer l'administration de la justice<sup>45</sup>.

Cette volonté de changement, dont le législateur fédéral devait se faire l'écho pour la première fois en 1977 lorsque furent introduites dans le *Code criminel* les dispositions relatives à l'écoute électronique<sup>46</sup>, ne devait cependant trouver son aboutissement qu'en 1982 avec l'avènement de la *Charte*<sup>47</sup>. Depuis, les tribunaux se sont efforcés de baliser tant bien que mal la discrétion nouvelle que leur reconnaît dorénavant la Constitution. Toutefois, comme on pourra le constater dans les pages qui vont suivre, leur tâche a été singulièrement compliquée par les tensions que recèlent ce nouveau pouvoir dont ils ont hérité, et dont la finalité ne fait pas encore consensus.

### B. Les divers fondements possibles du pouvoir d'exclusion

S'il est une chose dont on ne saurait douter à la lecture du paragraphe

---

Il faut bien se garder de voir derrière l'énoncé de ces critères le désir d'incorporer dans le droit canadien une règle d'exclusion absolue. Son but est plutôt de permettre au juge dans des cas exceptionnels d'exclure un élément de preuve recueilli irrégulièrement et de redonner ainsi tous ses titres de noblesse à ce que plusieurs croient être la règle d'exclusion discrétionnaire émanant du *common law* anglais (*Rapport sur la preuve, supra* note 41 à la p. 69).

<sup>45</sup> Un examen attentif de la jurisprudence nous permettra d'ailleurs de constater que les critères développés par la jurisprudence pour guider le juge dans l'exercice du pouvoir que lui confère le paragraphe 24(2) de la *Charte* sont étrangement semblables à ceux qu'énumérait spécifiquement la Commission de réforme du droit dans la disposition qu'elle consacrait à ce sujet (*ibid.*).

<sup>46</sup> Voir la *Loi de 1977 modifiant le droit pénal*, L.C. 1976-77, c. 53, art. 10, qui remplace les paragraphes 178.16(1) à (3) C. cr. par les paragraphes 178.16(1)(2)(3) et (3.1) C. cr. Tout en demeurant fidèle au principe énoncé dans l'arrêt *Wray* en vertu duquel les preuves découlant directement ou indirectement de l'interception d'une communication privée ne sont pas inadmissibles du seul fait que celle-ci l'est (voir l'actuel par. 189(1) C. cr.), on acceptait que le juge du procès puisse y déroger s'il était d'avis que leur admission «ternirait l'image de la justice» (par. 189(2) C. cr.).

<sup>47</sup> Il s'en fallut néanmoins de peu pour que le Constituant maintienne le *statu quo*. Non seulement le projet de loi C-60 déposé en 1978 était-il silencieux à ce propos, mais encore trouvait-on dans la première version de la *Charte* introduite au Parlement le 5 octobre 1980, l'article 26 stipulant que «No provision of this Charter, other than section 13, affects the laws respecting the admissibility of evidence in any proceedings or the authority of Parliament or a legislature to make laws in relation thereto.» Ce n'est qu'à la suite des auditions tenues par le Comité spécial mixte du Sénat et de la Chambre des Communes que l'on introduisit dans la version du 13 février 1981 le paragraphe 24(2) de la *Charte*. Sur l'historique de cette disposition, voir R. Elliot, «Interpreting the Charter — Use of the Earlier Versions as an Aid» (1982) 16 *Charter Edition U.B.C. L. Rev.* 11 ; D. Gibson, *The Law of the Charter: General Principles*, Toronto, Carswell, 1986 aux pp. 219-23 ; B.P. Elman, «Returning to *Wray*: Some Recent Cases on Section 24 of the Charter» (1988) 26 *Alta. L. Rev.* 604 ; K. Roach, «Constitutionalizing Disrepute: Exclusion of Evidence after *Therens*» (1986) 44 *U.T. Fac. L. Rev.* 209 aux pp. 218-21.



24(2), c'est que le Constituant a bel et bien voulu se démarquer de la jurisprudence anglo-canadienne traditionnelle. Le contexte historique dans lequel a vu le jour cette disposition et les tergiversations qui ont précédé son apparition dans la *Charte* ne permettent pas d'attacher une autre signification à l'enchâssement de ce recours bien particulier. Bien que l'on ne soit pas encore fixé sur son impact réel, il est d'ores et déjà établi que la recherche de la vérité et la punition des coupables seront dorénavant subordonnées dans une certaine mesure au respect des droits constitutionnels enchâssés aux articles 7 à 14 de la *Charte*. De fait, la seule présence de ces droits dans la loi suprême du pays témoigne d'une volonté bien arrêtée de modifier, sinon de renverser, la hiérarchie des valeurs dont les divers intervenants doivent s'inspirer dans l'administration de la justice criminelle. Dans cette perspective, l'exclusion des éléments de preuve obtenus en contravention des droits fondamentaux ne fait que mettre en relief les conséquences que l'on doit tirer de ce changement de cap<sup>48</sup>.

C'est donc dire que l'on ne saurait refuser d'écarter une preuve en prétextant qu'il en résulterait un acquittement de l'accusé. Si l'on doit manifestement tenir compte de ce facteur lors de l'examen des circonstances que commande le paragraphe 24(2), il faut se garder d'en faire un critère déterminant<sup>49</sup>. À moins que les garanties juridiques soient destinées à ne devoir

---

<sup>48</sup> Dans son traité sur le IV<sup>e</sup> Amendement, le professeur W.R. LaFave citait à ce propos l'extrait suivant d'un discours prononcé par le sénateur américain Robert F. Wagner en 1938 :

Finally, I have no fear that the exclusionary rule will handicap the detection or prosecution of crime. All the arguments that have been made on that score seem to me properly directed not against the exclusionary rule but against the substantive guarantee itself. The exclusion of the evidence is only the sanction which makes the rule effective. It is the rule, not the sanction, which imposes limits on the operation of the police. If the rule is obeyed as it should be, and as we declare it should be, there will be no illegally obtained evidence to be excluded by the operation of the sanction. It seems to me inconsistent to challenge the exclusionary rule on the ground that it will hamper the police, while making no challenge to the fundamental rules to which the police are required to conform. If those rules, defining the scope of the search which may be made without a warrant and the scope of a search under a warrant are sound, there is no reason why they should be violated or why a prosecuting attorney should seek to avail himself of the fruits of their violation. If those fundamental rules are open to challenge [...], the burden is on those who challenge them to specify the modifications they deem to be desirable. I think that is a far better course than to object to [...] the one sanction which will give the constitutional provision, however it is defined, genuine meaning (W.R. LaFave, *Search and Seizure — A Treatise on the Fourth Amendment*, vol. 1, 2<sup>e</sup> éd., St. Paul (Minnesota), West, 1987 à la p. 22).

<sup>49</sup> La Cour suprême a eu l'occasion de préciser sa pensée sur ce point dans l'arrêt *Genest c. R.*,

jouer qu'un rôle purement symbolique, une position que même les plus cyniques détracteurs de la *Charte* récuseraient, on voit mal en vertu de quelle logique il faudrait postuler que leur violation ne doit en aucun cas entraîner une sanction pouvant avoir des répercussions fâcheuses pour la poursuite.

Est-ce à dire pour autant que toutes les atteintes aux intérêts protégés par les articles 8 à 10 de la *Charte* doivent se traduire par l'inadmissibilité des preuves qui en découlent ? Faut-il voir dans le recours prévu au paragraphe 24(2) un mécanisme dont disposent maintenant les juges pour assurer le respect intégral de certains droits ? Bien qu'il s'agisse là du fondement sur lequel a été érigée la règle d'exclusion américaine, ce n'est pas la solution qu'a retenue le Constituant canadien. Au contraire, il appert du libellé même dans lequel est formulée la règle canadienne que des éléments de preuve ne pourront être écartés du seul fait qu'ils ont été obtenus dans des conditions qui portent atteinte aux droits et libertés garantis par la *Charte* ; pour bénéficiaire de cette mesure, la victime devra établir par surcroît que «leur utilisation est susceptible de déconsidérer l'administration de la justice»<sup>50</sup>. Force nous est donc

---

[1989] 1 R.C.S. 59, 67 C.R. (3<sup>e</sup>) 224 [ci-après *Genest* avec renvois aux R.C.S.]. En Cour d'appel du Québec, [1986] R.J.Q. 2944, 54 C.R. (3<sup>e</sup>) 246 (C.A.), M. le juge Owen avait refusé d'écarter une preuve en alléguant qu'il en résulterait un acquittement automatique, alors que son admission permettrait un procès au fond avec la possibilité d'un acquittement si les faits le justifiaient. Renversant ce jugement au nom d'une cour unanime, M. le juge en chef Dickson n'hésita pas à réviser cette analyse parce que trop restrictive du paragraphe 24(2) dans les termes suivants :

Avec égards, j'estime que ce point de vue aurait pour résultat que les preuves seraient admises dans la quasi-totalité des cas. L'exclusion de preuve augmente beaucoup la probabilité que soit rendu un verdict d'acquittement sans procès sur le fond. Si l'on devait adopter l'approche proposée par le juge Owen, l'exclusion d'éléments de preuve en vertu du par. 24(2) serait très rare, et ne se produirait vraisemblablement que dans les affaires où une déclaration de culpabilité est probable en tout état de cause. Bien que la règle ne vise pas à permettre à un accusé d'échapper à une déclaration de culpabilité, il faut aussi éviter de lui donner une interprétation selon laquelle on ne peut s'en prévaloir que lorsqu'elle n'a aucune incidence sur l'issue du procès. La décision d'exclure des éléments de preuve ne devrait pas être si étroitement liée à l'issue d'une cause (*Genest, ibid.* à la p. 82).

<sup>50</sup> Le juge Borins fait bien ressortir cette exigence lorsqu'il écrit :

The remedy most frequently sought is the exclusion of evidence on grounds provided by s. 24(2). The most frequent misconception with respect to this remedy is the tendency to analogize it to the familiar objection to the admissibility of evidence on the ground that it fails to conform with a rule of evidence. [...] The assumption that the evidence will be excluded on the establishment of a *Charter* violation overlooks the requirement that, notwithstanding a *Charter* violation, the evidence will not be excluded unless the defendant establishes that its admission would bring the administration of justice into disrepute (*Kutynek c. R.* (1990), 74 O.R. (2<sup>e</sup>) 205 à la p. 210, 78 C.R. (3<sup>e</sup>) 181 (C. dist.)).

d'admettre que l'objet de ce recours bien particulier ne peut être de sanctionner la violation des garanties juridiques ou d'offrir une réparation aux individus qui ont été lésés dans leurs droits<sup>51</sup>.

En d'autres termes, et malgré l'appui que la thèse contraire pourrait trouver dans certains commentaires de M. le juge Estey à l'occasion de l'affaire *Therens*<sup>52</sup>, le paragraphe 24(2) ne peut pas être interprété comme une règle d'exclusion automatique<sup>53</sup>. Ce n'est pas le tort causé à un individu que l'on cherche à réparer par cette mesure, c'est plutôt l'intégrité de la justice que l'on cherche à protéger et, si possible, à reliauser. Aussi ne faudra-t-il pas se surprendre que des preuves illégalement obtenues puissent néanmoins être

<sup>51</sup> Comme l'affirme le professeur Jodouin :

On voit mal comment la technique d'exclusion de la preuve pourrait se fonder sur la nécessité de donner effet aux droits constitutionnels. En statuant que l'exclusion de la preuve relevait exclusivement de l'article 24(2), la Cour suprême envisage fatalement des cas où ce recours ne pourra être invoqué: ceux où l'utilisation de la preuve n'est pas susceptible de déconsidérer l'administration de la justice. Or, pourquoi conditionner la sanction d'un droit constitutionnel à une telle exigence? (A. Jodouin, «Preuve pénale et droits fondamentaux: les leçons de l'arrêt *Therens*» (1986) 20 R.J.T. 271 à la p. 279).

<sup>52</sup> Bien qu'il ne justifie pas l'exclusion de la preuve obtenue au moyen de l'alcootest par ce seul motif, l'extrait suivant de ses notes donne à penser que la violation d'un droit fondamental doit nécessairement entraîner l'inadmissibilité de la preuve qui en résulte :

Si la police pouvait, par sa conduite, violer l'al. 10*b*) de la *Charte* sans avoir le pouvoir légal de le faire, comme c'est le cas en l'espèce, et sans que cela n'entraîne l'inadmissibilité des éléments de preuve obtenus grâce à cette violation, l'al. 10*b*) serait alors dénué de tout sens et n'aurait plus sa place dans la liste des «garanties juridiques» que l'on trouve dans la *Charte* (*Therens*, *supra* note 25 à la p. 622).

<sup>53</sup> Pour en arriver à une telle interprétation, on a parfois eu tendance à faire une lecture conjonctive des exigences posées par le paragraphe 24(2) en présumant que l'administration de la justice serait inévitablement discréditée si l'on utilisait une preuve obtenue en violation d'un droit fondamental. Dans un article intitulé «The Blind Eye Argument and a Modest Proposal» (1985) 47 C.R. (3<sup>e</sup>) 16, B.W. Duncan s'est insurgé contre cette tendance d'une certaine jurisprudence. Voir *R. c. Brown* (1987), 76 N.S.R. (2<sup>e</sup>) 64, 33 C.C.C. (3<sup>e</sup>) 54 (C.S.D.A.). Suite à l'arrêt *Collins*, il est maintenant bien établi que le paragraphe 24(2) énonce trois conditions disjonctives pour que des éléments de preuve puissent être écartés :

- (1) il doit y avoir eu violation *ou* négation des droits ou libertés que la *Charte* garantit au requérant,
- (2) les éléments de preuve doivent avoir été obtenus dans des conditions qui portent atteinte aux droits ou libertés garantis par la *Charte*, et
- (3) eu égard aux circonstances, l'utilisation de ces éléments de preuve doit être susceptible de déconsidérer l'administration de la justice (*Collins*, *supra* note 30 à la p. 276).

admissibles : c'est la seule option qui s'offre au tribunal s'il estime que, dans les circonstances, leur exclusion tendrait à discréditer l'administration de la justice<sup>54</sup>. Dans cette optique, tout avantage que retirera éventuellement un accusé de l'inadmissibilité d'une preuve ne pourra jamais constituer autre chose qu'un effet indirect de cette mesure<sup>55</sup>. S'il tient à obtenir réparation pour la violation de ses droits fondamentaux, c'est vers les recours qu'autorisent le paragraphe 24(1) et le droit commun qu'il devra se tourner.

D'aucuns ont prétendu qu'il ne saurait en aller autrement parce que l'exclusion de la preuve, en soi, ne pouvait pas être considérée comme une réparation<sup>56</sup>. S'il faut en croire les tenants de cette thèse, à laquelle nous avons déjà fait allusion plus haut<sup>57</sup>, une règle d'exclusion de la preuve ne peut jamais réparer le tort qu'a subi une personne ayant fait l'objet d'une perquisition abusive ou d'une détention arbitraire, ou à qui l'on a refusé le droit de consulter un avocat. Car ce n'est pas tant dans l'obtention des preuves que réside la violation des droits fondamentaux d'un individu, mais bien dans l'atteinte portée à son intimité, à sa dignité et à sa liberté.

En supposant même que l'on retienne cette analyse civiliste du concept de «réparation», il ne s'ensuit pas que l'exclusion de la preuve ne puisse être considérée comme un «remède» efficace auquel un tribunal peut être tenu de recourir pour assurer le respect des droits fondamentaux<sup>58</sup>. À partir du moment

<sup>54</sup> Déjà, dans l'arrêt *Collins*, M. le juge Lamer avait écrit :

Il faudra également tenir compte de la déconsidération qui peut provenir de l'exclusion des éléments de preuve. Il serait incompatible avec l'objectif du par. 24(2) d'écarter des éléments de preuve si leur exclusion déconsidère plus l'administration de la justice que ne le ferait leur utilisation (*Collins, ibid.* à la p. 281).

Cette constatation a souvent été réitérée, notamment par M. le juge en chef Dickson dans l'affaire *Simmons c. R.*, [1988] 2 R.C.S. 495 à la p. 534, 66 C.R. (3<sup>e</sup>) 297 [ci-après *Simmons*]. Pour une illustration de cette possibilité, voir *McAvena c. R.* (1987), 55 Sask. R. 161, 56 C.R. (3<sup>e</sup>) 303 (C.A.).

<sup>55</sup> Résumant les principes qui se dégagent des décisions de la Cour suprême sur cette question, M. le juge Fish écrivait récemment dans l'arrêt *Dubois c. R.*, [1990] R.J.Q. 681 à la p. 701, 22 M.V.R. (2<sup>e</sup>) 154 (C.A.) [ci-après *Dubois* avec renvois aux R.J.Q.] : «Though it is important to consider the circumstances of each case, it is not the outcome of the case itself that is of prime importance, but the effect of admission or exclusion on our system of justice over time.»

<sup>56</sup> La plus rigoureuse exposition de cette opinion est celle des professeurs Chevette et Morel, *supra* note 8 à la p. 469, où ils disent que «[l]a règle d'exclusion de la preuve qu'énonce l'article 24(2) de la Charte n'a pas pour fonction de réparer la violation d'un droit. Elle ne peut non plus avoir cet effet» [nos italiques]. Voir aussi Morel, *supra* note 11 à la p. 263 et s.

<sup>57</sup> Voir Morel, *ibid.*, et le texte ci-dessus correspondant à la note 11 et s.

<sup>58</sup> Dans le cadre de son argumentation tendant à démontrer que l'exclusion de la preuve ne

où l'on admet que la poursuite n'aurait jamais eu accès à certaines preuves si les policiers s'étaient conformés aux exigences de la Constitution, qu'y aurait-il d'anormal à ce que les tribunaux puissent refuser de considérer ces preuves pour bien faire sentir l'importance qu'ils attachent aux droits fondamentaux ? Si les garanties juridiques doivent avoir un sens, ne doit-on pas à tout le moins s'assurer que leur violation n'entraînera aucun effet préjudiciable pour la victime ? À défaut de pouvoir annuler rétroactivement l'outrage que peuvent causer les bavures commises par les forces de l'ordre, l'exclusion de la preuve n'est-elle pas la meilleure façon de restaurer l'intégrité de ces droits<sup>59</sup> ?

C'est d'ailleurs précisément sur cette base que la Cour suprême des États-Unis a initialement développé la règle américaine d'exclusion des preuves<sup>60</sup>. Consacrée pour la première fois en matière fédérale dans l'arrêt *Weeks c. United States*<sup>61</sup>, cette doctrine devait par la suite recevoir application en droit étatique<sup>62</sup> et rendre inadmissibles non seulement les preuves obtenues à la suite de perquisitions ou de saisies inconstitutionnelles, mais également les déclarations recueillies en contravention des divers aspects du droit à l'avocat et de la protection contre l'auto-incrimination consacrés par les V<sup>e</sup> et VI<sup>e</sup>

constitue pas l'une de ces «réparations» auxquelles fait allusion le paragraphe 24(1), le professeur Morel a donné au terme «remedies» du texte anglais le sens restreint de «redress» pour que les deux versions soient compatibles (*ibid.* à la p. 264). Mais n'eut été de cette contrainte, rien ne serait opposé à ce que l'on donne un sens plus large à ce concept de «remèdes». Voir aussi Jodouin, *supra* note 51 à la note 12 de son texte où le professeur Jodouin a même contesté cette lecture de l'article 24.

<sup>59</sup> La plupart des auteurs qui se sont penchés sur les divers fondements que peut avoir une règle d'exclusion de la preuve ont admis que la protection des droits pouvait à elle seule en assurer la légitimité :

If the law declares certain minimum standards for the treatment of suspects it should demonstrate that it takes those rights seriously by being prepared to exclude, whether by rule or by discretion, evidence acquired by breaching those standards. In this way, the law provides the accused (who was formerly a suspect) with a remedy for the breach of his right in that he suffers no disadvantage thereby (P. Mirfield, «The Early Jurisprudence of Judicial Disrepute» (1987-88) 30 Crim. L.Q. 434 à la p. 439).

Voir aussi Roach, *supra* note 47 ; Morissette, *supra* note 24.

<sup>60</sup> On trouvera un exposé succinct du développement de la règle d'exclusion américaine dans Béliveau, *supra* note 6 aux pp. 207-35. Voir aussi K.B. Jobson, «The Canadian Charter of Rights and Freedoms: Section 24(2)» dans W.H. Charles, T.A. Cromwell et K.B. Jobson, dir., *Evidence and the Charter of Rights and Freedoms*, Toronto, Butterworths, 1989, 199 aux pp. 207-17.

<sup>61</sup> 232 U.S. 383, 58 L. Ed. 652 (1914) [ci-après *Weeks*]. Voir aussi *Boyd c. United States*, 116 U.S. 616, 29 L. Ed. 746 (1886), où l'on avait conclu à l'exclusion d'une preuve documentaire obtenue par *subpoena* en s'appuyant principalement sur le V<sup>e</sup> Amendement.

<sup>62</sup> *Mapp c. Ohio*, 367 U.S. 643, 6 L. Ed. (2<sup>e</sup>) 1037 (1961). Cette décision renversait l'arrêt *Wolf c. Colorado*, 338 U.S. 25, 93 L. Ed. 1782 (1949).

amendements<sup>63</sup>. Qui plus est, cette règle est applicable non seulement à la preuve découlant directement de la violation constitutionnelle mais également à la preuve dérivée<sup>64</sup>.

Longtemps perçue comme étant indissociable des garanties constitutionnelles elles-mêmes, la règle d'exclusion des preuves illégalement obtenues a été appliquée sur un mode quasi automatique pendant de très nombreuses années. Convaincue que les droits fondamentaux étaient voués à la banalisation et condamnés à une mort lente si l'État pouvait bénéficier de leur violation par ses agents, la Cour suprême attachait peu d'importance aux circonstances dans lesquelles avait eu lieu l'atteinte aux intérêts protégés d'un individu et n'hésitait pas à en écarter systématiquement les fruits<sup>65</sup>. C'est en réaction aux «excès» qu'engendrait cette règle dans l'esprit de plusieurs que le Constituant canadien, fidèle en cela à la position formulée par la plupart des intervenants qui s'étaient penchés sur la question<sup>66</sup>, privilégia une approche systémique lorsqu'il décida d'introduire le paragraphe 24(2) dans la *Charte*.

Il n'est cependant pas tout à fait exact de prétendre que la position finalement retenue représente un compromis entre le dogme de la pertinence et le principe de l'exclusion automatique. Bien que reprise comme un leitmotiv dans la jurisprudence canadienne<sup>67</sup>, cette affirmation ne tient pas compte de la

---

<sup>63</sup> *Bram c. United States*, 168 U.S. 532, 42 L. Ed. 568 (1897); *Blackburn c. Alabama*, 361 U.S. 199, 4 L. Ed. (2<sup>e</sup>) 242 (1960); *United States c. Wade*, 388 U.S. 218, 18 L. Ed. (2<sup>e</sup>) 1149 (1967); *Massiah c. United States*, 377 U.S. 201, 12 L. Ed. (2<sup>e</sup>) 246 (1964).

<sup>64</sup> C'est parce que la preuve dérivée est assimilée au «fruit de l'arbre empoisonné» que l'on se refuse à l'admettre au même titre que les éléments de preuve ayant un lien plus direct avec l'atteinte aux droits fondamentaux. Ainsi, dans l'arrêt *Nardone c. United States*, 308 U.S. 338, 84 L. Ed. 307 (1939) [ci-après *Nardone*], on a exclu non seulement les conversations interceptées illégalement au moyen de l'écoute électronique mais aussi les preuves que ces conversations avaient permis de récolter. Par ailleurs, en vertu de la même logique, on a refusé d'admettre en preuve au procès d'un accusé les déclarations faites par son co-accusé à l'occasion d'une arrestation illégale ainsi que les stupéfiants que ces déclarations avaient permis de découvrir (*Wong Sun c. United States*, 371 U.S. 471, 9 L. Ed. (2<sup>e</sup>) 441 (1963) [ci-après *Wong Sun*]).

<sup>65</sup> L'arrêt *Weeks* fait bien ressortir ce lien entre l'exclusion de la preuve et la protection contre les fouilles, les perquisitions et les saisies abusives.

<sup>66</sup> Voir les rapports et études cités *supra* aux notes 39-42.

<sup>67</sup> M. le juge en chef Lamer a lui-même emprunté ce raccourci dans l'arrêt *Collins*, lorsqu'il a écrit :

Comme l'a souligné le juge Seaton en Cour d'appel, le par. 24(2) adopte un moyen terme à l'égard de l'exclusion de la preuve obtenue en violation de la *Charte*. Il rejette la règle américaine qui écarte tout élément de preuve obtenu en violation du *Bill of Rights* et la règle de *common law* voulant que toute preuve pertinente soit admissible peu importe la façon dont elle a pu être obtenue (*Collins*, *supra* note 30

diversité qui caractérise les régimes de *common law* sur ce plan ni de l'évolution du droit américain. Non seulement les juges écossais<sup>68</sup> et australiens<sup>69</sup> ont-ils considérablement assoupli la règle de *common law* en se reconnaissant un vaste pouvoir discrétionnaire, mais encore la Cour suprême des États-Unis a-t-elle retraité au cours des vingt dernières années devant les assauts répétés de ceux qui voient dans l'exclusion de la preuve une réaction disproportionnée et inadaptée<sup>70</sup>. En assignant à l'exclusion de la preuve une fonction dissuasive plutôt que palliative, on a ouvert de nombreuses brèches dans la règle d'exclusion qui n'a maintenant plus rien d'automatique<sup>71</sup>. Au contraire, cette règle est maintenant truffée d'exceptions qui en atténuent considérablement la portée<sup>72</sup>.

Le Canada aurait pu s'engager dans cette voie et mettre l'accent sur la

à la p. 280).

<sup>68</sup> Voir par ex. les arrêts *Lawrie c. Muir* (1949), [1950] S.L.T. 37 (H.C.J.) ; *R. c. Turnbull*, [1951] S.L.T. 409 (H.C.J.).

<sup>69</sup> Voir par ex. les arrêts *Bunning c. Cross* (1978), 52 A.L.J.R. 561 (H.C. Australie) ; *R. c. Ireland* (1970), 126 C.L.R. 321 (H.C. Australie).

<sup>70</sup> Dès le début des années 60, certains signes avant-coureurs permettaient d'anticiper une conversion imminente de la Cour. Ainsi, dans l'arrêt *Elkins c. United States*, 364 U.S. 206 à la p. 217, 4 L. Ed. (2<sup>e</sup>) 1669 (1960), M. le juge Stewart écrivait au nom de la majorité : «The rule is calculated to prevent, not to repair. Its purpose is to deter — to compel respect for the constitutional guaranty in the only effectively available way — by removing the incentive to disregard it». C'est néanmoins sous la férule des juges Burger et Rehnquist qu'une majorité de juges plus conservateurs a définitivement rompu avec la jurisprudence antérieure en faisant de la dissuasion des policiers le seul fondement de la règle d'exclusion. On pourra mieux comprendre ce changement d'attitude en consultant par exemple les arrêts *United States c. Calandra*, 414 U.S. 338, 38 L. Ed. (2<sup>e</sup>) 561 (1974) ; *Michigan c. De Fillippo*, 443 U.S. 31, 61 L. Ed. (2<sup>e</sup>) 343 (1979) ; *United States c. Leon*, 468 U.S. 897, 82 L. Ed. (2<sup>e</sup>) 677 (1984) [ci-après *Leon*].

<sup>71</sup> Le professeur Paciocco a décrit ce processus de façon fort imagée dans l'extrait suivant :

The deterrence rationale has, in recent years, been said to be the primary if not the sole rationale for the exclusionary rule in the United States. The weaknesses of the rationale have been exploited to create new exceptions to the exclusionary rule and to confirm, develop and extend old exceptions. It is difficult to resist the conclusion that, like a pack of hungry wolves, Supreme Court justices, unconvinced of the merits of exclusion, separated the most vulnerable rationale from the herd of rationales for the purpose of savaging it (D.M. Paciocco, «The Judicial Repeal of S. 24(2) and the Development of the Canadian Exclusionary Rule» (1989-90) 32 *Crim. L.Q.* 326 à la p. 336).

<sup>72</sup> La bonne foi des policiers, lorsqu'elle se fonde sur un mandat de perquisition (*Leon, supra* note 70 ; *Massachusetts c. Sheppard*, 468 U.S. 981, 82 L. Ed. (2<sup>e</sup>) 737 (1984) [ci-après *Sheppard*]) ou une loi en apparence valides (*Illinois c. Krull*, 480 U.S. 340, 94 L. Ed. (2<sup>e</sup>) 364 (1987) [ci-après *Krull*]) constituent les plus connues de ces exceptions. Mais la jurisprudence en a élaboré plusieurs autres, sur lesquelles nous aurons l'occasion de revenir dans la deuxième partie de ce chapitre.

discipline des policiers lorsqu'il a été décidé d'ajouter l'exclusion de la preuve aux recours prévus par la *Charte*. Cependant, ce n'est manifestement pas la solution qui a été retenue, et c'est en vain que l'on chercherait dans l'historique ou la formulation du paragraphe 24(2) une piste susceptible de conduire à cette rationalisation. La Cour suprême ne s'y est d'ailleurs pas trompée, et ses quelques hésitations initiales<sup>73</sup> ont rapidement cédé le pas à des prises de position claires et répétées à l'effet qu'il n'appartenait pas aux tribunaux de sanctionner l'inconduite des policiers en se prévalant du pouvoir qui leur est maintenant conféré d'exclure certaines preuves acquises en violation des droits constitutionnels de l'accusé<sup>74</sup>. Par conséquent, l'aspect dissuasif de l'exclusion ne pourra jamais être autre chose qu'un effet indirect et secondaire de cette mesure et ne devrait jamais influencer sur la décision du tribunal, pas plus d'ailleurs que le désir de réparer le préjudice subi par la personne dont on a enfreint les droits<sup>75</sup>.

---

<sup>73</sup> Dans l'arrêt *Thereins, M.* le juge Estey s'était montré ambivalent sur cette question et certains de ses propos pouvaient laisser croire que l'exclusion des résultats fournis par le test d'ivresse était requise tout autant pour donner effet au droit à l'avocat que pour réprimer le comportement fautif des policiers. Ainsi écrivait-il, avec le concours de trois de ses collègues :

En l'espèce, les policiers ont violé de façon flagrante un droit garanti par la *Charte* sans avoir le pouvoir légal de le faire. Une violation aussi manifeste que celle qui a été commise en l'espèce doit, à mon avis, entraîner le rejet des éléments de preuve ainsi obtenus. [...] Ne pas rejeter ces éléments de preuve, compte tenu des faits et des circonstances de l'espèce, reviendrait à inviter les policiers à ne pas tenir compte des droits que garantit aux citoyens la *Charte*, et à le faire en étant assuré de l'impunité (*Thereins, supra* note 25 aux pp. 621, 622).

M<sup>re</sup> le juge Wilson a repris avec approbation ce passage dans l'arrêt *Clarkson c. R.*, [1986] 1 R.C.S. 383 aux pp. 397-98, 50 C.R. (3<sup>e</sup>) 289 [ci-après *Clarkson* avec renvois aux R.C.S.].

<sup>74</sup> C'est dans l'arrêt *Collins* que la Cour s'est montrée la plus explicite à cet égard. M. le juge Lamer, au nom de la majorité, s'est exprimé en ces termes :

La conduite inacceptable de la police au cours de l'enquête a souvent un effet sur la considération dont jouit l'administration de la justice, mais le par. 24(2) n'offre pas une réparation à l'égard de la conduite inacceptable de la police en imposant l'exclusion de la preuve si, à cause de cette conduite, l'administration de la justice était déconsidérée. Le paragraphe 24(2) aurait pu être rédigé en ces termes, mais ce n'est pas le cas. Les rédacteurs de la *Charte* ont par contre décidé de s'attaquer à l'utilisation de la preuve dans l'instance et le but du par. 24(2) est d'empêcher que cette utilisation ne déconsidère encore plus l'administration de la justice (*Collins, supra* note 30 aux pp. 280-81).

Voir aussi *R. c. Duguay*, [1989] 1 R.C.S. 93, 67 C.R. (3<sup>e</sup>) 252 [ci-après *Duguay* avec renvois aux R.C.S.] ; *Genest, supra* note 49 ; *R. c. Klimchuk* (1991), 4 B.C.A.C. 26, 8 C.R. (4<sup>e</sup>) 327 (C.A.) [ci-après *Klimchuk* avec renvois aux C.R.].

<sup>75</sup> L'on verra cependant, en étudiant les circonstances dont il est tenu compte pour déterminer si l'utilisation d'une preuve est susceptible de déconsidérer l'administration de la justice, que le discours des juges ne s'accorde pas toujours avec la réalité et que la dissuasion n'est pas toujours ab-



### C. La réputation de l'administration de la justice, un critère univoque ?

Bien que les exigences procédurales qui conditionnent le recours prévu au paragraphe 24(2) aient pu contribuer dans une certaine mesure à brouiller les cartes<sup>76</sup>, il est maintenant acquis que l'exclusion de la preuve ne doit être décrétée que dans la poursuite d'un objectif systémique. Comme on l'a dit à maintes reprises, ce n'est pas tant l'individu victime d'une atteinte à ses droits qui doit être le point central de l'analyse à laquelle nous convie cette mesure, mais bien plutôt l'impact à plus long terme que peut avoir l'admission ou l'exclusion d'une preuve entachée d'un tel vice sur la réputation dont jouit l'administration de la justice<sup>77</sup>. Encore faudra-t-il préciser ce que l'on entend

sente de leurs préoccupations. Voir ci-dessous la deuxième partie de ce texte.

<sup>76</sup> Nous faisons ici référence au fait que l'exclusion d'une preuve ne peut être prononcée que sur demande et uniquement lorsque cette requête est formulée par la personne dont on a violé les droits constitutionnels. Même si la Cour suprême ne s'est pas encore formellement prononcée sur ces questions, c'est la tendance qui se dégage très nettement de la jurisprudence émanant des cours d'appel. Voir par ex. *R. c. Leaney* (1987), 81 A.R. 247, 38 C.C.C. (3<sup>e</sup>) 263 (C.A.) ; *R. c. Fraser* (1990), 55 C.C.C. (3<sup>e</sup>) 551 (C.A. C.-B.) ; *R. c. Pugliese* (1992), 8 O.R. (3<sup>e</sup>) 259, 71 C.C.C. (3<sup>e</sup>) 295 (C.A.) ; *R. c. Arason* (1992), 21 B.C.A.C. 20, 78 C.C.C. (3<sup>e</sup>) 1 (C.A.) ; *R. c. Sandhu* (1993), 28 B.C.A.C. 203, 82 C.C.C. (3<sup>e</sup>) 236 (C.A.). *Contra* : *R. c. Montoute* (1991), 113 A.R. 95, 62 C.C.C. (3<sup>e</sup>) 481 (C.A.). On voit d'ailleurs mal comment il pourrait en être autrement à partir du moment où l'on assigne par ailleurs le fardeau de la preuve à la personne qui sollicite l'exclusion. Or, sur ce plan, M. le juge Lamer a été formel dans l'arrêt *Collins* :

Dès le départ, il convient de noter que l'emploi de l'expression «s'il est établi ... que» impose au requérant la charge de persuasion, car ce qui doit être établi, c'est le bien-fondé de sa position. Là encore, la norme de persuasion à laquelle il faut satisfaire ne peut être que la norme civile de la prépondérance des probabilités. Le requérant doit donc rendre plus probable l'hypothèse que l'utilisation de la preuve est susceptible [de] déconsidérer l'administration de la justice que l'hypothèse contraire (*Collins*, *supra* note 30 à la p. 280).

Voir aussi *R. c. LaPlante* (1987), 59 Sask. R. 251, 48 D.L.R. (4<sup>e</sup>) 615 (C.A.) [ci-après *LaPlante*]. Si l'on ne peut douter du bien-fondé de ce raisonnement, il est néanmoins permis de s'interroger sur les raisons qui ont amené le Constituant à faire ce choix alors même qu'il impose au législateur le soin de démontrer le caractère raisonnable des limites qu'il veut imposer aux droits fondamentaux (voir Jobson, *supra* note 60 à la p. 232 et s.). Quoiqu'il en soit, ces différentes exigences de nature procédurale seraient beaucoup plus compréhensibles dans un système où l'exclusion de la preuve est fondée sur le respect des droits constitutionnels. De fait, ce motif transparait dans les décisions où la Cour suprême des États-Unis a restreint aux seules personnes dont les droits ont été violés le droit de requérir l'exclusion de la preuve (voir par ex. *Alderman c. United States*, 394 U.S. 165, 22 L. Ed. (2<sup>e</sup>) 176 (1968) ; *United States c. Payner*, 447 U.S. 727, 65 L. Ed. (2<sup>e</sup>) 468 (1979)).

<sup>77</sup> Il va sans dire que la décision d'admettre ou d'exclure une preuve ne devrait pas davantage être dictée par la réaction que pourrait avoir la victime de l'acte criminel dont se trouve accusé la personne qui se prévaut du paragraphe 24(2). À ce chapitre, la décision rendue par la Cour

par une preuve dont «l'utilisation est susceptible de déconsidérer l'administration de la justice».

C'est vers l'opinion rédigée par M. le juge Lamer dans l'arrêt *Rothman* que se sont d'abord tournés les tribunaux pour élucider ce critère. Appelée à déterminer si la déclaration faite par l'accusé à un policier qui s'était présenté comme un co-détenu était admissible en preuve, la majorité n'avait pas jugé nécessaire d'en évaluer le caractère libre et volontaire en s'appuyant sur le fait que l'inculpé ne croyait pas s'adresser à une personne en autorité. Tout en se disant d'accord avec cette application de la doctrine traditionnelle en matière de confession, celui qui allait plus tard devenir juge en chef ajouta dans un jugement concourant qu'il fallait également tenir compte de l'impact que pouvait avoir sur la réputation de l'administration de la justice la décision d'admettre ou d'exclure la déclaration faite à une personne en autorité<sup>78</sup>.

Compte tenu de l'étroite parenté qui existe entre le langage utilisé par M. le juge Lamer et la formulation retenue par le Constituant, il n'était pas surprenant que l'on s'inspire de son jugement pour donner corps au paragraphe 24(2).

---

d'appel de l'Ontario dans l'arrêt *R. c. Duguay* (1985), 50 O.R. (2<sup>e</sup>) 375, 18 C.C.C. (3<sup>e</sup>) 289 (C.A.) [ci-après *Duguay* (C.A.) avec renvois aux C.C.C.], conf. par *Duguay*, *supra* note 74 ne laisse subsister aucun doute :

It has been suggested that the victim of such a crime may wonder why the admitted perpetrator is allowed to go free and that this reaction may very well bring the administration of justice into disrepute. But that is not the test. One could as well ask what the victim's attitude would be if it were his child's Charter rights that were infringed. Long before the Charter there existed the possibility that a guilty person might go free if an inculpatory statement, truthful or not, were held not to be a voluntary one; or if some procedural defect existed in a wiretap resulting in the exclusion of evidence obtained thereby. The integrity of the criminal justice system demands these results. Under the Charter, if to the average citizen interested in the administration of justice and the protection of the Charter rights, the admission of the objected-to evidence, *under all the circumstances*, would bring the administration of justice into disrepute then it must be excluded [notes omises] (*Duguay* (C.A.), *ibid.* à la p. 300).

<sup>78</sup> Se disant d'accord avec la règle traditionnelle voulant que la déclaration faite par un accusé à une personne en autorité sera irrecevable si l'on ne peut établir hors de tout doute raisonnable que la personne en situation d'autorité n'a rien fait ou dit qui ait pu inciter l'accusé à faire une déclaration qui soit ou puisse être fautive, le juge Lamer ajoute une deuxième règle qu'il formule ainsi :

Une déclaration que fait l'accusé à une personne en situation d'autorité, même si elle a été obtenue dans des circonstances qui ne la rendent pas irrecevable de la part de la poursuite dans une instance criminelle, doit néanmoins être exclue si, par suite de ce qu'aurait pu dire ou faire une personne en situation d'autorité dans le but d'obtenir la déclaration, l'utilisation qu'on en ferait dans l'instance ternirait l'image de la justice (*Rothman*, *supra* note 34 à la p. 696).

Nombreux sont d'ailleurs ceux qui ont vu dans cette analogie l'intention consciente et délibérée d'incorporer le critère retenu par le juge Lamer dans la loi fondamentale du pays<sup>79</sup>. Quoiqu'il en soit, son jugement avait l'insigne mérite de circonscire un critère quelque peu abstrait en fournissant certains exemples ainsi qu'un test facilement compréhensible. Le passage suivant, en particulier, contribua largement à lui assurer l'immense popularité qu'il connut auprès des praticiens :

Pour décider si, dans les circonstances, l'utilisation de la déclaration dans l'instance ternirait l'image de la justice, le juge doit tenir compte de toutes les circonstances de l'instance, de la façon dont la déclaration a été obtenue, de la mesure dans laquelle on a porté atteinte aux valeurs sociales, de la gravité de l'accusation, de l'effet qu'aurait l'exclusion sur l'issue des procédures. Il faut aussi se rappeler qu'une enquête en matière criminelle et la recherche des criminels ne sont pas un jeu qui doit obéir aux règles du marquis de Queensbury. Les autorités, qui ont affaire à des criminels rusés et souvent sophistiqués, doivent parfois user d'artifices et d'autres formes de supercherie, et ne devraient pas être entravées dans leur travail par l'application de la règle. Ce qu'il faut réprimer avec vigueur, c'est, de leur part, une conduite qui choque la collectivité. Qu'un policier prétende être l'aumônier d'un centre de détention et entende la confession d'un suspect, c'est là une conduite qui choque la collectivité; il en est de même du fait de se présenter comme avocat d'office de l'aide juridique pour obtenir ainsi des suspects ou des accusés des déclarations incriminantes; donner une injection de penthotal à un suspect atteint de diabète en prétendant lui administrer sa dose quotidienne d'insuline et utiliser sa déclaration en preuve choquerait aussi la collectivité. Mais en général, se prétendre toxicomane pour démanteler un réseau de drogue ne choquerait pas, pas plus que se prétendre, comme en l'espèce, conducteur de camion pour obtenir la condamnation d'un trafiquant; en fait, ce qui choquerait la collectivité serait d'empêcher la police d'utiliser un tel artifice.<sup>80</sup>

Malgré les avantages de nature opérationnelle qu'aurait pu comporter la réduction du paragraphe 24(2) à ce qu'il a été convenu d'appeler le «critère de la conduite qui choque la collectivité» et l'autorité qu'avaient conférée à ce test les décisions rendues par certaines cours d'appel du pays<sup>81</sup>, la Cour suprême en

---

<sup>79</sup> C'est ce qu'a soutenu le juge Ewaschuk, entre autres, à l'occasion de l'arrêt *R. c. Gibson* (1983), 37 C.R. (3<sup>e</sup>) 175 (H.C.J. Ont.). Quand on remarque que ce juriste représentait la Couronne dans l'affaire *Rothman* et qu'il a par la suite été associé à la rédaction de la *Charte*, on ne peut manquer d'accorder une certaine crédibilité à cette thèse.

<sup>80</sup> *Rothman*, *supra* note 34 à la p. 697.

<sup>81</sup> Voir par ex. *R. c. Collins* (1983), 5 C.C.C. (3<sup>e</sup>) 141, 33 C.R. (3<sup>e</sup>) 130 (C.A. C.-B.), inf. par *Collins*, *supra* note 30 ; *R. c. Hamill* (1984), 41 C.R. (3<sup>e</sup>) 123, 14 C.C.C. (3<sup>e</sup>) 338 (C.A. C.-B.) ; *R. c. Stevens* (1983), 58 N.S.R. (2<sup>e</sup>) 413, 35 C.R. (3<sup>e</sup>) 1 (C.S.D.A.). Par contre, la Cour d'appel de l'Ontario avait rejeté cette approche à plusieurs reprises, par ex. *Duguay* (C.A.), *supra* note 84 ;

vint à la conclusion dans l'arrêt *Collins* qu'il n'était pas approprié d'atténuer la règle d'exclusion incorporée dans la *Charte* en s'inspirant d'un raisonnement élaboré dans un autre contexte juridique. Aux yeux du juge Lamer, le seuil qui doit être franchi pour que l'administration de la justice soit déconsidérée dans le contexte d'une violation de la *Charte* serait moins élevé que celui à partir duquel l'utilisation d'un artifice pour obtenir une déclaration choquera la collectivité. Il y aurait à cela deux bonnes raisons. La première, c'est que l'exclusion de la preuve dans le cadre du paragraphe 24(2) de la *Charte* suppose la violation de la règle de droit la plus importante au pays, alors que l'utilisation d'un artifice pour provoquer une confession ne constitue pas même une conduite illégale. D'autre part, la version française («*est susceptible de déconsidérer l'administration de la justice*» [nos italiques]) est nettement moins exigeante que l'expression utilisée dans l'arrêt *Rothman* et reprise dans la version anglaise du paragraphe 24(2) de la *Charte* («*would bring the administration of justice into disrepute*»). Puisque l'un des buts visés par cette disposition est de protéger le droit à un procès équitable, au dire du juge Lamer, il n'est que normal de faire prévaloir la formulation la plus favorable à l'accusé et d'interpréter le texte anglais comme s'il y était stipulé que des preuves doivent être exclues si leur admission «*could bring the administration of justice into disrepute*»<sup>82</sup>.

Ceux qui voyaient poindre le spectre du «choc causé à la collectivité» derrière la règle d'exclusion énoncée dans la *Charte* peuvent donc maintenant être rassurés<sup>83</sup>. En revanche, on perçoit encore mal dans la jurisprudence de la Cour suprême le sens et la portée exacte qui doivent être attribués à cette mesure. S'il faut savoir gré à M. le juge Lamer d'avoir quelque peu systématisé l'analyse que nécessite la mise en application du paragraphe 24(2) de la *Charte*, force nous est cependant de reconnaître les flottements et les contradictions que suscite encore son exégèse.

On ne saurait comprendre la démarche de la Cour sans d'abord insister sur sa volonté ferme de ne pas s'inféoder à l'opinion publique dans la détermination de ce qui déconsidère l'administration de la justice. Comme le

---

*R. c. Manninen* (1983), 43 O.R. (2<sup>e</sup>) 731, 37 C.R. (3<sup>e</sup>) 162 (C.A.) ; *R. c. Simmons* (1984), 45 O.R. (2<sup>e</sup>) 609, 11 C.C.C. (3<sup>e</sup>) 193 (C.A.).

<sup>82</sup> *Collins*, *ibid.* aux pp. 287-88.

<sup>83</sup> Non seulement la Cour suprême a-t-elle réitéré dans un arrêt récent que le paragraphe 24(2) ne constituait pas la codification du critère dégagé par M. le juge Lamer dans l'arrêt *Rothman*, mais encore a-t-elle profité de l'occasion qui lui était fournie pour écarter le résultat même auquel on en était venu dans cette affaire en s'appuyant sur le droit au silence qu'enchâsserait l'article 7 de la *Charte* (*Hébert c. R.*, [1990] 2 R.C.S. 151, 77 C.R. (3<sup>e</sup>) 145 [ci-après *Hébert* avec renvois aux R.C.S.]).

rappelle M. le juge Lamer dans l'arrêt *Collins*<sup>84</sup>, la *Charte* a pour objet de protéger l'accusé contre la majorité, puisqu'il ne saurait être question de laisser à cette majorité le soin de la mettre en application<sup>85</sup>. Partant, le juge à qui l'accusé s'adresse pour réclamer l'exclusion d'une preuve ne devrait pas chercher à anticiper la réaction du public ou des médias avant de prendre sa décision et serait mieux avisé de s'interroger sur la meilleure mesure à prendre afin de préserver l'intégrité du tribunal qu'il préside. En d'autres termes, ce n'est pas à la perception évanescence et changeante que les citoyens peuvent avoir du système judiciaire que le juge doit s'en remettre pour déterminer ce qui déconsidère l'administration de la justice, mais bien plutôt à sa propre évaluation de ce que requiert la probité de l'institution à laquelle il appartient<sup>86</sup>.

Il aurait pu en aller autrement. À ne s'en tenir qu'au texte du paragraphe 24(2), on aurait été en droit de s'attendre à ce que les tribunaux renoncent à faire preuve de leadership en ce domaine et se contentent d'être à la remorque du sentiment populaire. Comme le reconnaît le juge Lamer lui-même<sup>87</sup>, le concept même de «déconsidération» («disrepute» en anglais) implique une évaluation externe. Or, à quelle autre opinion qu'à celle des administrés eux-mêmes pourrait-on vouloir s'intéresser lorsque vient le moment de s'interroger sur la considération dont jouit l'administration de la justice ? Il est vrai que cette opinion publique n'est pas toujours facile à déceler. Du moins les juges auraient-ils pu tenter de s'y référer en prenant connaissance d'office de certains faits et en tirant profit de leur propre expérience. La Cour a toutefois délibérément rejeté cette approche, en alléguant qu'il n'existait aucune preuve

---

<sup>84</sup> *Supra* note 30 à la p. 282. Le professeur Gibson, *supra* note 47 à la p. 246, cité par M. le juge Lamer dans l'arrêt *Collins*, *supra* note 30 à la p. 282, un des plus ardents promoteurs de l'utilisation des sondages d'opinion, a lui-même reconnu que «[l]a détermination finale doit relever des tribunaux, parce qu'ils constituent souvent la seule protection efficace des minorités impopulaires et des individus contre les revirements de la passion publique.» Dans son influent ouvrage, *Democracy and Distrust: A Theory of Judicial Review*, Cambridge, Harvard University Press, 1980, le professeur J.H. Ely a tiré les mêmes conséquences du caractère profondément anti-démocratique de l'enchâssement des droits fondamentaux. Voir aussi Roach, *supra* note 47.

<sup>85</sup> Le jugement de M. le juge Le Dain dans l'arrêt *Therens*, *supra* note 25 à la p. 653, préfigurait déjà l'opinion à laquelle devait se rallier plus tard la majorité dans l'affaire *Collins*. Il écrivait notamment : «C'est la cour qui est la mieux placée pour juger de ce qui est susceptible de déconsidérer l'administration de la justice.»

<sup>86</sup> On trouve dans l'arrêt *Greffe c. R.*, [1990] 1 R.C.S. 755, 55 C.C.C. (3<sup>e</sup>) 161 [ci-après *Greffe* avec renvois aux R.C.S.], une illustration frappante des résultats diamétralement opposés auxquels donnent lieu ces deux analyses en consultant les jugements discordants de la majorité et de la minorité. Voir aussi Paciocco, *supra* note 71 aux pp. 333-34.

<sup>87</sup> «La notion de déconsidération inclut nécessairement un certain élément d'opinion publique et la détermination de la déconsidération exige donc que le juge se réfère à ce qu'il estime être l'opinion de la société en général» (*Collins*, *supra* note 30 à la p. 281).

permettant «de déterminer avec certitude quel effet aurait sur l'opinion publique l'admission de tel ou tel élément de preuve dans les circonstances d'une affaire donnée»<sup>88</sup>.

Le professeur Gibson avait bien tenté d'obvier à cette difficulté en proposant d'avoir recours à des sondages d'opinion<sup>89</sup>. La Cour suprême s'est toutefois empressée d'écarter cette possibilité en prétextant que la multiplicité des circonstances pertinentes à chaque affaire et la diversité des facteurs dont il fallait tenir compte rendaient pour ainsi dire impossible l'utilisation de cet outil, sans compter que les frais inhérents à une preuve de ce genre sont d'une telle amplitude qu'ils décourageraient la plupart des inculpés à se prévaloir du paragraphe 24(2)<sup>90</sup>. Outre le fait que ces arguments résistent difficilement à une analyse rigoureuse<sup>91</sup>, ils dissimulent mal la méfiance que la Cour éprouve à l'endroit des réactions viscérales de la population. À la lecture de l'opinion émise par M. le juge Lamer dans l'arrêt *Collins*, il est en effet manifeste que c'est la crainte de voir les droits des minorités bafoués par la majorité qui oriente le raisonnement de la Cour, bien davantage que l'apparente impossibilité de prendre le pouls de cette majorité<sup>92</sup>.

---

<sup>88</sup> *Therens*, supra note 25 à la p. 653.

<sup>89</sup> D. Gibson, «Determining Disrepute: Opinion Polls and the Canadian Charter of Rights and Freedoms» (1983) 61 R. du B. can. 377.

<sup>90</sup> *Therens*, supra note 25 aux pp. 653-54.

<sup>91</sup> Les professeurs A.W. Bryant, M. Gold, H.M. Stevenson et D. Northrup ont démontré qu'il était possible de réaliser de tels sondages et que le nombre de paramètres dont il faut tenir compte ne constituait pas un obstacle insurmontable. Après avoir identifié trois situations classiques (conduite en état d'ébriété et droit à l'avocat ; possession de drogue et droit à la protection contre les fouilles, les perquisitions et les saisies abusives ; confessions et droit à l'avocat) et en avoir permuté les diverses variables pertinentes, les auteurs en sont venus à la conclusion que le public prend en considération les mêmes facteurs que la Cour suprême mais leur accorde un poids différent. Cette différence se traduit par une attitude plus favorable à l'admission des preuves obtenues illégalement. Ces résultats, auxquels on pouvait s'attendre, sont colligés dans deux articles : A.W. Bryant *et al.*, «Public Attitudes Toward the Exclusion of Evidence: Section 24(2) of the Canadian Charter of Rights and Freedoms» (1990) 69 R. du B. can. 1 [ci-après «Public Attitudes»] ; A.W. Bryant *et al.*, «Public Support for the Exclusion of Unconstitutionally Obtained Evidence» (1990) 1 Sup. Ct. L. Rev. (2<sup>e</sup>) 555. Quant aux coûts très élevés que de tels sondages impliquent, ils pourraient tout aussi bien être imputés au gouvernement qu'à l'accusé. À partir du moment où toutes les règles de l'art sont respectées, il s'agit après tout d'un élément de preuve purement factuel dont la facture peut très bien être portée à la charge du gouvernement sans qu'il en résulte un déplacement du fardeau de preuve.

<sup>92</sup> Après avoir implicitement adopté les motifs invoqués par M. le juge Le Dain dans l'arrêt *Therens* pour réfuter la thèse du professeur Gibson, M. le juge Lamer s'empresse d'ajouter qu'

[e]n règle générale, les membres du public ne deviennent conscients de l'importance de la protection des droits et libertés des accusés que lorsqu'ils sont eux-mêmes de quelque manière mis en contact plus intime avec le système, soit

Cela étant dit, la magistrature est également consciente qu'elle ne peut impunément faire complètement abstraction de la clameur populaire. Il en va non seulement du respect que peut commander le pouvoir judiciaire, mais aussi de l'autorité morale dont pourra se réclamer la *Charte* elle-même<sup>93</sup>. Cet éternel conflit entre les valeurs démocratiques et les droits fondamentaux du citoyen est certes présent dans toutes les dispositions substantives de ce document constitutionnel, mais c'est probablement dans le paragraphe 24(2) qu'il trouve sa plus pure expression<sup>94</sup>.

Aussi les juges de la Cour suprême ont-ils opté pour un compromis quelque peu ambigu en vertu duquel la détermination de ce qui déconsidère l'administration de la justice doit être laissée à un être quelque peu désincarné et insensible aux passions qui peuvent déchirer la société. En effet, l'«homme raisonnable» dans les souliers duquel le juge doit se placer pour faire cette détermination n'a rien à voir avec le «bon père de famille» si cher aux civilistes<sup>95</sup>. Les nombreuses précautions dont M. le juge Lamer entoure l'utilisation de ce test donnent en effet à penser que notre homme n'aura rien d'ordinaire. Non seulement devra-t-il être «objectif et bien informé de toutes les circonstances», mais, au surplus, devra-t-il connaître les nombreux facteurs auxquels il est fait allusion dans la jurisprudence pour soupeser l'impact qu'aurait à long terme l'admission ou l'exclusion de tel ou tel élément de

---

personnellement, soit par l'expérience de leurs proches ou d'amis (*Collins, supra* note 30 à la p. 282).

Cela laisse supposer, contrairement à ce qu'il affirme quelques lignes auparavant, que non seulement la perception du public à l'égard de la considération dont jouit l'administration de la justice ne sera pas déterminante, mais encore qu'elle ne sera tout simplement pas pertinente. Cette façon de voir les choses ressort également de *Duguay (C.A.)* dont les motifs ont été entérinés sans autre commentaire par six des sept juges de la Cour suprême qui ont entendu cette affaire en appel.

<sup>93</sup> La Cour d'appel de l'Alberta s'est faite l'écho de cette préoccupation en écrivant :

There is one factor that [...] will be relevant in all cases and that is whether reasonably minded members of the public understand and agree with the court's conclusion. A law that does not command the respect and support of reasonably minded persons will [...] bring the administration of justice into disrepute (*R. c. Phillips* (1986), 26 C.C.C. (3<sup>e</sup>) 60 à la p. 62, 50 C.R. (3<sup>e</sup>) 315 (C.A. Alta.)).

<sup>94</sup> Il est vrai que d'un point de vue sociologique ou philosophique, la crédibilité dont jouit l'administration de la justice peut être fonction d'une foule de facteurs et tenir par exemple à l'accessibilité des tribunaux, au sort réservé aux victimes d'actes criminels ou à la procédure de nomination des juges. Il n'en demeure pas moins que le législateur a choisi d'établir un lien entre la décision d'admettre ou d'exclure une preuve obtenue inconstitutionnellement et la perception que se font les citoyens de la justice. À moins de vouloir réécrire le paragraphe 24(2), les tribunaux ne peuvent ignorer ce lien (voir «Public Attitudes», *supra* note 91).

<sup>95</sup> Le juge Lamer s'inspire abondamment sur ce point de la thèse du professeur Morissette.

preuve ; et surtout, on prend bien soin d'ajouter que la personne raisonnable est «habituellement» la personne moyenne, «mais uniquement lorsque l'humeur courante de la société est raisonnable»<sup>96</sup>.

Compte tenu des controverses fréquentes que soulèvent les décisions relatives à l'admissibilité des preuves et de la difficulté qu'éprouvent les citoyens à faire preuve d'objectivité et à donner aux droits fondamentaux toute l'importance qu'ils méritent, on peut soupçonner que la personne raisonnable à laquelle il est fait allusion vivra dans un air très raréfié. En fait, c'est à une sorte de conscience collective immanente, ou encore au représentant de la société telle qu'elle devrait être, que l'on invite le juge à se référer. En procédant à cet exercice, ce dernier ne pourra qu'être investi d'une marge de manœuvre considérable.

Ce glissement imperceptible de la «personne raisonnable» au «juge raisonnable» n'est nulle part plus évident que dans le passage suivant du jugement de M. le juge Lamer dans l'arrêt *Collins* :

En pratique, comme le professeur Morissette l'a écrit, le critère de la personne raisonnable est là pour obliger les juges à [TRADUCTION] «se concentrer sur ce qu'il font le mieux: trouver au fond d'eux-mêmes, avec prudence et impartialité, un fondement pour leurs propres décisions, en formulant leurs motifs avec soin et en acceptant le contrôle d'un tribunal d'instance supérieure le cas échéant.»<sup>97</sup>

C'est dire en termes à peine voilés que le concept de la «personne raisonnable» n'est qu'une fiction utile destinée à permettre au juge d'extérioriser la norme qu'il crée de toutes pièces et à la rendre plus acceptable pour les justiciables<sup>98</sup>. Encore faudra-t-il que cette subtilité juridique soit bien comprise par les tribunaux et que l'on évite de prendre au pied de la lettre la

---

<sup>96</sup> *Collins*, *supra* note 30 à la p. 282.

<sup>97</sup> *Ibid.* aux pp. 282-83. Résumant la jurisprudence de la Cour suprême sur la question, la Cour d'appel du Québec a exprimé le même point de vue dans les termes suivants :

The test is not what the «public in general» or even a majority of the population might think. Rather, the judge himself or herself, examining all the circumstances carefully and impartially, must decide whether a reasonable person who understands the significance of the violation and the basic precepts of our system of justice, would consider admission or exclusion the greater evil (*Dubois*, *supra* note 55 à la p. 701).

<sup>98</sup> Le professeur Morissette, *supra* note 24 à la p. 538, se montrait plus explicite à cet égard en ajoutant, après la phrase citée par le juge Lamer : «A convenient and longstanding legal fiction exists for the purposes of judicial dialectics: the reasonable man, whether it be the man on the Clapham omnibus or, perhaps today in Canada, the career-woman on the Voyageur bus.»



recommandation de s'en remettre au jugement de la personne raisonnable. Si telle devait être l'attitude dominante, il y a fort à parier que la «dictature de la majorité» ne mettrait pas long à refaire surface<sup>99</sup>.

En rappelant au juge que «son pouvoir discrétionnaire est enraciné dans les valeurs de la société et, en particulier, ses valeurs à long terme,»<sup>100</sup> on vient forcément limiter considérablement sa discrétion. Est-ce à dire pour autant que la décision d'exclure ou d'admettre une preuve sera dictée dans la plupart des cas par l'application mécanique de quelques règles strictes ? Il se peut bien que la sédimentation de la jurisprudence nous entraîne lentement dans cette direction — nous verrons d'ailleurs bientôt que ce processus est déjà engagé — mais nous n'en sommes pas encore là.

Si le juge du procès est clairement tenu d'exclure une preuve dans l'hypothèse où il en vient à la conclusion que son utilisation est susceptible de déconsidérer l'administration de la justice, c'est néanmoins à lui qu'il appartient dans un premier temps de déterminer si l'utilisation de cet élément de preuve déconsidérerait bel et bien la justice<sup>101</sup>. Or, c'est précisément à ce

---

<sup>99</sup> Ce risque n'est pas que théorique, comme en font foi les arrêts *R. c. Aust* (1988), 96 A.R. 46, 15 M.V.R. (2<sup>e</sup>) 304 (C.P.) ; *R. c. Greffe* (1988), 57 Alta. L.R. (2<sup>e</sup>) 161, 62 C.R. (3<sup>e</sup>) 272 (C.A.) ; *R. c. Bent* (1987), 79 N.S.R. (2<sup>e</sup>) 169, 196 A.P.R. 169 (C.S.D.A.) [ci-après *Bent*]. On se convaincra de l'écart qui sépare la position de la Cour suprême d'une insistance trop marquée sur la personne raisonnable en lisant par exemple l'extrait suivant de l'arrêt *Bent* :

In deciding not to exclude the evidence that the appellant was in possession of such drug Judge MacEwan obviously applied a form of the reasonable person test. His decision appears to have been grounded on community values and we are not persuaded that it was unfair or unreasonable. It must be remembered that Judge MacEwan knows the New Glasgow community. He was in a position to ascertain, in the context of bringing the administration of justice into disrepute, what the mood of the average person in that community was towards the admission or rejection of the evidence that the appellant was in possession of cannabis resin (*Bent*, *ibid.* à la p. 174).

<sup>100</sup> *Collins*, *supra* note 30 à la p. 283.

<sup>101</sup> Dans l'affaire *Therens*, M. le juge Le Dain a semblé vouloir masquer ce pouvoir discrétionnaire en insistant sur cette obligation qui est faite au juge d'exclure la preuve lorsque les exigences posées par le paragraphe 24(2) de la *Charte* ont été remplies. Il écrit à ce propos :

Le pouvoir discrétionnaire se caractérise par l'existence d'un choix quant au parti à prendre et non pas simplement par le fait d'avoir à appliquer une norme souple. Aux termes du par. 24(2), lorsqu'un juge conclut que l'utilisation d'une preuve est susceptible de déconsidérer l'administration de la justice, il a le devoir et non pas le pouvoir discrétionnaire d'écarter cette preuve (*Therens*, *supra* note 25 à la p. 654).

Avec respect, nous croyons que cette dialectique fausse le débat et oriente la discussion sur une mauvaise piste. En effet, nul ne conteste le caractère automatique de l'exclusion à partir du mo-

niveau que le président du tribunal doit avoir une certaine marge de manœuvre. Il va de soi que cette discrétion, parce qu'elle doit être exercée judiciairement, ne saurait équivaloir à une licence complète et justifier le juge d'agir à sa guise ou de façon arbitraire. La Cour suprême a bien pris soin de l'encadrer en enjoignant les tribunaux à tenir compte d'un certain nombre de «facteurs» auxquels nous nous attarderons dans les pages suivantes. Il n'en demeure pas moins que l'application correcte de ces divers critères à une même situation de fait pourra donner lieu à des évaluations fort différentes, comme le reconnaît sans ambages M. le juge Lamer dans l'affaire *Collins*<sup>102</sup>.

En d'autres termes, il semble bien que l'application du paragraphe 24(2) soulève des questions mixtes de droit et de fait. Comme il se doit, la qualification de l'erreur prétendument commise par le tribunal de première instance aura un impact déterminant lorsque viendra le moment de préciser l'étendue du droit d'appel. Dans un langage qui rappelle étrangement la jurisprudence élaborée dans le contexte du droit administratif, la Cour suprême a réitéré à maintes reprises que la décision d'exclure ou d'admettre une preuve relevait au premier chef du juge du procès ; seules une «erreur manifeste quant aux principes ou aux règles de droit applicables» ou une «conclusion déraisonnable» autoriseront une cour d'appel à intervenir pour réformer la décision<sup>103</sup>. Le plus haut tribunal s'est d'ailleurs lui-même chargé d'illustrer

---

ment où il est établi que l'utilisation d'un élément de preuve est susceptible de déconsidérer l'administration de la justice ; toute la question consiste plutôt à déterminer quel doit être le rôle du juge lors de l'étape préliminaire qui consiste à déterminer si l'utilisation de cette preuve est bel et bien susceptible de déconsidérer la justice (voir sur ce point Mirfield, *supra* note 59).

<sup>102</sup> Après avoir quelque peu élaboré sur le concept de la «personne raisonnable», il conclut en indiquant que «le juge aura satisfait à ce critère si les juges d'appel refusent de s'ingérer dans sa décision en utilisant la déclaration bien connue qu'ils sont d'avis que cette décision n'est pas déraisonnable, même s'il se peut qu'ils aient tranché la question différemment» (*Collins, supra* note 30 à la p. 283). Il est vrai que l'on aurait pu en arriver sensiblement au même résultat en empruntant à la logique de la «règle» plutôt que celle de la «discrétion». Après tout, nombreuses sont les règles écrites en termes indéfinis et qui accordent à leurs interprètes un rôle créateur dont ne sont pas même investis les titulaires de certains pouvoirs discrétionnaires. Il n'en demeure pas moins qu'un tribunal siégeant en appel interviendra avec beaucoup moins de cir-conspection pour modifier une décision avec laquelle il est en désaccord lorsque cette dernière lui paraît découler de la mauvaise interprétation d'une règle plutôt que d'une mauvaise utilisation d'un pouvoir discrétionnaire. Voir à ce sujet Mirfield, *ibid.*, ainsi que D. Jutras, «Bilan provisoire (et toujours à refaire) de la règle d'exclusion» dans Barreau du Québec, dir., *Nouveaux Développements en droit criminel découlant de la Charte canadienne des droits et libertés*, Cowansville (Québec), Yvon Blais, 1988, 57.

<sup>103</sup> Voir *Grefte, supra* note 86 ; *Duguay, supra* note 74 ; *Kokesch c. R.*, [1990] 3 R.C.S. 3, 61 C.C.C. (3<sup>e</sup>) 207 [ci-après *Kokesch* avec renvois aux R.C.S.] ; *R. c. Goncalves*, [1993] 2 R.C.S. 3, 81 C.C.C. (3<sup>e</sup>) 240. Dans l'arrêt *Laliberté c. R.* (1989), 76 Sask. R. 285, [1989] 6 W.W.R. 459 (C.A.) [ci-après *Laliberté* avec renvois aux W.W.R.], la Cour d'appel de la Saskatchewan a repris cette idée en la développant quelque peu dans le passage suivant :

cette possibilité dans l'arrêt *Kokesch* en acceptant de réexaminer l'interprétation et le poids qu'avaient donnés les tribunaux d'instance inférieure à certaines circonstances<sup>104</sup>.

Comme on peut le constater, l'ambiguïté qu'entretient la Cour suprême eu égard au rôle que doivent jouer les tribunaux dans la mise en œuvre de la règle d'exclusion sert admirablement bien ses intérêts. Non seulement cette ambivalence soigneusement étudiée lui permet-elle de prétendre se faire l'interprète de la conscience collective alors même qu'elle impose sa propre vision de ce que requiert idéalement l'administration de la justice criminelle, mais encore l'autorise-t-elle plus prosaïquement à limiter considérablement le droit d'appel sans pour autant se dépouiller des pouvoirs dont elle dispose pour uniformiser et orienter l'exégèse du paragraphe 24(2).

## II. La mise en œuvre du principe d'exclusion

La discussion qui précède aura permis, du moins faut-il l'espérer, de prendre la mesure du dilemme auquel est confronté le juge à qui l'on demande d'exclure une preuve obtenue en violation d'un droit fondamental et de mieux

[T]hough the issue is one of law, there is an element of discretion in the decision of a trial judge acting on s. 24(2) of the Charter to admit or not to admit evidence. That discretion exists in relation to the judge having to decide whether the admission of the impugned evidence could bring the administration of justice in disrepute [...]

This is the sort of issue upon which reasonable people may reasonably differ — and frequently do — especially in relation to those situations at or near the margin. Often the matter is one of degree, and one judge may see it this way, another that, all the while employing the same criteria.

At the outset, therefore, I should think the function of an appellate court, broadly speaking, is one of review only, as in relation to other discretionary matters, to determine whether in arriving at his conclusion about the effect of the impugned evidence on the administration of justice, the trial judge erred in law in some material respect, or misapprehended or overlooked some relevant matter, or failed to act judicially. Provided it finds nothing of that nature, it seems to me that an appellate court, generally speaking, will be loath to interfere with the trial judge's conclusion, for that conclusion, in all likelihood then, will have been a reasonable one — if not one the judges on appeal, had they been trying the case in the first instance, might have reached [notes omises] (Laliberté, *ibid.* à la p. 468).

<sup>104</sup> Bien que les sept juges qui se sont prononcés dans cette affaire aient divergé d'opinion à propos des exigences que suppose la «bonne foi» des policiers et qu'ils ne se soient pas entendus sur l'impact qu'il faut accorder au fait que d'autres moyens moins envahissants peuvent être utilisés pour recueillir des éléments de preuve, ils se sont tous dits d'accord pour considérer qu'il s'agissait là d'un cas où la Cour pouvait intervenir dans l'exercice de sa juridiction d'appel.

comprendre la dimension quasi herculéenne de la tâche qui lui est confiée. En effet, on lui enjoint de prendre une décision que la société ne considérerait pas inacceptable «lorsque celle-ci n'est pas déchirée par la passion ou autrement tiraillée par des événements présents,»<sup>105</sup> sans pour autant se laisser guider aveuglément par l'opinion de la majorité. Constamment tiraillé entre le désir de se conformer à ce qu'il perçoit être les impératifs de la justice et la nécessité de s'inscrire dans la mouvance de son temps, il devra puiser dans les ressources du funambule et du prestidigitateur pour éduquer la population et la convaincre du bien-fondé de ses choix sans se l'aliéner<sup>106</sup>.

C'est dans ce contexte qu'il convient d'analyser les préoccupations que doivent avoir les juges chargés de déterminer si l'utilisation d'une preuve déconsidère l'administration de la justice. Plutôt que de s'en remettre à un certain nombre de critères glanés au hasard de la jurisprudence, M. le juge Lamer a en effet opté pour une approche plus systématique dans l'arrêt *Collins* en greffant ces divers facteurs autour de deux axes bien définis. Nous ne saurions donc faire abstraction de ces principes directeurs lorsque viendra le moment d'examiner l'usage qu'ont fait les tribunaux des paramètres qui structurent la mise en œuvre du paragraphe 24(2). Toutefois, avant de procéder à cet exercice, il nous faut franchir une étape préliminaire et s'interroger sur le lien — s'il en est un — qui doit exister entre la violation d'un droit fondamental et les éléments de preuve dont on soupèse l'admissibilité.

*A. Des éléments de preuve «obtenus dans des conditions» qui portent atteinte aux droits ou libertés garantis par la Charte*

Bien que le juge Lamer n'ait pas jugé bon de s'attarder à cette question dans l'arrêt *Collins*, on voit mal comment le rapport qui doit exister entre la preuve obtenue et le droit auquel on a porté atteinte pourrait être passé sous silence. S'il ne fournit pas de réponse précise à cette difficulté, le texte même

---

<sup>105</sup> *Collins*, supra note 30 à la p. 283.

<sup>106</sup> Le professeur Jutras a très bien exprimé cette réalité lorsqu'il a écrit :

Voilà donc le premier rôle symbolique de la règle d'exclusion: elle affirme la possibilité et la nécessité de maintenir la légitimité du procès pénal au moyen d'une règle de droit exprimant un consensus populaire. La règle d'exclusion joue un second rôle symbolique, éducatif celui-là. Puisqu'elle opère à partir de la perspective de la personne raisonnable détachée des passions du moment, il ne suffit pas au juge d'exprimer le consensus populaire; il devra dépasser ce consensus et tirer les conséquences d'une notion d'équité qui transcende l'opinion de la majorité. En ce sens, la règle d'exclusion est bien plus le moteur de la conception collective de l'équité que son véhicule (Jutras, supra note 102 aux pp. 78-79).

du paragraphe 24(2) la soulève indéniablement<sup>107</sup>. La plus ou moins grande connexité que l'on exigera entre la violation du droit et l'obtention de la preuve conditionnera dans une large mesure la portée du principe d'exclusion. En optant par exemple pour un lien de causalité strict, on se trouverait implicitement à soustraire de l'analyse que commande le paragraphe 24(2) tous les éléments de preuve matérielle qui dérivent d'une confession<sup>108</sup>.

C'est dans l'arrêt *Therens* que l'on s'est arrêté pour la première fois à cette exigence. Les résultats d'un test d'ivressomètre administré à un accusé que l'on avait préalablement privé du droit de consulter un avocat constituaient indéniablement une preuve «obtenue dans des conditions» qui portent atteinte à un droit garanti par la *Charte*. Pourtant, quatre des huit juges qui prirent part au jugement dans cette affaire sentirent le besoin de préciser leur pensée à cet égard. Deux d'entre eux en vinrent à la conclusion qu'un simple lien temporel suffisait<sup>109</sup>, tandis que les deux autres étaient plutôt d'opinion qu'un lien de causalité devait être établi<sup>110</sup>.

Il fallut attendre plus de trois ans pour que cette controverse trouve

---

<sup>107</sup> La formulation retenue par le Constituant ne pèche pas par excès de clarté et les juges de la Cour suprême qui ont abordé cette question n'y ont pas eu recours pour justifier leur position. Les interprétations diamétralement opposées auxquelles en sont venus les professeurs Morissette et Paciocco tendraient d'ailleurs à justifier leur prudence à ce chapitre. Le premier, Morissette, *supra* note 24 aux pp. 526-27, a soutenu que l'expression «in a manner» ne requiert pas un lien de causalité strict et peut s'accommoder d'un simple lien temporel. Le second, Paciocco, *supra* note 71 à la p. 345 et s., s'est objecté à cette lecture en alléguant que le contexte dans lequel ces mots étaient utilisés ne pouvait habilitier le juge à considérer d'autres preuves que celles «obtained in [an unconstitutional] manner.»

<sup>108</sup> C'est ce qu'a reconnu M. le juge en chef Dickson (au nom de la majorité) dans l'arrêt *Strachan*, *supra* note 30 aux pp. 1003-1004.

<sup>109</sup> Pour M. le juge Le Dain dans *Therens*, *supra* note 25 à la p. 649, «[i]l suffit que la violation ou la négation du droit ou de la liberté soit survenue avant ou pendant l'obtention de la preuve.»

<sup>110</sup> Bien que M. le juge Lamer (avec le concours du juge en chef Dickson) ne soit pas très explicite à propos du lien qui doit exister entre l'obtention d'une preuve et la violation d'un droit et qu'il se contente de rejeter la thèse avancée par M. le juge Le Dain, il est évident qu'une certaine relation de cause à effet lui paraît nécessaire. Conscient du fait qu'une définition étroite du droit à l'avocat ne procurerait pas ce lien (puisque l'accusé était de toute façon tenu de se soumettre au test) et obligerait inévitablement la Cour à tenir le même raisonnement que dans l'arrêt *Hogan*, M. le juge Lamer a dû anticiper quelque peu sur la décision qu'il allait rendre dans l'arrêt *R. c. Manninen*, [1987] 1 R.C.S. 1233, 41 D.L.R. (4<sup>e</sup>) 301 [ci-après *Manninen* avec renvois aux R.C.S.], pour élargir le sens et la portée qu'il convenait d'accorder à ce droit. En indiquant que la personne détenue devait avoir une possibilité raisonnable de consulter un avocat dans l'hypothèse même où elle ne peut refuser d'obtempérer à l'ordre d'un policier sous peine de sanction criminelle, il annonçait par ailleurs le jugement qui allait subséquemment être rendu dans l'arrêt *R. c. Thomsen*, [1988] 1 R.C.S. 640, 40 C.C.C. (3<sup>e</sup>) 411.

finalement son aboutissement<sup>111</sup>. Appelé à déterminer si la drogue saisie au cours d'une perquisition valide était admissible au procès de l'accusé dont on avait par ailleurs violé le droit de consulter un avocat, le juge en chef Dickson fit l'unanimité dans l'arrêt *Strachan* en décrétant que le premier volet du paragraphe 24(2) serait généralement satisfait par l'existence d'un lien temporel entre la violation de la *Charte* et la découverte des éléments de preuve. Pour bien marquer la cohésion de la Cour sur ce point, M. le juge Lamer y alla même d'une courte opinion concordante dans laquelle il se rallia aux vues qu'avaient exposées le juge Le Dain dans l'arrêt *Therens* en alléguant que la nécessité d'un lien (autre que temporel) «serait un critère trop difficile à appliquer»<sup>112</sup>. Depuis, la Cour suprême a réitéré à plusieurs reprises<sup>113</sup> la suffisance de ce lien temporel et a définitivement mis un terme au débat qu'elle avait elle-même alimenté.

Une lecture attentive des notes rédigées par M. le juge en chef Dickson permet de croire que deux préoccupations ont été à l'origine de cette prise de position. On a d'abord longuement insisté, jurisprudence à l'appui, sur les difficultés pratiques qu'entraînerait une exigence de causalité et sur l'interprétation restrictive des droits qui pourrait en résulter<sup>114</sup>. Sans vouloir nier la complexité des problèmes que soulève inévitablement le concept de causalité en droit, il faut néanmoins reconnaître que les tribunaux y sont régulièrement confrontés et ne se défilent pas devant cette responsabilité.

---

<sup>111</sup> Dans l'intervalle, la Cour d'appel de la Saskatchewan s'était résolument prononcée en faveur de la thèse défendue par M. le juge Le Dain dans l'arrêt *Therens* (voir *LaPlante*, *supra* note 76 ; *R. c. Baylis* (1988), 65 C.R. (3<sup>e</sup>) 62, 43 C.C.C. (3<sup>e</sup>) 514 (C.A. Sask.) [ci-après *Baylis* avec renvois aux C.C.C.]).

<sup>112</sup> *Strachan*, *supra* note 30 à la p. 1009.

<sup>113</sup> Par ex. *R. c. Brydges*, [1990] 1 R.C.S. 190, [1990] 2 W.W.R. 220 [ci-après *Brydges* avec renvois aux R.C.S.] ; *Duguay*, *supra* note 74 ; *R. c. Ross*, [1989] 1 R.C.S. 3, 46 C.C.C. (3<sup>e</sup>) 129 [ci-après *Ross* avec renvois aux R.C.S.] ; *Kokesch*, *supra* note 103 ; *R. c. Grant*, [1993] 3 R.C.S. 223, 84 C.C.C. (3<sup>e</sup>) 173 [ci-après *Grant* avec renvois aux R.C.S.] ; *R. c. Wiley*, [1993] 3 R.C.S. 263, 24 C.R. (4<sup>e</sup>) 34 ; *R. c. Plant*, [1993] 3 R.C.S. 281, [1993] 8 W.W.R. 287.

<sup>114</sup> M. le juge en chef Dickson écrit notamment :

Un lien de causalité strict exigerait des tribunaux qu'ils se demandent si les éléments de preuve auraient été découverts s'il n'y avait pas eu violation de la *Charte*. Conjecturer sur ce qui aurait pu arriver représente une tâche extrêmement artificielle. Distinguer les événements qui ont permis d'obtenir les éléments de preuve de ceux qui ne l'ont pas fait relève du sophisme. Les événements sont complexes et changeants. Il ne sera jamais possible de préciser ce qui serait arrivé s'il n'y avait pas eu violation de la *Charte*. À mon avis, ce genre de conjectures ne constitue pas une méthode d'examen appropriée pour les tribunaux (*Strachan*, *supra* note 30 à la p. 1002).

En tout état de cause, nous inclinons à penser que c'est d'abord et avant tout la volonté de ne pas restreindre indûment la portée de la règle d'exclusion en soustrayant *a priori* de son champ d'application les éléments de preuve matérielle découverts après une violation du droit à l'avocat qui s'est avérée la considération déterminante. Comme se plaît à le souligner M. le juge en chef Dickson, seule la preuve dérivée obtenue directement par suite d'une déclaration ou d'une autre indication de l'accusé pourrait être considérée comme ayant un lien de causalité avec l'atteinte au droit protégé. C'est dire qu'une grande partie de la preuve matérielle ne pourrait être exclue sur la base du paragraphe 24(2) lorsque l'atteinte au droit à l'avocat ayant précédé son obtention se serait produite à l'occasion d'une arrestation ou d'une perquisition valide<sup>115</sup>. La situation serait évidemment différente si le défaut de respecter les exigences découlant de l'alinéa 10b) de la *Charte* ne s'inscrivait pas dans le cadre d'une arrestation valide ou de l'exécution raisonnable d'un mandat de perquisition valide. On pourrait alors arguer que la présence d'un avocat aurait pu influencer sur le cours des événements et empêcher la découverte de certains éléments de preuve matérielle. Il n'en demeure pas moins que pour établir un lien de causalité entre la violation du droit à l'avocat et la cueillette des éléments de preuve matérielle dont on réclame l'exclusion, il faudrait distinguer selon les infractions en fonction du rôle qu'aurait pu jouer un avocat et conjecturer sur l'impact qu'aurait pu avoir son intervention<sup>116</sup>.

En rejetant sans équivoque la nécessité d'établir un lien de causalité<sup>117</sup> et en

---

<sup>115</sup> À l'exception de la preuve dérivée, les atteintes au droit d'avoir recours à l'assistance d'un avocat qui se produisent dans le cadre d'une arrestation ou de l'exécution d'un mandat de perquisition ne peuvent avoir un lien de causalité qu'avec des éléments de preuve qui ont un effet auto-incriminant. [...] Imposer un lien de causalité strict aurait tendance à empêcher que les éléments de preuve matérielle découverts après une violation de l'al. 10b) soient examinés en application du par. 24(2) de la *Charte* (*ibid.* à la p. 1004).

<sup>116</sup> M. le juge en chef Dickson écrit à ce propos :

Imposer un lien de causalité aurait pour résultat que les violations de l'al. 10b) seraient traitées différemment selon le rôle joué par l'avocat et d'inciter à faire des conjectures futiles sur ce qui aurait pu se passer si l'accusé avait exercé son droit d'avoir recours à l'assistance d'un avocat (*ibid.* à la p. 1005).

<sup>117</sup> Il va sans dire que l'exigence d'un lien temporel ne s'oppose pas à ce que l'on fasse la preuve d'un lien de causalité. Bien que cela puisse paraître aller de soi, M<sup>me</sup> le juge Wilson a senti le besoin de l'affirmer explicitement dans l'arrêt *R. c. Black*, [1989] 2 R.C.S. 138, 50 C.C.C. (3<sup>e</sup>) 1 [ci-après *Black* avec renvois aux R.C.S.]. Rendant jugement au nom d'une cour unanime, elle écrivit :

Bien que le Juge en chef laisse entendre, dans l'arrêt *Strachan*, qu'«un lien de causalité» est un critère trop strict pour décider si les éléments de preuve ont été

refusant de distinguer selon les circonstances entourant la violation ou le genre d'éléments de preuve obtenus, la Cour a clairement signifié qu'elle n'entendait pas utiliser la première étape que semble prescrire le texte du paragraphe 24(2) pour filtrer les demandes fondées sur cette disposition. Il faut cependant se garder d'en inférer un rejet implicite de la distinction mise de l'avant dans l'arrêt *Collins* entre les éléments de preuve ayant un effet auto-incriminant et les éléments de preuve matérielle. On a en effet bien pris soin de noter dans l'affaire *Black* que cette dichotomie gardait toute sa signification lorsqu'il s'agissait d'évaluer, dans un deuxième temps, si l'utilisation d'un élément de preuve était susceptible de déconsidérer l'administration de la justice<sup>118</sup>.

D'autre part, il serait erroné de croire que la connexité entre la violation d'un droit fondamental et les éléments de preuve dont on recherche l'exclusion n'entrera jamais en ligne de compte. Au contraire, il ne fait pas l'ombre d'un doute que la nature et l'intensité de ce lien auront une influence déterminante lorsque viendra le moment de déterminer si l'utilisation des éléments de preuve contestés serait susceptible de déconsidérer l'administration de la justice<sup>119</sup>. Tant et si bien qu'il faut se garder de voir dans cette supposée mise à l'écart du lien de causalité une quelconque indication des objectifs inavoués qu'entend

---

«obtenus dans des conditions» qui portent atteinte aux droits de l'appelante, je ne crois pas qu'il a voulu empêcher le recours au critère du lien de causalité dans les cas où ce lien est manifestement présent et que les éléments de preuve obtenus constituent manifestement des éléments de preuve dérivée (*Black, ibid.* aux pp. 162-63).

<sup>118</sup> M<sup>me</sup> le juge Wilson a bien dissocié les deux étapes dans le passage suivant :

On pourrait soutenir que l'arrêt *Strachan* rend sans importance la distinction entre les éléments de preuve ayant un effet auto-incriminant et les éléments de preuve matérielle, dès qu'il est constaté que les deux types d'éléments de preuve résultent d'une seule suite d'événements qui comportent une violation continue de la *Charte*. Je ne crois pas que l'arrêt *Strachan* appuie cette proposition. Il n'y a rien dans les motifs rédigés par le Juge en chef dans l'arrêt *Strachan* qui laisse entendre qu'on a voulu faire une brèche aussi importante dans l'arrêt *Collins* rendu antérieurement par cette Cour. C'est tout le contraire. La première étape de l'analyse, selon l'arrêt *Strachan*, porte sur la question préliminaire de savoir s'il existe un lien, sous réserve du degré de proximité, entre la violation de la *Charte* et la preuve obtenue. La seconde étape consiste à évaluer divers facteurs en vue de déterminer si l'utilisation de la preuve est susceptible de déconsidérer l'administration de la justice. C'est à cette seconde étape, me semble-t-il, que la nature de la preuve devient pertinente, selon l'arrêt *Collins* (*Ibid.* à la p. 165).

<sup>119</sup> Se disant d'avis que les trois groupes de facteurs dont il faut tenir compte pour juger de l'admissibilité d'une preuve englobent des aspects du lien qui doit exister entre cette preuve et la violation de la *Charte*, le juge en chef Dickson a reconnu dans l'arrêt *Strachan*, supra note 30 à la p. 1006, que «[l']existence d'un lien de causalité est un facteur à prendre en considération en vertu du second volet du par. 24(2).»



poursuivre la Cour par le biais de la règle d'exclusion<sup>120</sup>.

En définitive, tout se passe comme si le plus haut tribunal avait voulu conserver toute sa marge de manœuvre. En faisant du lien de causalité une dimension dont il faut tenir compte dans l'application des divers facteurs mis de l'avant dans l'arrêt *Collins* plutôt que de l'isoler pour en faire une analyse distincte, la Cour se ménage une plus grande discrétion et se reconnaît une latitude qu'une analyse plus compartimentée lui aurait fait perdre. De sorte que seuls les éléments de preuve ayant un lien temporel trop ténu avec la violation d'un droit fondamental échapperont à l'analyse qu'impose le paragraphe 24(2)<sup>121</sup>. Compte tenu de la nature des droits en cause, il ne serait pas surprenant que cette brisure soit plus facile à établir lorsque la preuve attaquée a été obtenue consécutivement à une violation de l'article 8 plutôt qu'à la suite d'une

---

<sup>120</sup> Certains auteurs ont prétendu qu'en optant pour un lien temporel plutôt que pour un lien de causalité et en se réservant ainsi la possibilité d'intervenir beaucoup plus fréquemment, la Cour entendait contrôler plus étroitement le travail des policiers. Par voie de conséquence, le plus haut tribunal se serait implicitement éloigné de l'objectif retenu par le Constituant dans le texte du paragraphe 24(2) pour lui substituer une fonction de dissuasion policière (voir Chevette et Morel, *supra* note 8). Dans la même veine, un autre commentateur a prétendu que le juge Dickson avait fait fausse route en alléguant que la nécessité de prouver un lien de causalité entre la violation de la *Charte* et les éléments de preuve dont l'exclusion est demandée aurait pour effet d'encourager une lecture restrictive des droits et libertés garantis par la *Charte*. Aux yeux du professeur Paciocco, une interprétation du paragraphe 24(2) qui réduit le nombre de cas où la preuve peut être exclue ne peut avoir d'impact négatif sur la portée des droits et libertés que dans la mesure où l'on considère l'exclusion comme étant nécessaire pour donner leur pleine mesure à ces droits ou pour en réduire les violations. Ces derniers sont deux approches que la Cour a explicitement rejetées à plusieurs occasions. Avec respect pour les tenants de ces diverses opinions, cette lecture de l'arrêt *Strachan* ne nous paraît pas tout à fait correcte. On prend en effet pour acquis que le degré de causalité, s'il doit être pris en considération, doit nécessairement l'être au stade initial de l'analyse. Or, rien n'est moins sûr et le refus d'en tenir compte à cette étape ne préjuge pas de l'importance qui pourra lui être accordée lorsque viendra le moment de soupeser les divers facteurs permettant de déterminer si l'utilisation des éléments de preuve serait susceptible de déconsidérer l'administration de la justice.

<sup>121</sup> Dans l'arrêt *Strachan*, le juge en chef Dickson a reconnu la possibilité que des éléments de preuve ne franchissent pas la première étape et ne puissent faire l'objet d'un examen complet fondé sur le paragraphe 24(2). Il écrivit à ce sujet :

Il y aura des cas où les éléments de preuve, bien qu'ils aient été obtenus suite à la violation d'un droit garanti par la *Charte*, seront trop éloignés de la violation pour avoir été «obtenus dans des conditions» qui portent atteinte à la *Charte*. À mon avis, ces situations devraient être considérées individuellement. Il ne peut y avoir de règle stricte pour déterminer le moment où les éléments de preuve obtenus par suite de la violation d'un droit garanti par la *Charte* deviennent trop éloignés (*Strachan*, *supra* note 30 à la p. 1006).

atteinte à l'alinéa 10b)<sup>122</sup>.

***B. Des éléments de preuve dont l'utilisation serait susceptible de déconsidérer l'administration de la justice***

Si le premier volet de l'analyse ne suscitera généralement pas de difficultés, il en ira tout autrement lorsque viendra le moment de déterminer si l'administration de la justice serait susceptible d'être déconsidérée par l'utilisation de certains éléments de preuve. À ce chapitre, il semble bien qu'il faille distinguer selon la nature de la preuve en cause : une preuve obtenue en mobilisant l'accusé contre lui-même ne sera pas traitée de la même façon qu'une preuve de nature matérielle.

C'est dans l'opinion dissidente de M. le juge Le Dain dans l'affaire *Therens* que l'on retrouve les germes de cette dichotomie. Considérant que le droit à l'avocat est au cœur du processus criminel, il en vint à la conclusion que sa négation «constitue à première vue un acte qui déconsidère l'administration de la justice»<sup>123</sup> et ajouta même que la gravité de l'accusation criminelle amplifiait cette conséquence. Par ailleurs, la situation était tout autre lorsque la protection contre les fouilles, les perquisitions et les saisies abusives était en cause ; parce que ce droit ne revêtait pas la même importance à ses yeux, il fallait alors prendre en considération les circonstances ayant entouré la violation constitutionnelle et faire preuve d'une plus grande tolérance lorsque l'infraction reprochée au prévenu était sérieuse<sup>124</sup>. Comme on aura pu le constater, M. le

---

<sup>122</sup> La violation du droit à l'avocat est susceptible d'affecter le déroulement de tous les événements subséquents, et ses effets peuvent difficilement être isolés dans le temps. Il n'en va pas de même des fouilles, des perquisitions et des saisies, dont les conséquences sont en général beaucoup plus immédiates (voir Roach, *supra* note 47). L'arrêt *Kokesch* illustre cependant la possibilité que deux perquisitions consécutives soient assimilées à une seule et même opération pour les fins du paragraphe 24(2). Dans cette affaire, les policiers avaient découvert que l'accusé faisait la culture du chanvre indien dans sa résidence en procédant à une perquisition périphérique de sa demeure sans mandat. De leur propre aveu, ils n'avaient aucun motif raisonnable et probable de croire qu'une infraction à la *Loi sur les stupéfiants*, L.R.C. 1985, c. N-1, avait été ou était en train d'être commise. Ils se servirent néanmoins des renseignements recueillis à l'occasion de cette perquisition illégale et des observations visuelles, olfactives et auditives qu'ils n'auraient pu faire autrement pour obtenir, par la suite, un mandat de perquisition de la résidence et saisir plusieurs plants de chanvre indien. Tous les membres de la Cour en vinrent à la conclusion que le lien entre la perquisition initiale (inconstitutionnelle parce que sans mandat) et la découverte ultérieure de la preuve était suffisamment étroit pour conclure que les éléments de preuve avaient été obtenus en violation de l'article 8 de la *Charte*.

<sup>123</sup> *Therens*, *supra* note 25 à la p. 653.

<sup>124</sup> Le professeur MacCrimmon s'est insurgé contre cette distinction en faisant valoir que la peine dont la personne accusée d'un crime grave était passible ne variait pas en fonction du droit

juge Le Dain mettait davantage l'accent sur la nature du droit violé plutôt que sur le genre de preuve obtenue. Il n'en demeure pas moins que ces deux composantes ont un lien très étroit et sont en pratique rarement dissociables, comme en fait foi la jurisprudence subséquente.

Dans les années qui suivirent, les tribunaux d'instance inférieure tentèrent par tous les moyens de limiter la portée de cette décision et surtout de tempérer le caractère quasi automatique de l'exclusion qu'elle semblait annoncer, du moins dans certaines circonstances<sup>125</sup>. Les décisions qui s'ensuivirent souffraient cependant d'un vice fondamental en ce qu'elles s'appuyaient, sans effort apparent de systématisation, sur les facteurs les plus divers. Il va sans dire qu'une telle anarchie ne pouvait qu'annoncer une mise en application fluctuante et peu ordonnée de la règle d'exclusion.

C'est au juge Lamer qu'il revint de mettre un peu d'ordre dans ce cafouillis en proposant une rationalisation des divers critères utilisés jusqu'alors. Se disant d'avis que la déconsidération additionnelle dont peut souffrir l'administration de la justice «découlera de l'utilisation des éléments de preuve qui priveraient l'accusé d'un procès équitable ou de l'absolution judiciaire d'une conduite inacceptable de la part des organismes enquêteurs ou de la poursuite»<sup>126</sup>, il procéda par la suite au regroupement des divers facteurs retenus jusque là par les tribunaux en s'inspirant de cette dichotomie. C'est dans cette optique qu'il devait accorder un statut particulier à la preuve de nature auto-incriminante.

Prenant pour acquis que «[l]e procès joue un rôle clé dans l'administration de la justice» et que «l'équité des procès au Canada est une source majeure de la considération dont jouit le système et constitue actuellement un droit garanti par l'al. 11*d*) de la Charte»<sup>127</sup>, M. le juge Lanier n'hésita pas à en déduire un

---

auquel on avait porté atteinte (M.T. MacCrimmon, «Developments in the Law of Evidence: The 1984-85 Term» (1986) 8 Sup. Ct. L. Rev. 249).

<sup>125</sup> Il est vrai que dans l'arrêt *Therens M.* le juge Le Dain avait ultimement admis la preuve parce que les policiers s'étaient appuyés en toute bonne foi sur l'arrêt *Chromiak c. R.*, [1980] 1 R.C.S. 471, 49 C.C.C. (2<sup>e</sup>) 257 [ci-après *Chromiak*] pour conclure que l'inculpé n'avait pas droit à l'assistance d'un avocat suite à une sommation faite en vertu du paragraphe 235(1) C. cr. Toutefois, la majorité ne fut pas de cet avis et estima qu'il s'agissait au contraire d'une violation flagrante devant entraîner le rejet des éléments de preuve ainsi obtenus. Bien qu'il limite ses considérations aux éléments de preuve directs, M. le juge Estey va en quelque sorte plus loin que le juge Le Dain puisqu'il semble vouloir exclure derechef ces éléments de preuve dès lors qu'une violation flagrante d'un droit constitutionnel (et pas nécessairement du seul droit à l'avocat) a été commise.

<sup>126</sup> *Collins*, *supra* note 30 à la p. 281.

<sup>127</sup> *Ibid.* à la p. 284.

corollaire dont on discute encore la signification précise et qui tient essentiellement dans la phrase suivante :

Si l'utilisation de la preuve portait atteinte de quelque façon à l'équité du procès, alors celle-ci tendrait à déconsidérer l'administration de la justice et, sous réserve de la considération des autres facteurs, la preuve devrait généralement être écartée.<sup>128</sup>

En faisant de l'équité du procès un point de référence obligé, sinon le pivot sur lequel repose notre système de justice, la Cour suprême n'innovait pas vraiment mais s'en tenait au contraire à l'échelle de valeurs qu'elle véhicule en filigrane depuis l'entrée en vigueur de la *Charte*. Cette échelle de valeurs élève la présomption d'innocence et les droits qui s'y rattachent (droit au silence, protection contre l'auto-incrimination et droit à l'avocat) au premier rang des garanties constitutionnelles. Cette démarche était par ailleurs prévisible dans le contexte de la règle d'exclusion, à partir du moment où l'on se faisait fort d'insister sur l'impact que peut avoir l'*utilisation* de la preuve au procès plutôt que sur les conditions dans lesquelles elle a été obtenue<sup>129</sup>.

Est-ce à dire que tout élément de preuve portant atteinte à l'équité du procès doit automatiquement et nécessairement être écarté par le tribunal à qui l'accusé en fait la demande sous l'autorité du paragraphe 24(2) ? Si l'on ne s'en tenait qu'aux notes de M. le juge Lamer dans l'arrêt *Collins*, et en particulier au passage cité plus haut<sup>130</sup>, il faudrait sans doute répondre par la négative à cette

---

<sup>128</sup> *Ibid.*

<sup>129</sup> Dans une analyse fort clairvoyante du paragraphe 24(2), le professeur Morissette n'avait pas manqué d'anticiper ce scénario et s'était élevé contre une lecture trop littérale de cette disposition qui risquait d'en réduire considérablement la portée et même d'en limiter l'impact en la confinant aux seules situations déjà couvertes par la règle de *common law* relative aux confessions. Comme il l'écrivait lui-même :

It is very difficult to see how the admission of evidence, *in and of itself*, can ever bring the administration of justice into disrepute. The problem may perhaps arise where there exists a well-established rule of extrinsic policy (such as the legal professional privilege) and a court admits evidence despite a manifestly valid claim of privilege. The problem, more likely, can arise if the evidence itself is of manifestly insufficient relevance, weight or reliability (all three of which pertain to intrinsic policy). But to say that evidence shall be excluded when, having been obtained improperly, its admission would bring the administration of justice into disrepute, and to mean it literally, is to confine the operation of the exclusionary principle to an exceedingly small class of cases. It will arise in confession cases, for which, however, there already exists a common law rule that fully satisfies the requirements of intrinsic policy and occasionally exceeds them (Morissette, *supra* note 24 à la p. 548).

<sup>130</sup> Voir *supra* note 127 et citation correspondante.

question. De fait, la Cour a maintes fois tenu compte des facteurs qu'elle avait plus directement associés à la preuve matérielle dans l'arrêt *Collins*<sup>131</sup> avant de conclure qu'une preuve de nature auto-incriminante tendrait à discréditer l'administration de la justice<sup>132</sup>.

Lorsque les éléments de preuve en cause ne sont pas susceptibles d'entacher l'équité du procès, l'exclusion pourra encore être prononcée en certaines circonstances. La Cour devra alors tenir compte d'un certain nombre de facteurs ayant trait à la gravité de la violation de la *Charte* ainsi qu'aux effets de l'exclusion de la preuve. S'agissant du premier ordre de considérations, il faudra entre autres se demander

si la violation a été commise de bonne foi, si elle a été commise par inadvertance ou s'il s'agissait d'une simple irrégularité, si elle a eu lieu dans une situation d'urgence ou pour prévenir la perte des éléments de preuve, et si ces derniers auraient pu être obtenus sans violation de la *Charte*<sup>133</sup>.

Quant aux facteurs liés aux effets qu'entraînerait l'exclusion de la preuve, ils gravitent essentiellement autour de la question suivante : la considération dont jouit le système sera-t-elle mieux servie par l'admission ou l'exclusion de la preuve ? En règle générale, on n'écartera pas des éléments de preuve essentiels pour justifier l'accusation à cause d'une violation anodine de la *Charte*. Plus l'infraction reprochée sera grave, plus l'administration de la justice risquerait d'être déconsidérée par l'exclusion de la preuve dans un tel contexte. Il en ira cependant tout autrement lorsqu'il y va de l'équité du procès. La gravité de l'infraction jouera alors en sens contraire et rendra plus probable l'exclusion de la preuve ; car plus l'infraction est grave, plus un procès inéquitable nuirait à la considération dont jouit l'administration de la justice.

Nous aurons évidemment l'occasion de revenir un peu plus loin sur le sens précis qu'il faut accorder à ces deux séries de préoccupations. Qu'il suffise

<sup>131</sup> Il s'agit des facteurs reliés à la gravité de la violation et à l'effet de l'exclusion de la preuve. Voir ci-dessous les points 2 et 3 de la présente section.

<sup>132</sup> Voir par ex. *Black*, *supra* note 117 ; *Brydges*, *supra* note 113 ; *Ross*, *supra* note 113 ; *Manninen*, *supra* note 110 ; *R. c. Evans*, [1991] 1 R.C.S. 869, 4 C.R. (4<sup>e</sup>) 144 [ci-après *Evans* avec renvois aux R.C.S.] ; *Hébert*, *supra* note 83 ; *R. c. Mellenthin*, [1992] 3 R.C.S. 615, 16 C.R. (4<sup>e</sup>) 273 ; *R. c. Broyles*, [1991] 3 R.C.S. 595, [1992] 1 W.W.R. 289 [ci-après *Broyles* avec renvois aux R.C.S.].

<sup>133</sup> Nous empruntons ici à la synthèse que le juge en chef Dickson a faite dans l'arrêt *R. c. Jacoy*, [1988] 2 R.C.S. 548 à la p. 559, 45 C.C.C. (3<sup>e</sup>) 46 [ci-après *Jacoy* avec renvois aux R.C.S.] et des propos tenus par le juge Lamer dans l'arrêt *Collins*. Il convient par ailleurs de noter que ces facteurs originent pour l'essentiel de l'opinion du juge Le Dain dans l'arrêt *Therens*.

pour l'instant d'attirer l'attention sur le fait qu'une preuve dont l'admission compromettrait l'équité du procès ne saurait être sauvegardée en recourant à ces deux groupes de facteurs. Ces derniers peuvent certes aggraver la violation des droits de l'accusé et rendre d'autant plus péremptoire l'exclusion d'une preuve obtenue subséquemment, mais ils ne doivent jamais être perçus comme pouvant atténuer les impacts de cette violation sur l'équité du procès<sup>134</sup>.

## 1. La preuve de nature auto-incriminante

### a. Considérations préliminaires

Si la Cour fait preuve d'une sollicitude toute particulière à l'égard de la preuve auto-incriminante et se montre plus stricte lorsque vient le moment d'examiner l'admissibilité aux termes du paragraphe 24(2), c'est d'abord et avant tout parce qu'elle accorde une attention spéciale à l'équité du procès et aux droits qui s'y rattachent, tels la présomption d'innocence, le droit au silence et plus généralement le droit de ne pas collaborer avec les autorités pour établir sa propre culpabilité. Si la nature de la preuve obtenue est généralement déterminante dans ce contexte, elle ne doit pas pour autant occulter le lien qui l'unit à certains droits fondamentaux garantis par la *Charte*. Partant, n'est-on pas en droit de se demander si la dichotomie opérée par la Cour entre la preuve auto-incriminante et la preuve matérielle n'entraînera pas une certaine hiérarchisation des droits ? Que dire des relents dont est chargée cette catégorisation de la preuve, laquelle nous ramène à une jurisprudence que l'on croyait pourtant révolue ?

Il est vrai qu'à prime abord, cette façon de poser le problème s'apparente étrangement aux préoccupations traditionnelles reliées à la force probante de la preuve matérielle par opposition à celle des aveux de l'accusé dont le caractère volontaire est mis en doute. Toutefois cette filiation est trompeuse. En effet,

---

<sup>134</sup> [L]a mauvaise foi de la police peut militer en faveur de l'exclusion parce que, comme l'indique le juge Lamer dans l'arrêt *Collins*, elle peut tendre à démontrer un «mépris flagrant de la *Charte*». La bonne foi de la police ne militera cependant pas en faveur de l'utilisation de la preuve obtenue pour remédier à un procès inéquitable. Le fait que les policiers croyaient agir raisonnablement n'a guère de quoi consoler un accusé si, par suite de leurs actes, il subit une atteinte à son droit à l'équité du processus criminel [notes omises] (*R. c. Elshaw*, [1991] 3 R.C.S. 24 à la p. 43, 67 C.C.C. (3<sup>e</sup>) 97 [ci-après *Elshaw* avec renvois aux R.C.S.]).

Voir aussi *R. c. Borden* (1993), 124 N.S.R. (2<sup>e</sup>) 163, 84 C.C.C. (3<sup>e</sup>) 380 (C.S.D.A.) [ci-après *Borden* avec renvois aux C.C.C.]; *R. c. Pippin* (1994), 27 C.R. (4<sup>e</sup>) 251, [1994] 4 W.W.R. 1 (C.A. Sask.). *Contra* : *Therens*, *supra* note 25 à la p. 653, M. le juge Le Dain, dissident.

dans l'affaire *Wray*, l'équité du procès ne commandait l'exclusion d'une preuve que dans la mesure où ses effets préjudiciables dépassaient largement sa force probante<sup>135</sup>. Or, toute la jurisprudence élaborée par la Cour suprême dans le cadre du paragraphe 24(2) démontre un changement d'attitude marqué ; ce n'est plus cette disproportion entre les effets préjudiciables de la preuve et sa force probante qui retiendra l'attention, mais bien la protection de l'accusé contre l'auto-incrimination.

Étant donné le rapport étroit qui existe entre la violation de certains droits constitutionnels et l'obtention d'une preuve de nature auto-incriminante, certains auteurs se sont empressés de conclure que la Cour suprême privilégiait indûment certaines garanties fondamentales alors même que la *Charte* les plaçait formellement sur un pied d'égalité<sup>136</sup>. Il est vrai que le plus haut tribunal n'a jamais fait mystère de l'intérêt tout particulier qu'il portait à la présomption d'innocence et à la protection contre l'auto-incrimination dans le contexte du paragraphe 24(2). D'autre part, il est également exact d'affirmer qu'en théorie, l'administration de la justice peut être discréditée tout autant par ce qui se passe avant le procès que par ce qui se déroule dans la salle d'audience. Toutefois, ce que la constitution requiert, c'est l'exclusion de la preuve dont l'*utilisation* (et non l'obtention) est susceptible de déconsidérer l'administration de la justice<sup>137</sup>.

<sup>135</sup> Voir *supra* note 33 et s. et texte correspondant.

<sup>136</sup> Commentant la position du juge Le Dain dans l'arrêt *Therens*, le professeur Roach a écrit :

The right to counsel can be seen as the fundamental pre-condition to a due process and accusatorial model of criminal justice, but Charter rights enshrine more than the values of the due process «obstacle course» which requires a lawyer to negotiate. The rights in s. 8 and s. 9 represent values of human autonomy distinct from procedural values. It is difficult to see why the right to counsel should tilt the balance in favour of exclusion of evidence in the way an arbitrary imprisonment or unreasonable search would not (Roach, *supra* note 47 à la p. 250).

Voir aussi MacCrimmon, *supra* note 124 ; R.J. Delisle, «Collins: An Unjustified Distinction» (1987) 56 C.R. (3<sup>e</sup>) 216 ; R.J. Delisle, «The Exclusion of Evidence Obtained Contrary to the Charter: Where Are We Now?» (1989) 67 C.R. (3<sup>e</sup>) 288. Dans l'arrêt *R. c. Turcotte*, [1988] 2 W.W.R. 97, 39 C.C.C. (3<sup>e</sup>) 193 (C.A. Sask.), la Cour a écarté une preuve matérielle obtenue en contravention de l'article 8 de la *Charte* en soutenant que le droit à la vie privée devait recevoir la même protection que le droit de ne pas s'incriminer. Voir aussi *Baylis*, *supra* note 111.

<sup>137</sup> *Charte*, *supra* note 1, par. 24(2).

C'est la question de savoir si l'utilisation des éléments de preuve est susceptible de déconsidérer l'administration de la justice qui constitue le critère applicable. La conduite inacceptable de la police au cours de l'enquête a souvent un effet sur la considération dont jouit l'administration de la justice, mais le par. 24(2) n'offre pas une réparation à l'égard de la conduite inacceptable de la police en imposant l'exclusion de la preuve si, à cause de cette conduite, l'administration de la justice était déconsidérée. Le paragraphe 24(2) aurait pu être rédigé en ces termes, mais ce

Faut-il dès lors s'étonner que la preuve de nature auto-incriminante fasse l'objet d'un statut particulier ? Ne s'agit-il pas du seul type de preuve dont l'admission en tant que telle est susceptible de déconsidérer l'administration de la justice en raison de ses effets nuisibles sur l'équité du procès ? N'eut-été de la violation du droit au silence de l'accusé, la preuve auto-incriminante n'aurait jamais vu le jour et il n'est que normal de vouloir soustraire la victime de cette violation à ses effets préjudiciables. Comme on l'a noté dans l'arrêt *Elshaw*, il y a un «lien direct» entre la violation de la *Charte* et la preuve de ce type.

On ne saurait évidemment en dire autant de la preuve matérielle qui, par définition, existait indépendamment de la violation d'un droit garanti par la *Charte*. Le seul fait de l'utiliser contre l'accusé ne peut donc avoir des conséquences néfastes sur l'équité du procès. Cela étant dit, elle ne pourra être exclue que dans l'hypothèse où son admission équivaldrait à «l'absolution judiciaire d'une conduite inacceptable de la part des organismes enquêteurs ou de la poursuite»<sup>138</sup>. Il en ira ainsi lorsque la gravité de la violation sera telle que l'admission de la preuve en découlant ne pourrait que discréditer davantage l'administration de la justice en associant pour ainsi dire le tribunal à la bavure policière.

Quoiqu'il en soit, il faut se garder de conclure trop rapidement que la preuve auto-incriminante ne peut être associée qu'à un nombre restreint de droits fondamentaux. S'il est vrai que les transgressions du droit à l'avocat et de la protection contre l'auto-incrimination sont davantage susceptibles de produire des preuves de cette nature, il n'en demeure pas moins que la violation de certaines autres garanties procédurales peut à l'occasion entraîner le même résultat. Ainsi en va-t-il de la protection contre les fouilles, les perquisitions et les saisies abusives, dont la violation peut en certaines occasions amener la découverte d'une preuve matérielle dont l'admission entacherait l'équité du procès.

C'est précisément la situation à laquelle a récemment été confrontée la Cour suprême dans l'arrêt *Mellenthin*. Dans cette affaire, la police avait dirigé le véhicule de l'accusé vers un point de contrôle établi dans le cadre d'un programme de vérification des véhicules. Pour assurer sa propre sécurité (l'interception ayant eu lieu le soir), l'agent éclaira d'abord l'intérieur du véhicule au moyen d'une lampe de poche et constata la présence d'un sac de sport ouvert sur la banquette avant. Interrogé sur ce que renfermait ce sac,

---

n'est pas le cas (*Collins*, *supra* note 30 aux pp. 280-81).

<sup>138</sup> *Collins*, *ibid.* à la p. 281.



l'accusé répondit qu'il contenait de la nourriture et lui montra un sac de papier à l'intérieur duquel se trouvait un sac à sandwich. C'est alors que l'agent remarqua la présence de fioles de verre vides, du genre de celles qui sont couramment utilisées pour garder de la résine de cannabis. Il procéda donc à la fouille de l'automobile, pour y découvrir des fioles de haschich et des cigarettes de marijuana.

Se disant d'avis que la fouille du sac de sport et du véhicule n'était pas raisonnable et avait été effectuée sans motifs raisonnables et probables, M. le juge Cory, au nom d'une Cour unanime, en vint à la conclusion qu'elle était abusive et contraire à l'article 8 de la *Charte*. Puis, tout en réitérant que la preuve matérielle aura rarement pour effet de rendre le procès inéquitable, il décida néanmoins d'écarter le produit de la fouille en affirmant que la preuve matérielle en cause n'aurait jamais été découverte sans la violation des droits de l'accusé et que son admission aurait précisément pour effet de rendre le procès inéquitable compte tenu des circonstances<sup>139</sup>. Nous aurons bientôt l'occasion d'examiner les motifs qui ont amené la Cour à donner un nouveau sens à l'arrêt *Collins* et à en étendre quelque peu la portée<sup>140</sup>. Qu'il suffise pour l'instant de constater que la dichotomie entre les droits dont la violation est susceptible de créer une preuve de nature auto-incriminante et les autres garanties juridiques n'est pas aussi étanche que l'on a parfois tendance à le croire et que des preuves matérielles peuvent à l'occasion avoir une dimension auto-

---

<sup>139</sup> La fouille abusive effectuée en l'espèce est exactement le genre de fouille qui, d'après ce que la Cour a voulu préciser, est inacceptable. Un contrôle routier ne constitue pas et ne saurait constituer un mandat de perquisition général permettant de fouiller les conducteurs à qui l'on demande de s'immobiliser, leur véhicule et les passagers. L'élément de preuve obtenu grâce à une telle fouille ne devrait être admis que s'il existe des motifs raisonnables et probables d'effectuer la fouille ou si de la drogue, de l'alcool ou des armes sont exposés à la vue de tous à l'intérieur du véhicule.

Si on acceptait les contrôles routiers comme justifiant des fouilles sans mandat et si la preuve qui en découle était automatiquement admise, l'équité du procès en souffrirait certainement. L'utilisation d'éléments de preuve obtenus au cours d'une fouille abusive et injustifiée alors qu'un automobiliste était détenu à un point de contrôle nuirait injustement au procès et serait très certainement susceptible de déconsidérer l'administration de la justice (*Mellenthin*, *supra* note 132 à la p. 629).

<sup>140</sup> Cette réinterprétation de l'arrêt *Collins*, à laquelle on se livre dans l'arrêt *Mellenthin*, avait été anticipée dans les arrêts *Genest*, *supra* note 49 ; *Black*, *supra* note 117 ; *Thomson Newspapers Ltd. c. Canada (Directeur des enquêtes et recherches)*, [1990] 1 R.C.S. 425, 67 D.L.R. (4<sup>e</sup>) 161 [ci-après *Thomson Newspapers* avec renvois aux R.C.S.]. Voir *infra* note 156 et s. et texte correspondant.

incriminante<sup>141</sup>.

*b. Caractère quasi automatique de l'exclusion*

Nombreux sont ceux qui ont vu dans l'arrêt *Collins* l'émergence d'une règle d'exclusion automatique de la preuve auto-incriminante obtenue en violation des droits garantis par la *Charte*. Malgré la prudence avec laquelle s'était exprimé le juge Lamer et la marge de manœuvre qu'il voulait manifestement ménager aux tribunaux<sup>142</sup>, on voyait mal dans quelles circonstances un élément de preuve ayant pour effet de conscrire l'accusé contre lui-même pourrait ne pas nuire au caractère équitable du procès. Il faut dire que les arrêts *Therens* et *Clarkson* avaient bien préparé le terrain, puisque c'était précisément l'impression qui s'en dégageait, à tout le moins dans l'hypothèse d'une contravention au droit à l'assistance d'un avocat. Il faut bien admettre que l'arrêt *Manninen*, prononcé quelques mois après l'affaire *Collins*, ne fit rien pour dissiper cette impression. À cette occasion, M. le juge Lamer écarta une déclaration incriminante de l'accusé obtenue en violation de son droit à l'avocat malgré la gravité de l'infraction qui lui était reprochée et sans égard au fait que sa culpabilité était clairement établie par la déclaration en cause. Faut-il dès lors en inférer que la qualification de la preuve sera presque toujours déterminante, du moins lorsqu'il s'agit d'une preuve considérée comme auto-incriminante ? La flexibilité et la souplesse que semble commander le texte du paragraphe 24(2) ne seraient-elles à l'ordre du jour que dans les cas où la demande d'exclusion se rapporte à des éléments de preuve matérielle ?

Si la jurisprudence qui a immédiatement suivi l'arrêt *Collins* a pu accrédi-  
ter cette thèse<sup>143</sup>, force nous est maintenant de reconnaître que cette lecture de la

---

<sup>141</sup> Voir par ex. *R. c. Turcotte*, *supra* note 136 ; *R. c. Meddoui* (1990), [1991] 2 W.W.R. 289, 2 C.R. (4<sup>e</sup>) 316 (C.A. Alta.) [ci-après *Meddoui* avec renvois aux C.R.] ; *R. c. Acciavatti* (1993), 62 O.A.C. 137, 80 C.C.C. (3<sup>e</sup>) 109 (C.A.) ; *R. c. Simpson* (1993), 12 O.R. (3<sup>e</sup>) 182, 79 C.C.C. (3<sup>e</sup>) 482 (C.A.) ; *R. c. Zammitt* (1993), 13 O.R. (3<sup>e</sup>) 76, 81 C.C.C. (3<sup>e</sup>) 112 (C.A.) ; *Borden*, *supra* note 134 ; *Pippin*, *supra* note 134.

<sup>142</sup> Il convient à nouveau de rappeler la teneur exacte du jugement rendu par le juge Lamer dans cette affaire. Après avoir indiqué que l'utilisation d'une preuve portant atteinte à l'équité du procès *tendrait* à déconsidérer l'administration de la justice et devrait *généralement* être écartée, *sous réserve de la considération des autres facteurs*, il poursuit un peu plus loin en insistant sur le fait que l'utilisation d'une preuve auto-incriminante obtenue suite à la négation du droit à l'avocat compromettra *généralement* le caractère équitable du procès et qu'elle doit *en général* être écartée (*Collins*, *supra* note 30 aux pp. 284-85).

<sup>143</sup> Voir par ex. *R. c. Bonogofski* (1987), 19 B.C.L.R. (2<sup>e</sup>) 360, 39 C.C.C. (3<sup>e</sup>) 457 (C.A.) ; *R. c. Keats* (1987), 39 C.C.C. (3<sup>e</sup>) 358, 48 D.L.R. (4<sup>e</sup>) 87 (C.S.D.A. T.-N.) ; *R. c. P.A.D.* (1987), 58

décision rendue par le juge Lamer était erronée et faisait fi des nombreuses *caveats* qu'il avait pourtant pris soin d'adjoindre à son principe général. La preuve en est que l'on ne compte plus les jugements émanant du plus haut tribunal dans lesquels on a longuement fait état des facteurs touchant à la gravité de la violation de la *Charte* et à ceux qui se rapportent aux effets de l'exclusion de la preuve, alors même que l'on avait préalablement établi le caractère auto-incriminant de la preuve en cause<sup>144</sup>. Il est vrai que dans l'affaire *Elshaw*, comme on l'a déjà souligné<sup>145</sup>, la Cour a semblé vouloir écarter la possibilité que la violation d'un droit qui compromet l'équité du procès puisse être sauvegardée par l'existence de facteurs atténuants comme la bonne foi des policiers. Pourtant, une lecture attentive de ce jugement donne à penser que le caractère incriminant d'une preuve ne saurait définitivement fermer la porte à son admission, même s'il s'agit d'un élément qui pèse particulièrement lourd dans la balance<sup>146</sup>. N'a-t-on pas d'ailleurs reconnu explicitement cette possibilité dans l'arrêt *Hébert*? À cette occasion, M<sup>me</sup> le juge McLachlin écrivait en effet (avec le concours de six de ses collègues) :

Je suis d'avis que la preuve que l'on cherche à produire en l'espèce rendrait le procès inéquitable. Je n'affirme cependant pas que la violation du droit qu'a un accusé de garder le silence en vertu de l'art. 7 signifie automatiquement que la preuve doit être écartée en vertu du par. 24(2). Je ne veux pas écarter la possibilité qu'il y ait des circonstances dans lesquelles une déclaration peut être reçue lorsque le suspect n'a pas eu pleinement le choix au sens d'avoir décidé, suite à un respect absolu de tous ses droits, de faire une déclaration volontairement. Mais lorsque, comme en l'espèce, l'accusé est appelé à faire une déclaration qui l'incrimine, après avoir clairement choisi de ne pas le faire, au moyen d'un artifice inéquitable utilisé par les autorités, et lorsque la déclaration qui en résulte est la seule preuve

---

Sask. R. 48, [1987] 6 W.W.R. 175 (C.A.) ; *R. c. McKane* (1987), 35 C.C.C. (3<sup>e</sup>) 481, 58 C.R. (3<sup>e</sup>) 130 (C.A. Ont.) ; *R. c. Vanstaceghem* (1987), 36 C.C.C. (3<sup>e</sup>) 142, 58 C.R. (3<sup>e</sup>) 121 (C.A. Ont.) ; *LaPlante*, *supra* note 76.

<sup>144</sup> Voir par ex. *Ross*, *supra* note 113 ; *Brydges*, *supra* note 113 ; *Hébert*, *supra* note 83 ; *Evans*, *supra* note 132.

<sup>145</sup> *Supra* note 134 et texte correspondant.

<sup>146</sup> Le passage suivant des notes du juge Iacobucci nous paraît particulièrement éclairant :

À commencer notamment par l'arrêt *Collins*, une série d'arrêts de notre Cour établissent clairement que l'exclusion de déclarations incriminantes obtenues en violation de l'al. 10b) devrait être la règle plutôt que l'exception. [...]

En l'espèce, la Cour d'appel a mentionné la nature incriminante de la preuve obtenue en violation de l'al. 10b) comme ne représentant qu'un facteur parmi tant d'autres à prendre en considération pour décider de son admissibilité. Or, il aurait fallu plutôt partir du principe selon lequel, en règle générale, une telle preuve est inadmissible du fait qu'elle nuit à l'équité du procès et qu'elle déconsidérerait l'administration de la justice (*Elshaw*, *supra* note 134 aux pp. 45-46).

qui pèse contre lui, il faut certainement conclure que la réception de cette preuve rendrait le procès inéquitable<sup>147</sup>.

Il ne saurait d'ailleurs en aller autrement. Ce n'est pas l'équité du procès en tant que telle que le paragraphe 24(2) vise à sauvegarder, mais bien la considération dont jouit l'administration de la justice. À moins de vouloir réécrire cette disposition constitutionnelle, le pouvoir judiciaire devra donc se garder d'associer trop étroitement ces valeurs au point de les rendre interchangeables<sup>148</sup>. On pourra du reste se convaincre de la justesse de cette proposition en examinant brièvement les arrêts *R. c. Tremblay*<sup>149</sup> et *R. c.*

---

<sup>147</sup> *Hébert*, *supra* note 83 aux pp. 188-89. La Cour suprême a par la suite précisé qu'une déclaration auto-incriminante obtenue en violation du droit au silence de l'accusé devait généralement être écartée, sans égard à la question de savoir s'il existe d'autres éléments de preuve recevables tendant également à incriminer l'accusé. S'il en est ainsi, c'est parce que l'utilisation d'un élément de preuve auto-incriminant mine l'un des principes fondamentaux sur lesquels repose l'équité du procès, soit le droit de ne pas avoir à témoigner contre soi-même, et non à cause des conséquences que pourrait avoir leur utilisation sur l'issue du procès. Par conséquent, il se peut bien que le caractère inéquitable du procès soit exacerbé du fait que la culpabilité de l'accusé dépende uniquement des éléments de preuve qu'il a lui-même contribués à créer ; mais contrairement à ce que pouvait laisser croire l'extrait cité dans le texte, l'existence d'autres preuves recevables tendant également à incriminer l'accusé ne saurait justifier l'admission des preuves auto-incriminantes obtenues en contravention des droits fondamentaux au motif que l'équité du procès ne s'en trouverait pas menacée (*Broyles*, *supra* note 132). Voir aussi *R. c. Jackson* (1991), 68 C.C.C. (3<sup>e</sup>) 385, 9 C.R. (4<sup>e</sup>) 57 (C.A. Ont.) [ci-après *Jackson* avec renvois aux C.R.] :

The absence of other incriminatory evidence may serve to exacerbate the unfairness occasioned by the admission of statements improperly obtained by a breach of an accused's right to remain silent, but the mere existence of other evidence which supports the Crown's case does not dispose of all fair trial concerns described in *Collins* [notes omises] (*Jackson*, *ibid.* à la p. 76).

<sup>148</sup> Nous partageons sur ce point l'opinion du professeur Jutras, qui écrivait :

Cela ne signifie pas que l'on doive automatiquement exclure toute preuve de cette nature dès qu'elle aura été obtenue en violation de la Charte, ni même en violation du droit à l'assistance d'un avocat. Ce n'est pas le caractère équitable du procès en lui-même que l'article 24(2) protège, mais l'image de l'administration de la justice dont ce caractère n'est qu'une composante. L'équité du procès n'est pas le fondement d'une règle d'exclusion séparée, mais un facteur pesant particulièrement lourd dans «l'équilibrage» des différents intérêts en présence. Le comportement policier sera plus facilement qualifié de répréhensible, et l'administration de la justice aura plus tendance à vouloir s'en dissocier, quand il aura eu pour effet de «mobiliser» l'accusé contre lui-même. Cela n'empêche pas de tenir compte des autres facteurs dont la Cour fait état dans *R. c. Collins*. En ce sens, les deux valeurs fondamentales dont on a fait état plus haut, soit l'équité du procès et le maintien de l'intégrité de l'administration de la justice, sont foncièrement inséparables (Jutras, *supra* note 102 aux pp. 71-72).

<sup>149</sup> [1987] 2 R.C.S. 435, 45 D.L.R. (4<sup>e</sup>) 445 [ci-après *Tremblay* avec renvois aux R.C.S.].

*Mohl*<sup>150</sup>. Dans la première de ces deux affaires, la Cour suprême, sous la plume de M. le juge Lamer, en vint à la conclusion que les résultats d'un alcootest devaient être admis en preuve malgré la violation du droit à l'assistance d'un avocat dont l'accusé avait été victime, étant donné le comportement dont avait fait preuve ce dernier en tentant de faire obstruction à l'enquête. Si l'inculpé ne pouvait se voir privé du droit que lui garantit l'alinéa 10b) du seul fait qu'il voulait en profiter pour gagner du temps, il n'en demeure pas moins que son attitude pouvait être prise en considération dans la mise en application du paragraphe 24(2)<sup>151</sup>.

L'affaire *Mohl* se rapproche à plusieurs égards de ce premier jugement. L'accusé, à qui les policiers avaient fait lecture des droits que lui garantit l'alinéa 10b) alors qu'il était dans un état d'ébriété avancé, prétendait qu'il n'avait pu en comprendre le sens et la portée et en avait de ce fait été privé. La Cour suprême, à l'instar des tribunaux d'instance inférieure, accepta implicitement cette argumentation mais s'empressa d'ajouter que les résultats du test d'ivressomètre lui ayant subséquemment été administré pouvaient être admis en preuve. Il n'est pas facile de tirer des enseignements de cette décision, le plus haut tribunal s'étant contenté d'entériner laconiquement les motifs non publiés de la Cour du banc de la reine pour justifier ses conclusions. Par contre si on la relie à l'arrêt *Tremblay*, il est permis d'en inférer que les circonstances dans lesquelles une preuve auto-incriminante a été obtenue pourront parfois être prises en considération. Ainsi en ira-t-il lorsque l'accusé est lui-même responsable, de par sa conduite ou son comportement, de l'atteinte qui a été portée à l'un ou l'autre de ses droits<sup>152</sup>.

---

<sup>150</sup> [1989] 1 R.C.S. 1389, 47 C.C.C. (3<sup>e</sup>) 575 [ci-après *Mohl* avec renvois aux R.C.S.].

<sup>151</sup> Quoique la précipitation des policiers ne change rien au fait que le droit du détenu à un avocat a été enfreint, les raisons de cette violation l'expliquent et sont pertinentes lorsqu'on examine la question de l'application du par. 24(2). À mon avis, eu égard aux circonstances, l'admission de la preuve obtenue n'est pas susceptible de déconsidérer l'administration de la justice (*Tremblay*, *supra* note 149 à la p. 439).

<sup>152</sup> C'est du moins la lecture qu'a faite la Cour d'appel de l'Ontario de ces deux jugements de la Cour suprême dans l'arrêt *R. c. Pavel* (1989), 53 C.C.C. (3<sup>e</sup>) 296, 74 C.R. (3<sup>e</sup>) 195 (C.A. Ont.) [ci-après *Pavel* avec renvois aux C.C.C.]:

It is evident that self-incriminating evidence obtained as a result of a violation or infringement of the Charter rights of an accused does not result in an automatic exclusion of such evidence pursuant to s. 24(2) of the Charter. Where there has been obstruction on the part of an accused which resulted in the violation of a particular right which resulted in the self-incriminating evidence (as in *Tremblay*) or where the accused has by some other action (self-induced intoxication as in *Mohl*) or fault of his own caused in whole or in part a violation of his Charter rights, he may be deprived of the remedy provided in s. 24(2) of the Charter (*Pavel*, *ibid.* à la

Certains tribunaux sont même allés jusqu'à prendre en considération le caractère technique d'une violation et son peu de gravité pour admettre la preuve auto-incriminante subséquentement recueillie<sup>153</sup>. C'est dire que la qualification d'une preuve comme étant de nature auto-incriminante ne sera pas toujours déterminante aux fins du paragraphe 24(2) ; non seulement une telle preuve ne portera-t-elle pas nécessairement ombrage à l'équité du procès, mais encore ne faudra-t-il pas perdre de vue qu'en bout de ligne, c'est l'impact qu'est susceptible d'avoir son admission (ou son exclusion) sur la considération dont jouit l'administration de la justice qu'il faudra jauger.

*c. La qualification de la preuve*

S'il est une preuve obtenue en contravention de la *Charte* dont l'admission risque à elle seule de nuire à l'équité du procès, et donc de déconsidérer l'administration de la justice, c'est bien celle qui peut être assimilée à une confession. La Cour suprême s'est prononcée à plusieurs reprises sur des preuves de cette nature recueillies en violation du droit à l'avocat ; et dans chaque cas, elle a décrété son exclusion sous l'autorité du paragraphe 24(2) sans éprouver la moindre hésitation<sup>154</sup>. Bien entendu, cette conclusion s'imposera avec d'autant plus de force lorsque les policiers ne se sont pas contentés d'enfreindre les droits constitutionnels de l'accusé et qu'ils ont délibérément exploité son incapacité (temporaire ou permanente) de mesurer les conséquences de ses déclarations<sup>155</sup> ou qu'ils ont fait usage de subterfuges pour lui extorquer des aveux<sup>156</sup>.

Le sort que l'on réserve aux confessions obtenues par les agents de l'État

---

p. 315).

Voir aussi *Dubois*, *supra* note 55 ; *R. c. Marshall* (1989), 36 O.A.C. 14, 52 C.C.C. (3<sup>e</sup>) 130 (C.A.) ; *R. c. Olson* (1987), 40 C.C.C. (3<sup>e</sup>) 372, 7 M.V.R. (2<sup>e</sup>) 172 (C.A. C.-B.).

<sup>153</sup> Voir *Duguay* (C.A.), *supra* note 77 ; *R. c. Brown* (1991), 69 C.C.C. (3<sup>e</sup>) 139, 35 M.V.R. (2<sup>e</sup>) 1 (C.S.D.A. N.-É.) ; *R. c. Letendre* (1989), 97 A.R. 339 (C.P.) ; *R. c. Olak* (1990), 37 O.A.C. 304, 55 C.C.C. (3<sup>e</sup>) 257 (C.A.) ; *R. c. Yaeck* (1992), 50 O.A.C. 29, 68 C.C.C. (3<sup>e</sup>) 545 (C.A.).

<sup>154</sup> Voir *Clarkson*, *supra* note 73 ; *Manninen*, *supra* note 110 ; *Hébert*, *supra* note 83 ; *Broyles*, *supra* note 132 ; *Evans*, *supra* note 132.

<sup>155</sup> Dans l'arrêt *Clarkson*, l'accusée était en état d'ébriété au moment où elle était interrogée tandis que dans l'arrêt *Evans*, le prévenu était un jeune déficient mental léger.

<sup>156</sup> Voir l'arrêt *Hébert*, *supra* note 83, où l'accusé avait fait des déclarations incriminantes à un policier qui s'était présenté à lui comme un co-détenu. Voir aussi l'arrêt *Broyles*, *supra* note 132, où la police avait organisé la visite d'un ami au prévenu alors qu'il était sous garde, et l'avait muni d'un micro-émetteur de poche permettant d'enregistrer leur conversation. Pour lui soutirer des renseignements, l'ami en question avait incité l'appelant à ne pas tenir compte du conseil que son avocat lui avait donné de garder le silence.

sans respecter les droits garantis par la *Charte* (et en particulier le droit à l'avocat) n'a jamais vraiment soulevé de difficultés et fait présentement l'objet d'un consensus judiciaire assez large. En revanche, les motifs qui sous-tendent leur exclusion quasi automatique apparaissent moins clairs. L'extrait suivant du jugement rendu par le juge Lamer dans l'arrêt *Collins* révèle bien l'ambiguïté sur laquelle repose le traitement de cette question :

Il en est toutefois bien autrement des cas où, à la suite d'une violation de la *Charte*, l'accusé est conscrit contre lui-même au moyen d'une confession ou d'autres preuves émanant de lui. Puisque ces éléments de preuve n'existaient pas avant la violation, leur utilisation rendrait le procès inéquitable et constituerait une attaque contre l'un des principes fondamentaux d'un procès équitable, savoir le droit de ne pas avoir à témoigner contre soi-même. Ce genre de preuve se trouvera généralement dans le contexte d'une violation du droit à l'assistance d'un avocat.<sup>157</sup>

Ce passage, repris par M<sup>me</sup> le juge McLachlin au nom d'une cour unanime dans l'arrêt *R. c. Smith*<sup>158</sup>, devait l'amener à déduire «deux facteurs connexes qui peuvent rendre injuste l'admission de la déclaration». Le premier tiendrait au fait que la déclaration est auto-incriminante, tandis que le deuxième mettrait davantage l'accent sur le lien qui existe entre la violation de la *Charte* et l'existence de la preuve. Ce n'est qu'après avoir établi le caractère non incriminant de la déclaration en cause dans cette affaire<sup>159</sup>, de même que l'existence d'autres éléments de preuve indépendants qui suffisaient pour justifier l'accusation<sup>160</sup>, qu'elle en vint à la conclusion que la décision d'admettre cette déclaration en preuve n'avait pas rendu le procès inéquitable. Est-ce à dire que ces deux critères sont disjonctifs ? On pourrait être porté à le croire, étant donné l'analyse en deux temps à laquelle elle procède. Mais rien n'est moins sûr, étant donné sa conclusion à l'effet que l'on ne puisse prétendre «que l'utilisation de la déclaration, même si elle avait été incriminante, aurait

<sup>157</sup> *Collins*, *supra* note 30 à la p. 284.

<sup>158</sup> [1991] 1 R.C.S. 714 à la p. 731, 63 C.C.C. (3<sup>e</sup>) 313 [ci-après *Smith* avec renvois aux R.C.S.].

<sup>159</sup> S'il faut en croire M<sup>me</sup> le juge McLachlin, l'identité de l'auteur du crime ne faisait aucun doute étant donné la présence de témoins oculaires lors de la fusillade ayant entraîné le décès de la victime. Les seules questions soulevées dans le cadre du procès se rapportaient aux moyens de défense d'ivresse et de provocation. La déclaration de l'accusé appuyait ces moyens de défense. Elle ne lui était donc pas préjudiciable et ne pouvait conséquemment porter atteinte à son droit contre l'auto-incrimination.

<sup>160</sup> Sur ce point, la décision du juge McLachlin n'est pas claire. Est-ce le fait que la déclaration ne comportait pas d'éléments de preuve qui n'eussent pu être découverts autrement auquel il faut attacher de l'importance, ou plutôt le fait qu'il y avait suffisamment d'éléments de preuve indépendants relatifs à la fusillade pour justifier l'accusation ? Dans bien des cas, il nous semble que la réponse à cette question pourra entraîner des résultats bien différents.

causé un préjudice important à l'accusé»<sup>161</sup>.

Cette difficulté trouve peut-être sa solution dans la jurisprudence consacrée à d'autres types de preuve. À la lecture de l'arrêt *Collins*, l'on pouvait être porté à penser que seules des preuves testimoniales étaient susceptibles de nuire à l'équité du procès<sup>162</sup>. Si tel avait été le cas, on aurait pu craindre que les règles traditionnelles de preuve présument écartées par la *Charte* reprennent vie sous une autre forme. Fort heureusement, la Cour suprême devait rapidement corriger le tir dans l'arrêt *Ross* en élargissant quelque peu le sens et la portée de l'extrait cité plus haut<sup>163</sup> de l'arrêt *Collins*. Prétendant que l'expression «émanant de lui» avait été utilisée dans ce dernier jugement parce que l'on y traitait d'une déclaration, M. le juge Lamer opina qu'il ne fallait pas y voir une restriction quant à la nature de la preuve en cause. À ses yeux, «l'utilisation de tout élément de preuve qu'on n'aurait pas pu obtenir sans la participation de l'accusé à la constitution de la preuve aux fins du procès est susceptible de rendre le procès inéquitable»<sup>164</sup>. Ce qui lui permit de conclure qu'une preuve obtenue au moyen d'une séance d'identification était susceptible de nuire à l'équité du procès<sup>165</sup>.

Par la suite, la Cour suprême revint fréquemment à la charge et n'hésita pas à réitérer que le rôle joué par l'accusé eu égard à la disponibilité de l'élément de preuve contesté était plus déterminant, pour les fins du paragraphe 24(2), que la nature matérielle ou non de cette même preuve. Cette façon d'aborder

---

<sup>161</sup> *Smith, supra* note 158 à la p. 732. Dans l'arrêt *Evans*, la Cour semble également avoir voulu lier les deux critères en affirmant que

[d]'une manière générale, l'utilisation d'une déclaration incriminante obtenue d'un accusé en violation de ses droits entraîne une injustice parce qu'elle viole son droit de ne pas témoigner contre lui-même et qu'elle le fait de la façon la plus préjudiciable qui soit, c'est-à-dire en fournissant une preuve qui autrement n'aurait pas existé (*Evans, supra* note 132 à la p. 896).

C'est également la lecture que le professeur Jutras, *supra* note 102 à la p. 67, inclinait à faire des propos tenus par le juge Lamer dans l'arrêt *Collins*.

<sup>162</sup> Non seulement accordait-on une attention toute particulière aux confessions, mais encore référait-on à d'«autres preuves émanant de [l'accusé]» en les opposant à des preuves matérielles.

<sup>163</sup> Voir ci-dessus le texte correspondant à la note 156.

<sup>164</sup> *Ross, supra* note 113 à la p. 16.

<sup>165</sup> Bien que l'identité d'une personne ne constitue généralement pas une preuve auto-incriminante, il en va évidemment tout autrement de l'identité d'un accusé établie suite à une parade d'identification. Dans ce contexte, l'accusé participe effectivement à la constitution d'une preuve incriminante crédible puisque l'objet même de la séance d'identification consiste à établir la preuve que l'accusé a été désigné parmi un groupe de personnes semblables par un témoin qui n'a aucunement été incité à faire ce choix, ce qui ne peut que renforcer la crédibilité de la preuve d'identification.



les choses devait s'avérer particulièrement utile pour décider du sort qui allait être réservé aux preuves dérivées, comme en fait foi l'arrêt *Black*. Dans cette affaire, la Cour n'éprouva aucune difficulté à exclure les déclarations incriminantes de l'accusée obtenues en violation des droits garantis par l'alinéa 10b) de la *Charte*. Par contre, on en vint à la conclusion que le couteau ayant servi à commettre le crime n'était pas inadmissible en preuve du seul fait qu'il avait été remis aux policiers par l'accusée et identifié par elle comme étant l'arme du crime<sup>166</sup>. Bien que l'on ait invoqué le caractère matériel de cette preuve, il ressort clairement des propos tenus par M<sup>me</sup> le juge Wilson que l'existence indépendante de cet élément de preuve et sa quasi-certitude que les policiers l'auraient découvert sans la participation de l'accusée ont pesé lourd dans la balance<sup>167</sup>.

Plus récemment, la Cour suprême est revenue à la charge et en a profité pour expliciter sa vision des choses dans l'arrêt *Thomson Newspapers*. Dans cette affaire, la Cour était appelée à déterminer dans quelle mesure l'immunité testimoniale devait s'étendre à la preuve dérivée d'un témoignage forcé<sup>168</sup>. Bien

<sup>166</sup> Dans un premier temps, la Cour s'était dit d'avis que cette preuve avait été «obtenue dans des conditions qui portent atteinte» aux droits de l'accusé en la qualifiant de «preuve dérivée». En effet, même si un certain laps de temps s'était écoulé entre la violation du droit à l'avocat et les événements entourant l'identification de l'arme par la victime, on estimait qu'un lien de causalité les unissait.

<sup>167</sup> Voici comment elle s'exprime à cet égard :

Toutefois, le couteau lui-même est un élément de preuve matérielle qui existait peu importe que les policiers aient violé ou non les droits garantis à l'appelante par l'al. 10b) et se soient servis d'elle pour préparer la preuve contre elle. Cet élément de preuve n'a pas vu le jour par suite de la participation de l'accusée, bien que la police l'ait obtenu à cause de cette participation. Je ne doute nullement que les policiers auraient procédé à une fouille de l'appartement de l'appelante avec ou sans son aide et que cette fouille leur aurait permis de découvrir le couteau. Dans l'arrêt *Collins*, le juge Lamer a conclu que d'ordinaire l'utilisation d'éléments de preuve matérielle ne déconsidère pas l'administration de la justice du seul fait que ces éléments de preuve ont été obtenus par suite d'une violation de la *Charte*. [...]

Compte tenu de ces observations du juge Lamer et du fait que le couteau aurait certainement été découvert par la police sans qu'il y ait violation de la *Charte* et sans conscription de l'appelante contre elle-même, je ne crois pas que l'utilisation du couteau en preuve aurait déconsidéré l'administration de la justice (*Black, supra* note 117 aux pp. 164-65).

Voir aussi *Duguay, supra* note 74, où la Cour suprême s'était contentée d'entériner le jugement de la Cour d'appel de l'Ontario.

<sup>168</sup> Plus précisément, la Cour devait se prononcer sur la validité de l'article 17 de la *Loi relative aux enquêtes sur les coalitions*, L.R.C. 1970, c. C-23, en vertu duquel une personne pouvait être contrainte à témoigner. Pour trancher cette question, il s'agissait essentiellement de déterminer si

que conscient du fait que cette question diffère de celle de savoir si une preuve doit être écartée parce qu'elle a été obtenue en violation de la *Charte*, M. le juge La Forest n'en considéra pas moins que le traitement réservé à la preuve dérivée dans le cadre du paragraphe 24(2) constituait une source d'inspiration utile<sup>169</sup>. C'est sur cette base qu'il se livra à une longue exégèse de l'opinion rédigée par le juge Lamer dans l'arrêt *Collins* pour en arriver, lui aussi, à la conclusion qu'il n'y a pas de ligne de démarcation stricte entre la preuve matérielle et tous les autres types de preuve. À ses yeux, c'est la distinction «beaucoup plus générale entre la preuve que l'accusé a été forcé de créer et celle qu'il a été forcé simplement à situer ou à identifier»<sup>170</sup> que M. le juge Lamer avait à l'esprit. Sans doute est-ce dans le lien qu'il établit entre cette dichotomie et le fondement même du paragraphe 24(2) que le juge La Forest se fait le plus convaincant :

Une violation de la *Charte* qui force l'accusé éventuel à créer une preuve a nécessairement pour effet de fournir à la poursuite une preuve qu'elle n'aurait pu obtenir autrement. Il s'ensuit que sa preuve contre l'accusé se trouve nécessairement renforcée par suite de la violation. C'est exactement le genre de préjudice que le droit de ne pas s'incriminer ainsi que les droits comme celui à l'assistance d'un avocat visent à prévenir. Par contre, lorsque la violation de la *Charte* a simplement pour effet de situer ou d'identifier une preuve déjà existante, la valeur ultime de la preuve de la poursuite n'est pas nécessairement renforcée de cette façon. Le fait que la preuve existait déjà signifie qu'elle aurait pu être découverte de toute façon. Dans ce cas, l'accusé n'est pas obligé, au procès, de faire face à une preuve à laquelle il n'aurait pas été obligé de faire face si ses droits garantis par la *Charte* avaient été respectés. Dans ces circonstances, c'est l'exclusion plutôt que l'utilisation de la preuve qui déconsidérerait l'administration de la justice<sup>171</sup>.

Cette conceptualisation de la règle d'exclusion, en vertu de laquelle le lien qui existe entre la violation d'un droit et la preuve que l'on cherche à faire exclure importe davantage que la nature de cette preuve, s'apparente étrangement à la solution retenue par la jurisprudence américaine relative à

---

l'utilisation ultérieure de la preuve dérivée du témoignage ainsi obtenu était conforme aux principes de justice fondamentale.

<sup>169</sup> Sur ce point, les motifs du savant magistrat ne sont pas dénués d'ambiguïté. Contrairement à ce qu'il prétend, on peut imaginer qu'une preuve dont l'utilisation ne déconsidérerait pas l'administration de la justice puisse néanmoins avoir été obtenue en violation des principes de justice fondamentale. En effet, il n'est pas tout à fait exact de prétendre que la décision d'admettre une preuve au procès signifie que la violation de la *Charte* l'ayant précédée «n'a causé aucun préjudice et qu'elle était jusqu'à un certain point négligeable». Mieux vaut sans doute dissocier, au plan des principes, la violation d'un droit et sa sanction appropriée.

<sup>170</sup> *Thomson Newspapers*, *supra* note 140 à la p. 552.

<sup>171</sup> *Ibid.* à la p. 553.

l'exclusion de la preuve dérivée. En effet, les tribunaux américains reconnaissent depuis longtemps que la preuve obtenue en s'appuyant (par exemple) sur le témoignage de l'accusé recueilli en contravention de ses droits constitutionnels doit être écartée au même titre que la déclaration elle-même, puisque cette preuve s'apparente en quelque sorte au «fruit de l'arbre empoisonné»<sup>172</sup>. En insistant pourtant depuis une vingtaine d'années sur la fonction dissuasive de l'exclusion, la Cour suprême a pavé la voie à la création de plusieurs exceptions à ce que l'on considérait autrefois comme une règle inflexible. Au nombre d'entre elles, on relève ce qu'il est maintenant convenu d'appeler l'exception de la «découverte inévitable», en vertu de laquelle une preuve dérivée pourra être admise au procès si le juge est d'avis que les policiers l'auraient inévitablement découverte même s'ils n'avaient pas porté atteinte aux droits de l'accusé. Dans cette hypothèse, l'exclusion serait peu susceptible d'influer sur le comportement futur des policiers, ces derniers n'ayant pas violé la Constitution dans le seul but d'obtenir ce qu'ils cherchaient<sup>173</sup>.

On aura par ailleurs noté que cette rationalisation de la règle d'exclusion s'appuie sur une logique très différente de celle qui prévaut actuellement aux États-Unis. C'est en effet pour des considérations essentiellement pragmatiques et liées au comportement des forces de l'ordre que l'on exclura chez nos voisins du Sud une preuve trop étroitement associée à la violation d'un droit fondamental, alors que des raisons de principe semblent devoir motiver cette décision au Canada. En effet, c'est parce que l'on postule au départ que l'admission d'un élément de preuve auquel la poursuite n'aurait pas eu accès

---

<sup>172</sup> Voir par ex. *Silverthorne Lumber Co. c. United States*, 251 U.S. 385, 64 L. Ed. 319 (1920) ; *Nardone*, *supra* note 64 ; *Wong Sun*, *supra* note 64.

<sup>173</sup> C'est dans l'affaire *Nix c. Williams*, 467 U.S. 431, 81 L. Ed. (2<sup>e</sup>) 377 (1984), que cette exception est exposée le plus clairement. D'autres exceptions ont par ailleurs été développées par la Cour suprême des États-Unis, permettant notamment l'utilisation d'une preuve que les policiers auraient découverte après la violation des droits de l'accusé, mais en s'appuyant sur des informations obtenues d'une autre source ; cette exception, très proche de la première, repose elle aussi sur l'absence d'un lien causal entre l'atteinte aux droits fondamentaux et l'obtention de la preuve (voir *Murray c. United States*, 487 U.S. 533, 101 L. Ed. (2<sup>e</sup>) 472 (1988) ; *United States c. Crews*, 445 U.S. 463, 63 L. Ed. (2<sup>e</sup>) 537 (1980)). De même admettra-t-on une preuve obtenue à la suite d'une violation constitutionnelle si l'on estime que le laps de temps écoulé entre l'atteinte aux droits et la découverte de la preuve, ou toute autre circonstance, atténue le vice dont est entachée cette preuve. Cette exception, fréquemment invoquée par le gouvernement pour soutenir l'admissibilité d'une confession recueillie par les policiers après avoir illégalement arrêté l'accusé, a été reconnue dans un très grand nombre de décisions (voir par ex. *Wong Sun*, *ibid.* ; *Brown c. Illinois*, 422 U.S. 590, 45 L. Ed. (2<sup>e</sup>) 416 (1975) ; *Dunaway c. New York*, 442 U.S. 200, 60 L. Ed. (2<sup>e</sup>) 824 (1979)). Sur le droit américain en cette matière, voir Béliveau, *supra* note 6 aux pp. 225-30 ; Jobson, *supra* note 60.

n'eut été la violation des droits de l'accusé est susceptible de déconsidérer l'administration de la justice que le tribunal canadien l'excluera ; en revanche le tribunal américain en arrivera à cette conclusion s'il estime que l'exclusion incitera les forces de l'ordre à se montrer plus respectueuses des droits fondamentaux. Cette différence d'approche aura-t-elle des répercussions sur l'évaluation des probabilités de découvrir la preuve sans violer les droits de l'accusé à laquelle doit procéder la cour ? Il est encore trop tôt pour le dire, bien qu'il soit permis de le croire<sup>174</sup>.

Quoiqu'il en soit, le test retenu par la Cour suprême pour départager les éléments de preuve auto-incriminants de ceux qui ne le sont pas fait appel à une appréciation très subjective. Le résultat de cette opération sera uniquement fonction de la réponse que donnera le juge du procès à la question suivante : la preuve aurait-elle pu être découverte sans la participation forcée de l'accusé ? Et s'il faut en croire le juge La Forest, il faudra que la probabilité de découvrir un élément de preuve sans l'aide fournie par l'inculpé soit pratiquement nulle pour qu'elle puisse être assimilée à une preuve de nature auto-incriminante<sup>175</sup>.

---

<sup>174</sup> S'il en va ainsi, c'est parce qu'il nous semble qu'une erreur judiciaire commise dans l'évaluation de la possibilité qu'avait la poursuite d'obtenir une preuve sans la participation de l'accusé serait plus lourde de conséquences au Canada qu'aux États-Unis. Admettre une preuve qui n'aurait pu être découverte sans la participation de l'accusé, c'est s'exposer à déconsidérer l'administration de la justice canadienne ; ne pas exclure un tel élément de preuve chez nos voisins du Sud, c'est transmettre un message ambigu aux forces de l'ordre. Aussi ne serait-il pas surprenant que les tribunaux canadiens concluent plus facilement à l'impossibilité (ou à la faible probabilité) de découvrir un élément de preuve en l'absence de toute violation des droits de l'accusé. Il est significatif que la Cour suprême n'ait pas jugé bon d'exiger un lien causal et se soit contentée d'un lien temporel entre la violation et la preuve aux fins de déterminer si cette dernière a été obtenue «dans des conditions» qui portent atteinte aux droits ou libertés garantis par la *Charte*. Voilà qui devrait rendre plus difficile l'importation en droit canadien de l'exception d'«atténuation» élaborée par la jurisprudence américaine, à laquelle nous avons fait allusion plus haut (voir *ibid.*).

<sup>175</sup> Dans l'arrêt *Thomson Newspapers*, le juge La Forest revient sur cette question à plusieurs reprises. Il ressort de ses propos que cette exception doit être interprétée de façon très restrictive :

La seule réserve qui doit être apportée à l'analyse précédente a trait à la différence entre la preuve qui existe indépendamment et qui pourrait avoir été découverte sans le témoignage forcé et la preuve qui existe indépendamment et qui aurait été découverte sans le témoignage forcé. Comme je l'ai déjà reconnu à maintes reprises dans les présents motifs, il y aura des situations où la preuve dérivée sera tellement dissimulée ou inaccessible qu'elle ne pourra pratiquement pas être découverte sans l'aide de l'auteur du méfait. À toutes fins pratiques, l'utilisation ultérieure de cette preuve ne pourrait se distinguer de l'utilisation ultérieure d'un témoignage préalable au procès obtenu par contrainte. Dans les deux cas, on peut affirmer que l'accusé est obligé de réfuter une thèse qu'il a été obligé de rendre plus solide qu'elle l'aurait été par ailleurs. Dans le contexte du par. 24(2), c'est

Partant, il ne faut pas s'attendre à des bouleversements majeurs dans l'application de la règle d'exclusion, car dans la très grande majorité des cas, la preuve matérielle sera considérée comme pré-existante et la violation des droits de l'accusé entraînera plus souvent qu'autrement la découverte, l'identification ou la saisie d'un tel type de preuve plutôt que sa «création»<sup>176</sup>.

En principe, les considérations qui précèdent devraient orienter l'intervention des tribunaux chaque fois qu'ils sont aux prises avec une preuve matérielle, non seulement lorsqu'elle dérive d'une quelconque participation forcée de l'accusé, mais également lorsque son obtention résulte directement d'une violation constitutionnelle. Pour qu'il en aille autrement, il faudrait démontrer que le caractère dérivé d'une preuve matérielle appelle un régime particulier et un traitement différent. Or, rien ne permet d'opérer une telle distinction. Une preuve matérielle découverte fortuitement à l'occasion d'une perquisition illégale est tout aussi susceptible de nuire à l'équité du procès qu'une preuve matérielle découverte à la suite du témoignage forcé de l'accusé : dans les deux cas, l'accusé sera placé devant une preuve qu'il n'aurait pas eu à confronter si ses droits n'avaient pas été violés<sup>177</sup>.

---

certainement la raison pour laquelle le juge Wilson a tellement insisté dans l'arrêt *R. c. Black* sur sa conclusion que l'arme du crime «aurait certainement été découvert[e] par la police sans qu'il y ait violation de la *Charte*». C'est probablement aussi la raison pour laquelle le juge Lamer, s'exprimant au nom de la Cour à la majorité dans l'arrêt *R. c. Ross* a tellement insisté pour établir clairement que l'admissibilité d'une preuve en vertu du par. 24(2) dépend en dernière analyse non pas de sa nature de preuve matérielle ou testimoniale [*sic*] mais de la question de savoir si la preuve aurait pu être découverte seulement grâce à l'aide forcée de l'accusé [notes omises] (*Thomson Newspapers, supra* note 140 à la p. 555).

<sup>176</sup> L'arrêt *Duguay, supra* note 81, fournit l'exemple d'une situation où l'on a considéré que la preuve matérielle découverte à la suite d'une arrestation arbitraire devait être exclue parce qu'elle n'aurait probablement pas été localisée par les policiers sans le témoignage de l'accusé.

<sup>177</sup> La Cour d'appel de l'Alberta a explicitement accepté de tracer ce parallèle dans l'arrêt *Meddoui*. Dans cette affaire, les policiers avaient pénétré dans l'appartement de l'accusé sous de faux prétextes et avaient alors vu un porte-clef leur permettant d'identifier l'accusé et de le relier à l'infraction reprochée. Forts de cette découverte, ils obtinrent par la suite un mandat de perquisition au cours de laquelle ils saisirent le porte-clef en question. Appelée à se prononcer sur l'admissibilité de cet élément de preuve, la Cour écrivit :

In my view, the governing rule is that a *Charter* breach can affect the fairness of the trial if the breach was the path to location as well as creation of the evidence, although the impact of the former is much less dramatic than the latter. As a result, the question whether this key fob would have been discovered, but for the *Charter* breach, was an important issue of fact that fell to be decided. [...]

The discoverability question was not addressed in *Collins*. [...]

But the Court has since explained that the «fairness» rule can extend beyond evidence created by conscription of the accused to real evidence located by con-

Les substances corporelles, telles que l'haleine et le sang, mettent bien en relief les écueils que comporte la qualification d'une preuve. Bien que l'on ne saurait douter du caractère «matériel» de ces preuves, on voit mal comment cette caractéristique pourrait être déterminante en soi à partir du moment où l'on s'attache à protéger l'équité du procès. De même il serait erroné d'accorder une trop grande importance à la détermination du moment où cet élément de preuve a été créé, ne serait-ce qu'en raison de la difficulté d'établir à quel instant précis a pris naissance un tel élément de preuve. On pourra toujours prétendre que le taux d'alcool dans le sang de l'accusé constitue un état de fait qui précède la violation de ses droits. Il s'en trouvera toutefois d'autres pour répliquer, avec autant de vraisemblance, que le taux d'alcoolémie d'un accusé ne peut constituer un élément de preuve en tant que tel tant et aussi longtemps qu'il n'a pas été constaté par voie d'analyse à l'aide d'un échantillon. En d'autres termes, tout dépendra de ce que l'on entend par l'«existence» d'une preuve. Comme l'a fort justement rappelé le professeur Jutras, «[j]usqu'à un certain point, l'existence de la preuve se confond avec son obtention»<sup>178</sup>.

Voilà donc qui nous ramène au critère retenu plus haut, et qui tourne autour du rôle joué par l'accusé dans la mise au jour d'une preuve. Plus précisément, peut-on dire que l'accusé a été contraint de participer à la création d'une preuve autrement inaccessible pour la poursuite lorsqu'on prélève sur sa personne une substance corporelle contre son gré ? Posée en ces termes, la question se prête à

---

scription. See *Thomson Newspapers Ltd. v. Canada (Director of Investigation & Research)*. [...]

La Forest J. there deals with this sequence: a breach, followed by a self-incriminating statement, then the discovery of real evidence. *R. v. Duguay* is an example of that. [...]

The narrow question for this case is this: does the same reasoning apply to the discovery of real evidence as a *direct* consequence of the breach but without the intervention of a self-incriminating act? I think yes. The common element is that the state seeks advantage from its wrong. [...] In my view, the conscription of the accused to testify against himself is only the paradigm, the perfect example, of the operation of the troubling thought that the state might somehow take advantage of its violation of the constitutional rights of the accused to bolster its case against him [notes omises] (*Meddoui, supra* note 141 aux pp. 333-36).

<sup>178</sup> Jutras, *supra* note 102 à la p. 68. Dans cette veine, la Cour d'appel de la Colombie-Britannique a considéré que des éclats de peinture provenant du bateau de l'accusé et saisis contre son gré pouvaient être assimilés à des échantillons de sang en ce sens que leur existence en tant qu'éléments de preuve découlait d'une violation des droits de l'accusé et ne constituait pas une preuve matérielle préexistante (*R. v. Erickson* (1989), 49 C.C.C. (3<sup>e</sup>) 33, 14 M.V.R. (2<sup>e</sup>) 122 (C.A. C.-B.)).

un traitement judiciaire plus rigoureux et recèle moins d'ambiguïtés. Aussi ne faut-il pas se surprendre que la Cour suprême ait conclu au caractère auto-incriminant des échantillons de sang et les ait en conséquence exclus de la preuve lorsqu'ils avaient été obtenus en contravention des droits de l'accusé<sup>179</sup>. Bien que l'on ait invoqué des considérations généralement retenues pour évaluer l'admissibilité d'une preuve matérielle (gravité de la violation et absence de bonne foi des policiers), on n'a pas manqué de souligner que l'accusé avait été mobilisé contre lui-même<sup>180</sup>.

Il ne faudrait cependant pas croire que cette jurisprudence de la Cour suprême a été fidèlement suivie par les tribunaux inférieurs ; on a fréquemment admis en preuve les résultats d'un test d'ivressomètre ou d'une analyse révélant la proportion d'alcool dans le sang, alors même que l'échantillon utilisé à cette fin avait été prélevé sans le consentement de l'accusé ou en violation de son droit à l'assistance d'un avocat. Pour ce faire, on s'est parfois contenté d'invoquer le caractère matériel de ce type de preuve<sup>181</sup> ; mais plus souvent qu'autrement, on s'est appuyé sur l'exception de la « découverte inévitable » pour justifier ce résultat<sup>182</sup>. Bien que l'on puisse questionner le bien-fondé de

<sup>179</sup> *R. c. Pohoretsky*, [1987] 1 R.C.S. 945, [1987] 4 W.W.R. 590 [ci-après *Pohoretsky* avec renvois aux R.C.S.] ; *R. c. Dymont*, [1988] 2 R.C.S. 417, 55 D.L.R. (4<sup>e</sup>) 503 [ci-après *Dymont*]. Dans l'arrêt *Borden*, on en est arrivé à la même conclusion même si l'échantillon de sang avait été prélevé dans le seul but de procéder à une analyse de l'ADN. Contrairement à la situation qui prévaut lorsque l'on cherche à déterminer le niveau d'alcool dans le sang, cette analyse était parfaitement neutre en ce qu'elle ne permettait pas à elle seule d'établir la culpabilité de l'accusé. En effet, ce n'est qu'en comparant l'ADN présente dans le sang de l'accusé avec l'ADN présente dans le sperme recueilli sur les lieux du crime que l'on avait pu établir la culpabilité de l'accusé. La Cour s'est néanmoins dit d'avis que l'accusé avait été conscrit contre lui-même parce que son sang, même s'il existait avant le prélèvement fait en violation de ses droits, n'existait pas sous une forme accessible à la Couronne.

<sup>180</sup> Dans l'affaire *Pohoretsky*, l'agent de la paix avait lui-même demandé au médecin traitant de prélever un échantillon de sang, requête à laquelle ce dernier avait accédé, malgré l'état de délire dans lequel se trouvait l'accusé et en l'absence de toute justification médicale. Dans l'affaire *Dymont* par contre, le médecin traitant avait remis de plein gré au policier l'échantillon de sang qu'il avait recueilli d'une plaie ouverte du patient inconscient. À cette occasion, on a beaucoup insisté sur la dignité de l'être humain et sur l'importance de préserver la confiance du public dans l'administration des services médicaux. Voir aussi *R. c. Dersch* (21 octobre 1993), Ottawa 22483 (C.S.C.) ; *R. c. Tomaso* (1989), 33 O.A.C. 106, 70 C.R. (3<sup>e</sup>) 152 (C.A.) ; *R. c. Fowler* (1990), 70 Man. R. (2<sup>e</sup>) 217, 3 C.R. (4<sup>e</sup>) 225 (C.A.).

<sup>181</sup> Voir *R. c. Mallen* (1992), 7 B.C.A.C. 256, 70 C.C.C. (3<sup>e</sup>) 561 (C.A.) [ci-après *Mallen* avec renvois aux C.C.C.] ; *R. c. Higgins* (1994), [1994] 3 W.W.R. 305, 88 C.C.C. (3<sup>e</sup>) 232 (C.A. Man.).

<sup>182</sup> Voir l'arrêt *R. c. Erickson* (1992), 125 A.R. 68, 72 C.C.C. (3<sup>e</sup>) 75 (C.A.), où la Cour d'appel de l'Alberta s'est dit d'avis qu'un échantillon de sang pouvait être assimilé à une preuve matérielle dont l'existence ne dépendait d'aucune façon de la violation des droits de l'accusé. Elle a néanmoins poursuivi en ajoutant que l'admission de cette preuve ne pouvait affecter l'équité du

certaines décisions et l'application parfois laxiste des principes que l'on prétend mettre en œuvre<sup>183</sup>, cette jurisprudence n'en confirme pas moins le caractère auto-incriminant des substances corporelles prélevées sans le consentement de l'accusé<sup>184</sup>.

Qu'en est-il enfin des propos ou des déplacements recueillis ou captés par des moyens électroniques ? Doit-on qualifier les renseignements ainsi obtenus de « preuve auto-incriminante » ou de « preuve matérielle » ? Voilà des questions qui appellent des réponses circonstanciées et que la jurisprudence initiale de la Cour suprême n'a pas peu contribué à obscurcir. Dans les deux premières décisions qu'il fut appelé à rendre en cette matière, le plus haut tribunal devait en effet envoyer des signaux pour le moins contradictoires qu'il n'est pas facile de décoder.

---

procès puisque la Couronne y aurait certainement eu accès en l'absence de toute contravention à la *Charte*. Dans cette affaire, un médecin avait indiqué au policier qu'un prélèvement sanguin avait été effectué sur la personne de l'accusé et lui avait transmis, à sa demande, les résultats de l'analyse. Ces derniers permettant au policier de soupçonner que l'accusé était en état d'ébriété au moment de l'accident, il devait par la suite obtenir un mandat pour saisir l'échantillon de sang et les données que le médecin lui avait communiquées verbalement. Dans un premier temps, la Cour reconnut que le policier avait contrevenu à l'article 8 de la *Charte* en obtenant du médecin les résultats des divers tests auxquels on avait soumis l'échantillon de sang de l'accusé ; elle en vint néanmoins à la conclusion que la Couronne aurait pu avoir accès aux éléments de preuve contestés sans violer l'expectative raisonnable de vie privée de l'accusé, puisque le policier savait que l'échantillon de sang avait été prélevé et qu'il avait d'autres motifs raisonnables et probables de croire que l'accusé avait un taux d'alcoolémie supérieur à celui qu'autorise le *Code criminel*. Voir aussi *R. c. Brown* (1991), 107 N.S.R. (2<sup>e</sup>) 349, 69 C.C.C. (3<sup>e</sup>) 139 (C.S.D.A.) ; *R. c. Wills* (1992), 7 O.R. (3<sup>e</sup>) 337, 12 C.R. (4<sup>e</sup>) 58 (C.A.) [ci-après *Wills*] ; *R. c. Jackson* (1993), 15 O.R. (3<sup>e</sup>) 709, 86 C.C.C. (3<sup>e</sup>) 233 (C.A.).

<sup>183</sup> À cet égard, il faut noter que les juges ne sont pas insensibles au fléau que représente la conduite automobile en état d'ébriété, et leur perception de ce qui peut déconsidérer l'administration de la justice ne peut que s'en trouver influencée. Dans un jugement récent, le juge McEachern de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique a formulé explicitement un sentiment que partagent sans doute plusieurs membres de la magistrature :

It can hardly be argued that the admissibility of breathalyzer evidence in the circumstances of this case would bring the administration of justice into disrepute when one considers that there were 10,000 cases of impaired driving in British Columbia in the last year for which statistics are available (*Mallen, supra* note 181 à la p. 569).

<sup>184</sup> À l'inverse, la Cour suprême a établi qu'un condom contenant de l'héroïne et que l'on avait retiré de la cavité anale de l'accusé en contravention des droits que lui garantissent l'article 8 et les alinéas 10a) et b) de la *Charte* « constituait une preuve matérielle qui existait indépendamment des violations de la *Charte* et dont l'utilisation ne porterait donc pas atteinte à l'équité du procès » (*Greffe, supra* note 86 à la p. 797). Bien que la Cour n'ait pas tenté de justifier sa position en ces termes, on peut soutenir que cet élément de preuve (à la différence d'une substance corporelle) aurait pu être obtenu sans la participation de l'accusé : il aurait suffi d'attendre que « la nature fasse son œuvre » (*ibid.* à la p. 796).



Dans la première de ces deux affaires<sup>185</sup>, la Cour suprême était appelée à se prononcer sur l'admissibilité d'une conversation privée à laquelle l'accusé avait pris part et qui avait été enregistrée à son insu. L'échange avait eu lieu dans l'appartement d'un indicateur de police, où l'on avait préalablement installé du matériel d'enregistrement audio-visuel avec son consentement et celui de l'agent d'infiltration qui était également présent sur les lieux. N'éprouvant aucune difficulté à conclure que cette interception d'une communication privée sans autorisation judiciaire portait atteinte aux droits garantis à l'accusé par l'article 8 de la *Charte*, M. le juge La Forest, au nom de la majorité, indiqua dans un premier temps que les répercussions de cette violation sur l'équité du procès revêtaient une «importance capitale». Plutôt que d'insister sur le caractère auto-incriminant de la preuve en cause pour bien marquer les dangers que ferait peser son admission sur cette composante essentielle du respect dont jouit l'administration de la justice, il enchaîna immédiatement avec des considérations relatives à la bonne foi des policiers. Étant donné le peu d'importance que l'on attache généralement à la conduite des forces de l'ordre lorsque l'équité du procès est en jeu, il est donc permis de se demander si l'enregistrement d'une conversation doit être perçu comme une preuve auto-incriminante ou matérielle<sup>186</sup>.

La Cour suprême aurait pu préciser sa pensée dans une autre affaire qu'elle trancha la même année<sup>187</sup>, et à l'occasion de laquelle l'admissibilité d'un enregistrement magnétoscopique où l'on voyait clairement les accusés se livrant à des activités illégales de jeu et de pari dans une chambre d'hôtel était en cause. On préféra cependant s'en remettre au raisonnement qui avait prévalu quelques mois plus tôt, avec toutes les ambiguïtés qu'il comportait. Si bien qu'il fallut attendre le jugement rendu plus récemment dans l'arrêt *Wise*<sup>188</sup> pour y voir un peu plus clair. Dans cette affaire, le ministère public tentait d'introduire la preuve des allées et venues de l'accusé obtenue à l'aide d'un dispositif de surveillance électronique dissimulé dans sa voiture. Pour en arriver à la conclusion que les déplacements de l'automobile constituaient une preuve matérielle, on insista beaucoup sur le caractère réel et tangible de cette

---

<sup>185</sup> *R. c. Duarte*, [1990] 1 R.C.S. 30, 65 D.L.R. (4<sup>e</sup>) 240 [ci-après *Duarte* avec renvois aux R.C.S.]. Voir aussi *R. c. Wiggins*, [1990] 1 R.C.S. 62, 53 C.C.C. (3<sup>e</sup>) 476 [ci-après *Wiggins* avec renvois aux R.C.S.].

<sup>186</sup> Cet arrêt a été suivi, entre autres, par la Cour d'appel du Québec dans l'affaire *R. c. Elzein* (1993), 55 Q.A.C. 99, 82 C.C.C. (3<sup>e</sup>) 455 (C.A.), ainsi que par la Cour d'appel de l'Ontario dans l'arrêt *R. c. Wijesinha* (1994), 17 O.R. (3<sup>e</sup>) 583, 88 C.C.C. (3<sup>e</sup>) 116 (C.A.) [ci-après *Wijesinha*].

<sup>187</sup> *R. c. Wong*, [1990] 3 R.C.S. 36, 60 C.C.C. (3<sup>e</sup>) 460 [ci-après *Wong* avec renvois aux R.C.S.].

<sup>188</sup> *R. c. Wise*, [1992] 1 R.C.S. 527, 11 C.R. (4<sup>e</sup>) 253 [ci-après *Wise* avec renvois aux R.C.S.].

preuve en l'opposant aux preuves émanant de l'accusé suite à une violation du droit à l'avocat. Comme on l'a noté précédemment, ce test n'est pas toujours probant (et parfois même peu pertinent) lorsqu'il s'agit d'évaluer l'impact d'une preuve sur l'équité du procès.

Plus éclairante est l'analyse du rôle joué respectivement par les policiers et l'accusé eu égard à l'existence de cette preuve. Se faisant fort de rappeler que les policiers n'avaient exercé aucune contrainte ni eu recours à aucun subterfuge pour forcer l'accusé à monter dans son véhicule et le conduire, le juge Cory en vint à la conclusion que la balise installée dans l'automobile de l'accusé à son insu avait tout simplement accru la capacité de la police d'observer ses déplacements<sup>189</sup>. Il en aurait été tout autrement si les policiers avaient usé de ruse ou de subterfuge pour inciter l'accusé à utiliser son véhicule pour se rendre à certains endroits préétablis. Il ne fait alors aucun doute que la preuve ainsi obtenue devrait être déclarée inadmissible. En d'autres termes, une preuve magnétoscopique ou audio-visuelle devrait normalement être déclarée inadmissible chaque fois que les paroles prononcées ou les gestes posés par l'accusé ont en quelque sorte été «provoqués» par les forces de l'ordre<sup>190</sup>. S'il

---

<sup>189</sup> D'après le juge Cory dans *Wise, ibid.* aux pp. 543-44, l'essentiel de la preuve avait été obtenu grâce à l'observation directe du véhicule, et de toute façon, «la preuve portant sur le déplacement du véhicule n'était certainement pas une preuve qui ne pouvait "pas être découverte"». Dans l'hypothèse contraire, il eut été plausible d'affirmer que la surveillance technique avait créé la preuve, qui autrement n'aurait pas été disponible. C'est d'ailleurs précisément la conclusion à laquelle en viendra le juge La Forest, en dissidence ; ce qui prouve encore une fois la difficulté de distinguer la preuve auto-incriminante de la preuve matérielle en s'appuyant sur le critère de la «découverte inévitable».

<sup>190</sup> L'arrêt *Proulx c. R.*, [1992] R.J.Q. 2047, 76 C.C.C. (3<sup>e</sup>) 316 (C.A.) [ci-après *Proulx* avec renvoi aux R.J.Q.] fournit une excellente illustration de ce principe. Dans cette affaire, les policiers avaient convaincu le père de la victime de collaborer à l'enquête et d'organiser une rencontre privée avec l'accusé qui serait enregistrée par les policiers, avec le consentement du père, mais à l'insu de l'accusé. Contrairement à ce qui s'était passé dans les affaires *Duarte* et *Wiggins*, il est évident que les déclarations incriminantes de l'accusé découlaient directement de la violation de ses droits constitutionnels. En d'autres termes, l'intervention de l'État était ici beaucoup plus immédiate en ce sens que les policiers étaient directement impliqués dans la création de la preuve : sans leur concours, cette preuve n'aurait sans doute jamais vu le jour. Cette distinction n'a d'ailleurs pas échappé à la Cour d'appel, qui écrivait à ce propos :

À la différence des faits dans l'arrêt *Duarte*, nous devons ici conclure que les communications enregistrées ont été obtenues «en conscrivant» ou «en mobilisant» l'appelant contre lui-même; il s'agit d'un cas où la preuve, dans sa totalité et dans l'utilisation qui en a été faite, a été obtenue en raison de la violation de la charte [sic]. Dans les arrêts *Duarte* et *Wiggins* et les autres au même effet, l'enregistrement servait véritablement à renforcer une preuve que la police pouvait obtenir autrement puisque l'indicateur collaborait déjà avec la police; de toute façon, celui-ci pouvait divulguer le contenu des conversations, n'eussent-elles pas été en-

doit en aller ainsi, c'est encore et toujours parce qu'une personne ne saurait être amenée contre son gré à créer une preuve qui pourrait lui être préjudiciable et ainsi à s'auto-incriminer.

## 2. La preuve «matérielle»

Le but du paragraphe 24(2) de la *Charte* étant d'empêcher que l'utilisation d'une preuve ne *déconsidère encore plus* l'administration de la justice, il n'est pas surprenant que l'on veuille à tout prix dissocier le pouvoir judiciaire des bavures policières et de toutes les irrégularités qui peuvent être commises avant la phase judiciaire. Aussi les tribunaux refuseront-ils de donner leur absolution à une conduite inacceptable de la part des organismes enquêteurs ou de la poursuite en admettant des preuves obtenues à la suite d'un comportement répréhensible. Cela vaudra tout particulièrement pour les preuves qui ne sont pas de nature auto-incriminante, puisque les éléments de preuve qui tendent à incriminer l'accusé doivent en principe être écartés dès lors qu'ils ont été recueillis en violation de la *Charte*<sup>191</sup>.

S'il n'est guère permis de douter que l'utilisation d'une preuve obtenue à la suite d'une violation grave de la *Charte* est susceptible de déconsidérer l'administration de la justice, l'évaluation du degré requis de gravité pour que l'exclusion de la preuve soit mandatée par la *Charte* présente en revanche plus de difficultés. Dans l'arrêt *Collins, M.* le juge Lamer n'a pas fait preuve d'une grande loquacité à ce chapitre. Après avoir fait état des facteurs les plus souvent retenus par les tribunaux, il s'est contenté de reprendre un extrait de l'arrêt *Therens* dans lequel M. le juge Le Dain mettait l'accent sur la bonne foi et l'urgence de la situation<sup>192</sup>. Tout au plus a-t-il ajouté que la possibilité

---

registrées. En l'espèce, ce sont les policiers qui ont convaincu M. Alain d'organiser la rencontre avec l'appelant et qui lui ont suggéré les questions à poser et les sujets à aborder. Seul l'enregistrement a permis aux policiers de connaître les réactions de l'appelant et de l'entendre s'exprimer sur ces sujets choisis par les enquêteurs (*Proulx, ibid.* à la p. 2053).

Voir aussi *R. c. Morales*, [1993] R.J.Q. 2940 (C.Q.).

<sup>191</sup> Tel que nous l'avons déjà relevé, la Cour suprême a souvent procédé à l'analyse de la gravité de la violation alors même qu'elle en était venue à la conclusion préalable que la preuve obtenue irrégulièrement était de nature auto-incriminante (voir *supra* les arrêts cités à la note 132).

<sup>192</sup> La gravité relative d'une violation de la Constitution a été évaluée en fonction de la question de savoir si elle a été commise de bonne foi ou par inadvertance ou si elle est de pure forme, ou encore s'il s'agit d'une violation délibérée, volontaire ou flagrante. Un autre facteur pertinent consiste à déterminer si cette violation a été motivée par l'urgence de la situation ou par la nécessité d'empêcher la perte ou la destruction de la preuve (*Therens, supra* note 25 à la p. 652, cité par le juge Lamer dans l'arrêt *Collins, supra* note 30 à la p. 285).

d'acquérir l'élément de preuve contesté par d'autres méthodes d'enquête jouera normalement en faveur de son exclusion<sup>193</sup>. Ce principe devait par la suite être réaffirmé à plusieurs reprises<sup>194</sup>, bien que l'on ne puisse en déduire la proposition inverse<sup>195</sup>.

Quoiqu'il en soit, on peut d'ores et déjà affirmer que la barre devra probablement être fixée assez haut, étant donné l'admonition de M. le juge Lamer à l'effet qu'«[u]ne preuve matérielle obtenue d'une manière contraire à la *Charte* sera rarement de ce seul fait une cause d'injustice» puisqu'elle «existe indépendamment de la violation de la *Charte*» et que «son utilisation ne rend pas le procès inéquitable»<sup>196</sup>. Est-ce à dire que les preuves de cette nature seront presque toujours admises ? Bien qu'il n'existe aucune statistique précise à cet égard, c'est nettement l'impression qui se dégage à la lecture des jugements de la Cour suprême. Ce constat ne saurait néanmoins nous dispenser d'une analyse approfondie des critères mis de l'avant par les tribunaux pour

---

<sup>193</sup> Je dois ajouter que l'existence d'autres méthodes d'enquête et le fait que la preuve aurait pu être obtenue sans violation de la *Charte* tendent à aggraver les violations de la *Charte*. Nous examinons la conduite réelle des autorités et les éléments de preuve ne doivent pas être admis pour le motif que les autorités auraient pu procéder autrement et ainsi obtenir la preuve de façon régulière. D'ailleurs le fait de ne pas avoir procédé régulièrement lorsque cette possibilité leur était offerte tend à démontrer un mépris flagrant de la *Charte*, ce qui est un facteur en faveur de l'exclusion de la preuve (*Collins, ibid.*).

<sup>194</sup> La décision rendue par la Cour suprême dans l'arrêt *Duarte* révèle cependant que ce principe n'est pas d'une application inflexible et pourra souffrir des exceptions. Dans cette affaire, on s'en souviendra, les policiers s'étaient contentés d'obtenir l'autorisation de l'indicateur et de l'agent d'infiltration avec qui l'accusé avait conversé pour intercepter leur communication, tel que le permettait l'alinéa 178.11(2)a) C. cr. Se disant d'avis qu'une telle façon de procéder portait atteinte aux droits que garantit l'article 8 de la *Charte* et qu'il aurait fallu obtenir une autorisation judiciaire préalable, la Cour n'en décida pas moins d'admettre la communication en preuve. Parce que les policiers avaient de bonnes raisons de croire qu'ils agissaient en conformité avec une règle de droit valide, on ne leur tint pas rigueur du fait qu'ils ne s'étaient pas conformés à une exigence qu'ils auraient pourtant pu respecter.

<sup>195</sup> S'exprimant au nom de la majorité, le juge Sopinka, dans l'arrêt *Kokesch*, a écrit :

[L]'inexistence d'autres méthodes d'enquête, admissibles sur le plan constitutionnel, n'est ni une excuse ni une justification pour utiliser des méthodes d'enquête inadmissibles sur le plan constitutionnel. [...]

Lorsque la police n'a que des soupçons et ne peut légalement obtenir d'autres éléments de preuve, elle doit alors laisser le suspect tranquille, et non aller de l'avant et obtenir une preuve d'une manière illégale et inconstitutionnelle. Si elle agit ainsi, la violation de la *Charte* est beaucoup plus grave qu'elle ne le serait autrement, elle ne l'est pas moins (*Kokesch, supra* note 103 aux pp. 28, 29).

<sup>196</sup> *Collins, supra* note 30 à la p. 284.

déterminer la gravité d'une violation. N'a-t-on pas d'ailleurs écarté une preuve matérielle dans l'arrêt *Collins* malgré les répercussions fâcheuses qu'une telle décision pouvait entraîner pour la poursuite ?

Que nous enseigne donc la jurisprudence et quelles tendances pouvons-nous y déceler ? Au nombre des idées-force que l'on retient, le concept de la bonne foi vient au tout premier plan. Tout indique en effet qu'il s'agit là de l'élément central à partir duquel on mesure la gravité d'une violation. Que l'on en fasse état nommément ou de façon sous-entendue en qualifiant la violation de «flagrante», «volontaire» ou «intentionnelle», on y revient inévitablement dans tous les arrêts rendus à la suite de l'affaire *Therens*. Pourtant, il serait erroné de croire que le seul recours à cette norme puisse solutionner tous les problèmes. En effet, la bonne foi peut s'évaluer en fonction de différentes normes : se contentera-t-on d'une preuve à l'effet que le policier croyait sincèrement respecter les droits de l'accusé ou exigera-t-on au surplus que son comportement trouve appui sur des précédents judiciaires, sur un acte de procédure émanant de la cour ou même sur une loi qui était alors valide ? En d'autres termes, la bonne foi se mesurera-t-elle en fonction d'un critère objectif ou subjectif ? Plus fondamentalement, est-on justifié de faire appel à la bonne foi dans un système d'exclusion de la preuve axé sur la réputation dont jouit l'administration de la justice plutôt que sur la dissuasion ?

Dans le contexte de la constitution américaine et plus particulièrement de son IV<sup>e</sup> amendement, la notion de bonne foi a pris au cours des récentes années une importance considérable. Sous la houlette du juge en chef Burger, la Cour suprême des États-Unis a graduellement érodé le caractère automatique de la règle d'exclusion en lui assignant une fonction essentiellement dissuasive. Partant, on n'éprouva aucune difficulté à conclure dans les arrêts *Leon* et *Sheppard* que la preuve matérielle saisie sous l'autorité d'un mandat défectueux devait néanmoins être admise. Quelques années plus tard, la Cour alla encore plus loin en décidant dans l'arrêt *Krull* que la preuve recueillie dans le cadre d'une perquisition sans mandat autorisée par une loi subséquentement déclarée inconstitutionnelle était admissible. Il est intéressant de constater que dans chacune de ces trois affaires, la Cour évita soigneusement de sonder l'état d'esprit des policiers en cause, préférant s'en remettre au critère du policier raisonnablement bien entraîné<sup>197</sup>.

---

<sup>197</sup> «Accordingly, our good faith inquiry is confined to the objectively ascertainable question whether a reasonably well trained officer would have known that the search was illegal despite the magistrate's authorization» (*Leon, supra* note 70 à la p. 922).

Dans quelle mesure ces précédents sont-ils transposables au Canada ? À partir du moment où le fondement de la règle d'exclusion n'est plus la dissuasion des policiers mais le maintien de la réputation dont jouit l'administration de la justice, peut-on encore tenir compte de l'attitude des forces de l'ordre dans la cueillette des éléments de preuve ? S'il s'en trouve pour répondre par la négative à cette question<sup>198</sup>, la majorité des auteurs estiment au contraire que la bonne foi a sa place dans le cadre du paragraphe 24(2)<sup>199</sup>. En effet, on voit mal comment le caractère plus ou moins répréhensible de la violation d'un droit constitutionnel dont s'est rendu coupable un agent de l'État pourrait être sans incidence sur la considération dont jouit l'administration de la justice. Avant de prendre le risque d'être associés à la conduite de policiers fautifs en admettant la preuve qui leur est soumise, les tribunaux voudront certes prendre leurs précautions en s'assurant qu'ils n'ont pas agi de propos délibéré. Cela dit, il va de soi que les paramètres à l'intérieur desquels devra s'articuler leur réflexion différeront de ceux qui encadrent le pouvoir judiciaire américain. Non seulement devront-ils tenir compte du fait que la dissuasion n'est pas le pivot sur lequel repose la règle d'exclusion canadienne, mais encore ne devront-ils jamais perdre de vue que la bonne foi ne vise pas à tempérer une règle d'exclusion très radicale, mais, au contraire, fait intrinsèquement partie des considérations dont il faut tenir compte dans la mise en œuvre d'une règle beaucoup plus souple.

C'est donc dans cette optique bien particulière que doit être circonscrite la notion de bonne foi pour les fins du paragraphe 24(2) de la *Charte* canadienne. Ces précisions, à elles seules, ne suffisent pourtant pas à départager les significations acceptables de la bonne foi de celles qui ne le sont pas. S'il en va ainsi, c'est tout simplement parce que tous ne s'entendent pas sur le degré de gravité que doit atteindre une violation pour que l'admission d'une preuve qui en résulte puisse avoir des répercussions négatives sur la réputation dont jouit l'administration de la justice. Les opinions rédigées par MM. les juges Estey et Le Dain dans l'arrêt *Therens* illustrent bien cette disparité de perceptions. Dans cette dernière affaire, M. le juge Le Dain en était venu à la conclusion que l'on ne pouvait reprocher aux policiers de s'être appuyés sur l'autorité de l'arrêt *Chromiak* pour agir comme ils l'avaient fait, alors même qu'aucune preuve ne permettait d'établir fermement qu'ils avaient cette décision à l'esprit au moment où ils avaient détenu l'accusé. On peut en inférer qu'à ses yeux, il suffisait que les policiers n'aient pas commis de faute lourde ou intentionnelle dans l'exécution de leurs fonctions. À l'opposé, le juge Estey considéra que

---

<sup>198</sup> Voir Roach, *supra* note 47.

<sup>199</sup> Voir par ex. Paciocco, *supra* note 71 ; MacCrimmon, *supra* note 124.

«les policiers ont violé de façon flagrante un droit garanti par la *Charte* sans avoir le pouvoir légal de le faire» et se dit d'avis, à partir des faits même dont son collègue avait également pris connaissance, que la violation des droits de l'accusé était «manifeste»<sup>200</sup>. Non pas que la conduite des policiers témoignait à ses yeux d'une intention délibérée de ne pas respecter le droit à l'avocat. Ce que l'on retient de ses propos, c'est que la bonne foi doit nécessairement reposer sur une conviction raisonnable d'agir dans la légalité, un peu comme dans l'hypothèse où les forces de l'ordre se basent sur une loi subséquemment déclarée invalide.

Cette première divergence d'opinions devait être le prélude à de longs tâtonnements jurisprudentiels. L'impression qui se dégage de toutes les décisions portant sur cette question, c'est que les tribunaux feront preuve d'une certaine tolérance à l'égard des policiers consciencieux et diligents qui n'ont pas délibérément violé les droits constitutionnels de l'accusé. Il va de soi qu'une foule de facteurs pourront être pris en considération pour évaluer l'état d'esprit avec lequel les agents de la paix ont exécuté leurs fonctions ; mais à tout le moins devront-ils pouvoir s'appuyer sur des précédents judiciaires ou des dispositions législatives apparemment valides au moment où ils ont posé les gestes qu'on leur reproche.

C'est principalement dans le contexte d'une violation des droits garantis par l'article 8 de la *Charte* qu'ont pris forme les principes applicables en cette matière. Appelée à se prononcer sur la recevabilité des éléments de preuve saisis à la suite d'une perquisition effectuée sous l'autorité d'un type de mandat subséquemment déclaré inconstitutionnel<sup>201</sup>, la Cour suprême ne mit pas long à conclure que la violation des droits de l'accusé n'était pas suffisamment grave pour justifier l'exclusion d'une preuve matérielle<sup>202</sup>. Il est vrai que la Cour

---

<sup>200</sup> *Therens, supra* note 25 à la p. 621.

<sup>201</sup> Dans l'affaire *Sieben c. R.*, [1987] 1 R.C.S. 295, 38 D.L.R. (4<sup>e</sup>) 427 [ci-après *Sieben*], il s'agissait d'un mandat de main-forte délivré aux termes de l'article 13 de la *Loi sur les stupéfiants*, qui autorisait la personne en étant munie à entrer à toute heure dans une maison d'habitation pour y rechercher des stupéfiants. Ce mandat était émis par un juge de la Cour fédérale à la simple demande du ministre de la Justice et s'attachait à la personne qui y était nommée plutôt qu'à une infraction précise ; en d'autres termes, la personne qui était investie de ce mandat pouvait s'en prévaloir tant et aussi longtemps qu'il ne lui était pas retiré. On ne s'est jamais formellement prononcé sur la validité de ce mandat, puisque les dispositions pertinentes avaient déjà été abrogées au moment où la Cour suprême a été saisie de la question. Le ministère public n'ayant pas manifesté l'intention d'en défendre la validité, la Cour présuma néanmoins que ces mandats n'étaient pas adéquats du point de vue constitutionnel.

<sup>202</sup> Voir *Sieben, ibid.* ; *Hamill c. R.*, [1987] 1 R.C.S. 301, 38 D.L.R. (4<sup>e</sup>) 611 [ci-après *Hamill*]. Ces deux jugements ont été rendus le même jour que l'arrêt *Collins*.

souligne la conduite irréprochable des policiers et le fait qu'ils avaient des motifs raisonnables pour entrer dans l'appartement et y effectuer la perquisition, ce qui leur aurait permis d'obtenir un véritable mandat de perquisition auprès d'un juge de paix conformément à l'article 12 de la *Loi sur les stupéfiants*. Mais c'est d'abord et avant tout parce que la loi autorisant une perquisition aux termes d'un mandat de main-forte «n'avait pas été déclarée contraire à la Charte» au moment où les policiers s'en sont prévalus que la Cour a conclu à leur bonne foi. Les tribunaux ont subséquemment emprunté ce raisonnement dans plusieurs autres décisions, tant et si bien que le respect d'une norme ou d'une pratique dont la constitutionnalité n'était pas douteuse au moment où la preuve a été recueillie apparaît être une condition minimale de la bonne foi<sup>203</sup>.

Encore faudra-t-il que les policiers fassent preuve de diligence raisonnable pour connaître l'état du droit qui les gouverne et l'étendue de leurs pouvoirs. Si l'on ne peut exiger des forces de l'ordre qu'elles connaissent tous les raffinements de la jurisprudence ni qu'elles soient au fait de toutes les contestations judiciaires au pays, elles doivent à tout le moins éviter de faire preuve d'insouciance ou d'aveuglement volontaire. De même, on ne saurait certes s'attendre à ce que chaque policier se substitue au juge et apprécie la légalité des pouvoirs qu'il est amené à exercer dans le cadre de ses fonctions. En revanche, il serait tout aussi inadmissible qu'il fasse fi de l'entrée en vigueur de la *Charte* et qu'il s'en tienne à l'application servile des pratiques du passé tant et aussi longtemps qu'un tribunal ne lui aura pas signifié très explicitement que tel ou tel aspect de ses pouvoirs contrevient aux droits fondamentaux. La décision rendue par la Cour suprême dans l'arrêt *Kokesch* illustre bien les limites que ne sauraient franchir impunément les policiers. Dans cette affaire, la majorité en vint à la conclusion que les policiers ne pouvaient être de bonne foi en procédant à une perquisition périphérique sans mandat, alors même que cette forme d'enquête n'avait jamais été explicitement désavouée par les tribunaux. Reconnaissant qu'il ne convenait pas d'imposer aux forces policières l'obligation d'interpréter instantanément les décisions judiciaires, quatre des sept juges n'en furent pas moins d'avis qu'il ne leur était pas non plus loisible de se réfugier derrière une interprétation étroite de ces mêmes décisions ou des droits fondamentaux qui les sous-tendent. Partant, ils décidèrent que la perquisition périphérique de la résidence d'un accusé

---

<sup>203</sup> Voir par ex. *Simmons*, supra note 54 ; *Jacoy*, supra note 133 ; *R. c. Ward* (1990), 90 Nfld. & P.E.I.R. 322, 60 C.C.C. (3<sup>e</sup>) 377 (C.S.D.A. I-P.-É.) ; *R. c. Noble* (1984), 48 O.R. (2<sup>e</sup>) 643, 16 C.C.C. (3<sup>e</sup>) 146 (C.A.) ; *Gladstone*, supra note 22 ; *R. c. Dairy Supplies* (1987), 44 Man. R. (2<sup>e</sup>) 275, 33 C.C.C. (3<sup>e</sup>) 253 (C.A.) ; *Ladouceur*, supra note 9 ; *R. c. Siddal* (1992), 110 N.S.R. (2<sup>e</sup>) 117, 299 A.P.R. 117 (C.S.D.A.).



effectuée sans autorisation par des policiers était «manifestement déraisonnable», étant donné la jurisprudence<sup>204</sup> bien établie qui restreint les pouvoirs d'enquête sur la propriété privée et l'exigence d'un mandat énoncée deux ans plus tôt dans l'affaire *Hunter*<sup>205</sup>. Répondant à leurs collègues dissidents, pour qui les faits en l'espèce ne différaient guère des circonstances qui forment la trame des arrêts *Sieben*, *Hamill*, *Duarte* et *Wiggins*, ils insistèrent sur le fait que la police avait agi dans chacun de ces cas en conformité avec un pouvoir expressément prévu par la loi qui légitimait la perquisition attaquée<sup>206</sup>. Or, il n'en allait manifestement pas ainsi en

---

<sup>204</sup> Il s'agit des arrêts *Eccles c. Bourque*, [1975] 2 R.C.S. 739, 27 C.R. (N.S.) 325 et *Colet c. R.*, [1981] 1 R.C.S. 2, [1981] 2 W.W.R. 472. Dans la première de ces deux affaires, la Cour a jugé que les attentes de l'individu en matière de vie privée relativement à son foyer exigent que les agents de la paix s'annoncent avant d'entrer, tandis que dans la deuxième, on a établi que le pouvoir de saisir (en l'occurrence des armes à feu) doit recevoir une interprétation stricte pour empêcher la police d'entrer dans une propriété privée et d'y effectuer une perquisition générale.

<sup>205</sup> Dans la même veine, on a refusé de considérer qu'un policier puisse être de bonne foi en perquisitionnant un véhicule sans mandat plusieurs années après que la Cour suprême ait rendu sa décision dans l'arrêt *Hunter*. Dans *Klimchuk*, la distinction que l'on a faite entre la bonne foi et l'honnêteté tend à indiquer que le premier concept devrait s'apprécier objectivement :

[A]bsence of good faith does not necessarily mean that there was bad faith or that the police officers were prompted in their actions by some unworthy or perhaps even unlawful motive. In the context of s. 8 of the *Charter*, good faith has come to mean that state of mind which relies upon express statutory authority to support the lawfulness of a search. The fact that such authority is subsequently declared constitutionally invalid cannot retroactively undermine that state of mind or the redemptive effect that it will have on the reputation of the administration of justice if the decision is taken to admit the evidence in the face of what would otherwise be considered a serious *Charter* violation.

Here, there was no express authority for the warrantless search of the appellant's vehicle, and none was suggested by either officer. Constable Cumming did testify that he did not believe a warrant was necessary "at that time," but such an honest, albeit mistaken, belief cannot provide the basis for a finding of good faith. The principles enunciated in *Hunter v. Southam*, which render all warrantless searches prima facie unreasonable and set minimum standards for reasonableness, had been known for over four years by the time this investigation unfolded. Even if Cst. Cumming and his colleagues did not know of, or understand, those principles, they cannot now be heard to say that they relied upon an honest but mistaken belief in the legal requirements of a reasonable search (*Klimchuk*, supra note 74 à la p. 357).

<sup>206</sup> On pourrait ajouter à ces affaires l'arrêt *Wong*, où l'on s'est dit d'avis que les policiers avaient agi de bonne foi en procédant à la surveillance magnétoscopique des accusés dans leur chambre d'hôtel sans obtenir un mandat au préalable. La Cour souligna que les policiers, comme dans l'arrêt *Duarte*, s'étaient conformés à ce qu'ils croyaient être le droit existant puisque la majeure partie de l'enquête avait été effectuée avant l'arrêt *Hunter* et avant que la surveillance électronique ne soit reconnue comme une fouille ou une perquisition.

l'occurrence, comme ils se firent fort de le rappeler :

[La police] a le droit, et même l'obligation, de présumer que les pouvoirs de perquisition qui lui sont conférés par le Parlement sont constitutionnels, et d'agir en conséquence. On ne peut pas s'attendre à ce que la police prédisse le résultat des contestations judiciaires en vertu de la *Charte* de pouvoirs de perquisition qui lui sont conférés par la loi, et le succès de la contestation d'un tel pouvoir n'enlève rien à la bonne foi des policiers qui ont effectué une perquisition en vertu de ce pouvoir. Mais, lorsque les pouvoirs de la police sont déjà limités par une loi ou par des décisions judiciaires, il n'est pas loisible à un agent de police de tester ces limites en n'en tenant pas compte et en prétendant par la suite avoir été «dans l'exercice de ses fonctions»<sup>207</sup>.

À la lecture de ce passage, l'on pourrait être porté à penser que les policiers ne pourront alléguer leur bonne foi en l'absence d'une règle de droit positif relativement explicite leur conférant le pouvoir qu'ils ont exercé. La décision plus récente rendue à l'unanimité par la Cour suprême dans l'arrêt *Grant* nous oblige cependant à nuancer quelque peu cette impression. Dans cette dernière affaire, les policiers avaient procédé à des perquisitions périphériques de la résidence utilisée par l'accusé, au cours desquelles ils avaient pu constater que l'on y faisait la culture du chanvre indien. Ces perquisitions faisaient suite à un barrage routier au cours duquel on avait trouvé dans un camion conduit par l'accusé un certain nombre d'articles utilisés à cette fin, et s'appuyaient également sur des informations transmises par un indicateur connu et habituellement fiable. L'intimé ayant admis que les policiers avaient, avant même d'entrer sur sa propriété, des motifs raisonnables qui leur auraient permis d'obtenir un mandat, la Cour ne mit pas long à distinguer cette situation de celle qui prévalait dans l'arrêt *Kokesch*, où les policiers n'avaient que des soupçons eu égard à la perpétration d'une infraction. Si les agents de la paix ne pouvaient raisonnablement arguer de leur bonne foi dans l'hypothèse où ils ne se conformaient pas à la lettre même de l'article 10 de la *Loi sur les stupéfiants*<sup>208</sup>, ils avaient en revanche toutes les raisons de croire que cette

---

<sup>207</sup> *Kokesch*, *supra* note 103 à la p. 34. Pour les trois juges dissidents, au contraire, l'erreur de l'agent de police quant à la portée de son pouvoir d'effectuer la perquisition n'était pas déraisonnable. À leurs yeux, le policier pouvait présumer que la perquisition périphérique ne violerait pas l'article 8 de la *Charte*, d'autant plus que la Cour d'appel de la Colombie-Britannique partageait cette opinion à l'unanimité.

<sup>208</sup> Cette disposition se lit comme suit :

L'agent de la paix qui croit, pour des motifs raisonnables, à la présence d'un stupéfiant ayant servi ou donné lieu à la perpétration d'une infraction à la présente loi peut, à tout moment, perquisitionner sans mandat; toutefois, dans le cas d'une maison d'habitation, il lui faut un mandat de perquisition délivré à cet effet en vertu de

disposition les habilitait à perquisitionner sans mandat chaque fois qu'ils avaient des motifs raisonnables de croire à la présence d'un stupéfiant ayant servi à la perpétration d'une infraction. Dans cette perspective, il importait peu que la Cour en arrive ultimement à la conclusion que ce texte législatif doit recevoir une interprétation atténuée, de telle sorte qu'il soit appliqué uniquement lorsqu'une situation d'urgence rend pratiquement impossible l'obtention d'un mandat. Reprenant à leur compte l'extrait de l'arrêt *Kokesch* cité plus haut<sup>209</sup>, il leur suffisait de réitérer que les policiers ne pouvaient prévoir un tel résultat<sup>210</sup>.

Bien que ce raisonnement puisse paraître séduisant à première vue, il n'en demeure pas moins troublant à certains égards. D'abord parce que l'on en retire la désagréable impression que les policiers peuvent se contenter d'appliquer aveuglément la loi jusqu'à ce qu'un tribunal vienne censurer leur comportement. Une telle approche n'est guère compatible avec une interprétation généreuse de la *Charte*. N'encourage-t-on pas implicitement les policiers, en cas de doute, à donner un contenu minimal aux droits fondamentaux et à étirer autant que faire se peut les limites de leurs pouvoirs<sup>211</sup>? Ne pouvait-on pas raisonnablement prévoir, à la lecture même de l'arrêt *Hunter*, qu'une autorisation de perquisitionner sans mandat rédigée en des termes aussi larges que celle dont on retrouve le texte à l'article 10 de la *Loi sur les stupéfiants* ferait l'objet, sinon d'une invalidation, du moins de certaines

---

l'article 12.

<sup>209</sup> Voir ci-dessus le texte correspondant à la note 206.

<sup>210</sup> Ce jugement vient directement à l'encontre d'une décision de la Cour d'appel du Manitoba, dans laquelle on a écarté une preuve obtenue en contravention de cette interprétation atténuée de l'article 10 de la *Loi sur les stupéfiants* en insistant sur les répercussions à long terme que pourrait avoir le comportement des policiers sur l'administration de la justice (*R. c. Lamy* (1993), 85 Man. R. (2<sup>e</sup>) 179, 80 C.C.C. (3<sup>e</sup>) 558 (C.A.)).

<sup>211</sup> Dans l'arrêt *R. c. Perras* (1985), 40 Alta. L.R. (2<sup>e</sup>) 289, 22 C.C.C. (3<sup>e</sup>) 1 (C.A.), la Cour d'appel de l'Alberta a condamné ce comportement laxiste en s'appuyant sur le jugement majoritaire du juge Estey dans l'arrêt *Therens*. Dans cette affaire, on s'en souviendra, la majorité avait décidé d'exclure les résultats d'un alcootest obtenu en violation des droits que reconnaît le paragraphe 10b) de la *Charte*. Pour ce faire, on en vint d'abord à la conclusion que la disposition du *Code criminel* sur laquelle s'étaient appuyés les policiers pouvait être interprétée en conformité avec les exigences de la *Charte* et ne leur fournissait donc pas une autorisation légale pour agir comme ils l'avaient fait. On crut toutefois bon d'ajouter que la violation des droits de l'accusé était «flagrante» et mandatait l'exclusion des éléments de preuve qui en découlaient, et ce, malgré le fait que l'arrêt *Chromiak* pouvait laisser croire aux policiers que l'accusé n'était pas détenu dans les circonstances. Il faut cependant noter que la Cour d'appel de l'Alberta devait par la suite faire volte-face en refusant de condamner l'attitude passive («wait-and-see») des policiers qu'elle avait pourtant dénoncée dans l'affaire *Perras* (*R. c. Gallant* (1989), 67 Alta. L.R. (2<sup>e</sup>) 300, 48 C.C.C. (3<sup>e</sup>) 329 (C.A.)). Voir aussi *R. c. Jamieson* (1990), 106 A.R. 146, 56 C.C.C. (3<sup>e</sup>) 297 (B.R.).

restrictions prétorienne ?

Mais il y a plus. Dans l'arrêt *R. c. Rao*<sup>212</sup>, la Cour d'appel de l'Ontario avait déjà sonné l'alarme en ce qui concerne cette même disposition législative en établissant que la perquisition sans mandat d'un bureau est abusive dans les cas où il n'est pas pratiquement impossible d'obtenir un mandat. Dans cette mesure, elle décréta donc que l'article 10 de la *Loi sur les stupéfiants* était inopérant. La Cour suprême n'ignorait évidemment pas cette décision, mais elle ne valait à ses yeux que pour les policiers de l'Ontario, et les policiers de la Colombie-Britannique pouvaient de bonne foi continuer à effectuer des fouilles périphériques tant et aussi longtemps qu'un tribunal de cette province ne se serait pas prononcé dans le même sens<sup>213</sup>. Voilà qui ne manque pas d'étonner. Il est vrai que la cour d'appel d'une province n'est pas techniquement liée par les décisions d'une autre cour d'appel. Il est également vrai que les policiers ne peuvent être tenus de connaître toutes les décisions rendues dans les diverses juridictions du pays qui sont susceptibles d'affecter leurs pouvoirs. Il n'en demeure pas moins que l'interprétation donnée à une loi fédérale par une cour d'appel provinciale ne saurait être prise à la légère et devrait inciter les policiers à faire preuve d'une certaine circonspection. En effet, la façon d'agir préconisée par la Cour suprême peut facilement nous entraîner sur une pente glissante. Qu'arrivera-t-il, par exemple, lorsqu'un tribunal invalide ou restreint la portée d'un pouvoir de fouille, de perquisition ou de saisie dont on retrouve l'équivalent dans une autre loi : dira-t-on des policiers qui continuent de se prévaloir de la disposition législative n'ayant pas fait l'objet du jugement qu'ils agissaient de bonne foi dans l'exercice d'une habilitation législative apparemment valide ? Il n'est sans doute pas nécessaire de multiplier les variantes qui peuvent être apportées à cette illustration pour deviner jusqu'où pourrait nous entraîner la logique de la Cour suprême.

Sur la base de ce qui précède, il nous est donc permis d'affirmer que la bonne foi des policiers ne pourra s'apprécier en fonction de critères purement

---

<sup>212</sup> (1984), 46 O.R. (2<sup>e</sup>) 80, 40 C.R. (3<sup>e</sup>) 1 (C.A.).

<sup>213</sup> Vu la singularité de cette affirmation, il convient de reproduire *in extenso* les propos de la Cour dans *Grant* sur ce point :

Vu l'arrêt *Rao* [...] on aurait pu s'attendre que les policiers de l'Ontario auraient considéré contraires à l'art. 8 de la *Charte* les perquisitions périphériques sans mandat dans des circonstances où il était pratiquement possible d'obtenir une autorisation préalable. Toutefois, en l'espèce les policiers étaient fondés à se baser sur le pouvoir expressément prévu par l'art. 10 jusqu'à ce qu'un tribunal de la Colombie-Britannique rende une décision similaire (*Grant*, *supra* note 113 aux pp. 259-60).

subjectifs et devra pouvoir prendre appui sur une règle de droit (législative ou jurisprudentielle) apparemment valide. Cela étant dit, tout porte à croire que cette apparence de validité ne sera pas facilement ébranlée et que la bonne foi des policiers ne sera mise en doute que dans l'hypothèse où le législateur ou les tribunaux seront intervenus dans les termes les plus clairs pour restreindre ou retirer le pouvoir qu'ils invoquent. C'est du moins ce que donne à penser la jurisprudence dominante.

L'apparence d'un fondement juridique n'est évidemment pas le seul critère à prendre en considération pour mesurer la bonne foi des policiers, bien qu'elle apparaisse de plus en plus comme une condition essentielle. Les tribunaux ont à l'occasion tenu compte de certains autres facteurs. Outre la possibilité d'avoir recours à d'autres méthodes d'enquête, à laquelle nous avons fait allusion plus haut<sup>214</sup>, il faut également mentionner le caractère violent de l'accusé et l'urgence d'agir. Il va de soi qu'une menace réelle de comportement violent mettant en danger les policiers ou d'autres personnes pourra parfois être prise en considération. Les tribunaux reconnaissent aisément que les policiers peuvent être amenés à priver un individu de ses droits pour stabiliser une situation dangereuse<sup>215</sup> ou pour éviter que d'autres crimes soient commis<sup>216</sup>. La Cour suprême a cependant cru bon de préciser dans l'arrêt *Genest*, que cela ne devait pas équivaloir à donner carte blanche aux policiers pour passer outre à toutes les restrictions auxquelles ils sont soumis<sup>217</sup>. Enfin, on n'a jamais douté

---

<sup>214</sup> Voir ci-dessus le texte correspondant aux notes 193-95.

<sup>215</sup> Voir par ex. *Strachan*, *supra* note 30.

<sup>216</sup> *Wise*, *supra* note 188.

<sup>217</sup> Plus on s'écarte des normes de conduite imposées par la *common law* et par la *Charte*, plus il incombe aux policiers de montrer pourquoi ils ont jugé nécessaire d'avoir recours à la force pour une arrestation ou une perquisition. La preuve justifiant une telle conduite doit être évidente à la lecture du dossier et doit avoir été à la disposition des policiers au moment où ils ont choisi d'agir de la manière en question. Le ministère public ne saurait alléguer des justifications *ex post facto*.  
[...]

Je ne dis pas que le ministère public est tenu de prouver hors de tout doute raisonnable une tendance à la violence ni que le ministère public ne peut invoquer une conduite antérieure comme facteur qui a influencé la décision quant au degré de force jugé nécessaire pour effectuer une perquisition. Pas plus que les motifs de la perquisition, les éléments qui ont joué dans la détermination du degré de force n'ont pas à être prouvés selon la même norme de culpabilité que celle qui s'applique pour établir les éléments constitutifs d'une infraction. Le ministère public doit néanmoins produire des éléments de preuve pour étayer la conclusion qu'il existait des motifs de craindre la possibilité de violence (*Genest*, *supra* note 49 aux pp. 89, 90).

que l'urgence de la situation ou la nécessité d'empêcher la perte ou la destruction de la preuve pouvait influencer sur la gravité de la violation de la *Charte* et sur l'évaluation qui peut être faite de l'état d'esprit ayant animé les responsables de cette violation<sup>218</sup>.

### 3. Les effets de l'exclusion de la preuve

Si la qualification de la preuve que l'on cherche à faire exclure s'avère généralement déterminante pour les fins du paragraphe 24(2), il est une autre considération dont les tribunaux doivent tenir compte pour s'assurer du bien-fondé de leur décision. Il s'agit des effets que pourrait avoir l'exclusion (ou l'admission) d'une preuve sur la considération dont jouit l'administration de la justice. Soucieuse de ne pas s'écarter trop radicalement des réactions instinctives et viscérales de l'opinion publique en cette matière, la Cour suprême a pris soin de rappeler que la gravité de l'infraction dont l'accusé est inculpé pouvait entrer en ligne de compte lorsque vient le moment de se prononcer sur l'admissibilité d'une preuve obtenue en violation de ses droits constitutionnels. Il ressort des propos tenus par M. le juge Lamer dans l'arrêt *Collins*<sup>219</sup> que la gravité de l'infraction rendra plus probable l'exclusion d'une preuve de nature auto-incriminante<sup>220</sup>, alors qu'elle contribuera normalement à

---

<sup>218</sup> Ce facteur a été mentionné pour la première fois par le juge Le Dain dans l'arrêt *Therens*, *supra* note 25 à la p. 652. Il a par la suite été repris dans les arrêts *Collins*, *supra* note 30 ; *Clarkson*, *supra* note 73 ; *R. c. Debot*, [1989] 2 R.C.S. 1140, 73 C.R. (3<sup>e</sup>) 129 [ci-après *Debot*] ; *Duguay*, *supra* note 74 ; *Ross*, *supra* note 113 ; *Grefte*, *supra* note 86 ; *Manninen*, *supra* note 110 ; *Wong*, *supra* note 187 ; *Wise*, *supra* note 188 ; *Genest*, *ibid.* ; *Grant*, *supra* note 110. En revanche, le fait qu'une personne aurait dû anticiper la possibilité que sa conversation serait enregistrée et le faible intérêt que peut avoir la société à protéger le caractère confidentiel d'une conversation, ne sauraient être pris en considération lorsque vient le moment d'évaluer la gravité d'une violation des droits garantis par la *Charte* (*Wijesinha*, *supra* note 186).

<sup>219</sup> À mon avis, l'administration de la justice est susceptible d'être déconsidérée par l'exclusion d'éléments de preuve essentiels pour justifier l'accusation, et donc l'acquiescement de l'accusé, à cause d'une violation anodine de la *Charte*. Pareille déconsidération serait d'autant plus grande que l'infraction serait plus grave. Je suis donc d'accord avec le professeur Morissette pour dire que l'exclusion est plus probable si l'infraction est moins grave. Je m'empresse d'ajouter toutefois que, si l'utilisation de la preuve entraîne un procès inéquitable, la gravité de l'infraction ne peut rendre cette preuve admissible. Si la gravité de l'infraction doit avoir une importance dans le contexte de l'équité du procès, elle joue dans le sens contraire: plus l'infraction est grave, plus un procès inéquitable nuit à la considération dont jouit le système [notes omises] (*Collins*, *ibid.* à la p. 286).

<sup>220</sup> Au nombre des arrêts où ce principe a reçu application, l'on retiendra *Brydges*, *supra* note 113 ; *Manninen*, *supra* note 110 ; *Broyles*, *supra* note 132 ; *Black*, *supra* note 117 ; *Clarkson*, *supra* note 73 ; *Proulx*, *supra* note 190.

l'admission d'une preuve matérielle<sup>221</sup>.

En attirant explicitement l'attention des tribunaux sur cette nouvelle donnée de l'équation, la Cour introduit un élément de proportionnalité qui risque d'avoir fort peu d'impact sur l'issue du litige. Sans doute faut-il évaluer la réparation prévue au paragraphe 24(2) en tenant compte non seulement de la gravité de la violation commise par les policiers mais également de la nature de l'infraction reprochée à l'inculpé<sup>222</sup>. Mais il s'agit là d'un exercice auquel on a déjà implicitement procédé au cours des deux étapes précédentes. En décrétant que les preuves de nature auto-incriminante devront généralement être exclues, on postule indirectement que la violation des droits de l'accusé ne saurait, dans ces circonstances, être tempérée par la gravité de l'infraction pour laquelle il est poursuivi. D'autre part, les tribunaux ne sont pas imperméables à cette dimension du problème lorsqu'ils évaluent la bonne foi des policiers impliqués dans l'obtention d'une preuve matérielle, tant et si bien que cette dernière composante de l'analyse à laquelle nous convie la Cour suprême apparaît plus souvent qu'autrement redondante, ce qui explique en bonne partie le peu d'importance que lui ont attaché les tribunaux<sup>223</sup>. De fait, les considérations que génère cette troisième étape de la démarche proposée par M. le juge Lamer n'ont souvent pour objet que de renforcer les conclusions auxquelles la Cour est déjà arrivée. En conséquence, le principal mérite de ce volet de l'analyse tient au fait qu'elle révèle parfois au grand jour les motivations profondes des juges tout en leur rappelant, si besoin est, que la considération dont jouit l'administration de la justice au Canada ne saurait être maintenue sans un certain arrimage avec les consensus sociaux prédominants.

En supposant même que la gravité de l'infraction puisse effectivement

---

<sup>221</sup> Par ex. *Simmons*, *supra* note 54 ; *Jacoy*, *supra* note 133 ; *Wise*, *supra* note 188 ; *Debot*, *supra* note 218 ; *Laliberté*, *supra* note 103.

<sup>222</sup> À cet égard, faut-il rappeler que le paragraphe 24(2) ne crée pas un droit, mais n'a pour objet que de procurer un mécanisme permettant d'atténuer les effets qui peuvent découler d'une violation de certains droits fondamentaux.

<sup>223</sup> On ne peut pas manquer de noter les ressemblances frappantes qui existent entre cette dernière étape à laquelle nous convie le juge Lamer au niveau du paragraphe 24(2) et l'analyse que commande le troisième volet du test de proportionnalité dans le cadre de l'article premier de la *Charte*. Plusieurs auteurs ont en effet souligné le caractère superfétatoire de cet exercice (parce qu'il se superpose en bonne partie à la question de savoir si on a utilisé les moyens qui portent le moins possible atteinte au droit ou à la liberté que l'on a restreint) et le peu d'insistance des tribunaux. Voir par ex. P.W. Hogg, *Constitutional Law of Canada*, 3<sup>e</sup> éd., Toronto, Carswell, 1992 aux pp. 882-83 ; A. Tremblay, *Droit constitutionnel: Principes*, Montréal, Thémis, 1993 aux pp. 346-47 ; R. Elliot, «Developments in Constitutional Law: The 1989-90 Term» (1991) 2 Sup. Ct. L. Rev. (2<sup>e</sup>) 83 aux pp. 150-53.

peser dans la balance, il faudra encore préciser les critères en vertu desquels il faudra l'apprécier. Devra-t-on s'en tenir à l'évaluation qu'en fait le législateur et qui transparaît des peines qu'il attache à chaque infraction, ou faudra-t-il plutôt s'en remettre à la perception que la société peut en avoir ? Tiendra-t-on également compte des circonstances particulières de chaque espèce, telles que le degré de violence utilisée et les dommages causés, comme on le fait lorsque vient le moment de déterminer la sentence ? Si l'on estime devoir attacher une certaine importance aux réactions de la population, ne conviendrait-il pas également de considérer les impacts de l'exclusion sur l'issue du procès ? Autant de questions auxquelles la jurisprudence apporte bien peu de réponses structurées.

S'agissant d'abord de la gravité de l'infraction, on ne peut manquer de relever la très grande subjectivité avec laquelle cette question est abordée par les tribunaux. Il peut évidemment paraître artificiel de s'attarder à cette dimension du problème en l'isolant de l'autre membre de l'équation (c'est-à-dire la gravité de la violation des droits fondamentaux). Il n'en demeure pas moins qu'en cette matière, les juges semblent plus souvent qu'autrement se faire les porte-voix de ce qu'ils estiment être l'opinion publique. Ainsi considère-t-on généralement les infractions reliées à l'importation et au trafic de stupéfiants<sup>224</sup> de même qu'à la conduite en état d'ébriété<sup>225</sup> comme étant très graves, bien que la décision d'exclure ou d'admettre la preuve donne souvent lieu à des résultats très serrés qui tiennent au poids relatif qu'accorde chaque juge à cet aspect de la question. Cette relative unanimité pourrait être de nature à nous rassurer si elle s'appuyait sur des critères précis et bien articulés qui nous permettent d'extrapoler ces résultats pour les rendre applicables à d'autres situations. Malheureusement, les juges se montrent généralement très discrets à ce chapitre et s'en remettent plutôt à l'aversion manifeste des citoyens pour ce genre de crimes. Voilà qui offre bien peu de pistes pour d'autres types d'infraction, et qui ouvre la porte toute grande à des décisions basées sur l'arbitraire et sur l'échelle de valeurs particulière à chaque juge<sup>226</sup>.

---

<sup>224</sup> Voir par ex. *Duarte*, *supra* note 185 ; *Kokesch*, *supra* note 103 ; *Baylis*, *supra* note 111 ; *Jacoy*, *supra* note 133.

<sup>225</sup> Voir par ex. *R. c. Colarusso* (26 janvier 1994), Ottawa 22433 (C.S.C.) ; *Pohoretsky*, *supra* note 179 ; *Brown*, *supra* note 153 ; *McAvena c. R.*, [1987] 4 W.W.R. 15, 34 C.C.C. (3<sup>e</sup>) 461 (C.A. Sask.) ; *Wills*, *supra* note 182.

<sup>226</sup> À cet égard, la décision rendue par la Cour suprême dans l'arrêt *Wise* soulève d'ailleurs un certain nombre d'interrogations. Dans cette affaire, la majorité en est venue à la conclusion que l'infraction, bien que n'étant pas très sérieuse à prime abord (il s'agissait d'une accusation pour méfait sur un bien), devait néanmoins être qualifiée de «très grave» compte tenu des dommages de plus d'un million de dollars qui en résultaient. À ne s'en tenir qu'à la perception de l'opinion publique, cette façon de voir les choses est certes défendable. S'agit-il là toutefois du seul étalon



Mais il y a plus. En isolant les faits de chaque affaire et en mettant l'accent sur les répercussions immédiates d'un procès, on risque d'oublier l'essentiel et d'occulter les effets à long terme que peut avoir une décision sur la considération dont jouit l'administration de la justice. C'est d'ailleurs ce que se faisait fort de rappeler M. le juge Lamer dans l'arrêt *Greffe*, en des termes on ne peut plus explicites :

[N] vaut la peine de le répéter, surtout quand un crime très grave pourrait rester impuni à cause de l'exclusion de la preuve, il faut considérer les conséquences à long terme de l'utilisation ou de l'exclusion régulière de la preuve sur la considération dont jouit l'administration de la justice. En d'autres termes, bien que j'aimerais, comme la plupart des gens certainement, voir l'appelant déclaré coupable et puni sévèrement pour les infractions dont il est inculpé, utiliser la preuve obtenue d'une manière contraire à la *Charte*, pour le motif qu'il s'agit d'une infraction très grave, aurait pour conséquence à long terme que le par. 24(2) servirait à écarter la preuve seulement dans le cas d'infractions moins graves<sup>227</sup>.

Curieusement, le message semble avoir été beaucoup mieux reçu lorsque la preuve que l'on cherche à faire exclure est de nature auto-incriminante. Il est vrai que dans ce genre de situation, on allèguera qu'il y va de l'équité du procès. Si l'on prête une attention toute spéciale à cette valeur, n'est-ce pas justement parce que l'on se préoccupe des impacts à long terme que pourraient avoir sur l'administration de la justice des procès au cours desquels l'accusé serait mobilisé contre lui-même ? Dans cette perspective, on peut comprendre que la gravité de l'infraction soit un facteur qui joue en faveur de l'exclusion de

---

dont les tribunaux devraient se préoccuper ? Le degré de gravité d'une infraction ne doit-il pas s'évaluer en fonction de la réprobation morale qu'elle suscite tout autant que des répercussions matérielles qu'elle peut entraîner ? Qu'en est-il des infractions liées au bon fonctionnement de l'économie de marché, à la protection de l'environnement, à la protection du consommateur, etc. ? En mesurera-t-on la gravité à la même aune ?

<sup>227</sup> *Greffe*, *supra* note 86 à la p. 784. Plus loin, le juge Lamer poursuivait :

À n'en pas douter, nous sommes ici en présence d'une infraction grave et même d'un fléau social grave, soit la possession et l'importation de drogues. De plus, il ne fait pas doute que, n'était-ce de l'exclusion de la preuve, l'appelant serait déclaré coupable relativement aux chefs d'accusation retenus contre lui. Il faut cependant se rappeler que l'analyse fondée sur le par. 24(2) ne peut se limiter à la poursuite immédiatement en cause; il faut tenir compte des conséquences à long terme qu'aura sur la considération dont jouit l'administration de la justice l'utilisation ou l'exclusion régulière de ce genre de preuve. [...] En comparant les conséquences à long terme de l'utilisation régulière des éléments de preuve obtenus de la même manière que ceux de l'espèce à celles de leur exclusion, j'arrive à la conclusion qu'il vaut mieux les écarter (*ibid.* aux pp. 797-98).

Voir aussi *Klimchuk*, *supra* note 74.

la preuve. Pourtant, on ne saurait nier que la population dans son ensemble aura souvent beaucoup de difficulté à comprendre l'acquiescement d'un prévenu accusé de meurtre suite à l'exclusion d'une confession jugée inadmissible. Pourquoi donc attache-t-on moins d'importance à l'opinion publique lorsqu'il y va de l'équité du procès ? À moins de vouloir prétendre que la population sera plus réceptive à l'exclusion d'une preuve lorsque sa fiabilité est entachée par la violation des droits d'un individu, une approche qui ferait bon marché de l'économie générale de la *Charte* et qui nous ramènerait à une époque que l'on croyait révolue, il n'y a qu'une seule réponse possible à cette question : cette dichotomie dans le traitement réservé aux deux types de preuve repose sur la conviction partagée par les juges qu'il serait plus dommageable à long terme pour le système judiciaire d'admettre des preuves auto-incriminantes obtenues irrégulièrement que de permettre l'introduction de preuves matérielles pareillement viciées. Or, il s'agit là d'un jugement de valeur qui ne reflète pas nécessairement les vues de la majorité. Si l'on a senti le besoin de soupeser la gravité de l'infraction en s'inspirant de la perception qu'en a la population lorsque vient le moment de se prononcer sur l'admissibilité d'une preuve matérielle, c'est manifestement pour rétablir l'équilibre fragile qui doit régner entre le respect des droits fondamentaux et la sécurité à laquelle aspire la collectivité.

Comme nous l'avons vu précédemment<sup>228</sup>, toute la difficulté consistera précisément à maintenir cette tension créatrice en prenant soin de ne pas accorder un poids démesuré à l'un des deux pôles du compromis qui la génère, de façon à ce que l'interprétation donnée au paragraphe 24(2) ne vienne pas neutraliser les droits que l'on reconnaît par ailleurs aux individus<sup>229</sup>.

## Conclusion

Comme on aura pu le constater à la lecture des pages qui précèdent, la très grande latitude que se sont vu reconnaître les tribunaux dans la mise en œuvre

---

<sup>228</sup> Voir ci-dessus le développement du point I.C.

<sup>229</sup> Dans cette veine, on ne peut que se réjouir de la dissociation qu'a opérée la Cour suprême entre la décision d'exclure ou d'admettre une preuve et l'impact qu'était susceptible d'avoir cette décision sur l'issue du litige. En effet, la Cour suprême a répété à plusieurs reprises qu'il fallait éviter de succomber à la tentation de n'écarter des éléments de preuve que dans la seule mesure où l'issue du procès n'en serait pas affectée. Voir par ex. l'extrait de l'arrêt *Genest* cité à la note 49 *supra* ; *Kokesch*, *supra* note 103 ; *Hébert*, *supra* note 83 ; *Greffé*, *supra* note 86. Ceci étant dit, le fait que la preuve attaquée ne soit pas le seul élément de preuve incriminante facilitera indéniablement la tâche des tribunaux et leur permettra d'exclure d'autant plus facilement cette preuve sans craindre pour la considération dont jouit l'administration de la justice (*Broyles*, *supra* note 132).

des garanties juridiques se traduit occasionnellement par des ambiguïtés et des tâtonnements que l'on aurait tort de ne pas déplorer. Toutefois, cela vaut sans doute mieux qu'une règle artificiellement rigide, qui ne pourrait procurer qu'un faux sentiment de sécurité. De la même façon que l'article premier de la *Charte* introduit une certaine souplesse dans les rapports qui doivent s'établir entre les droits individuels et les intérêts collectifs, de même importe-t-il de reconnaître que l'activité infra-législative doit pareillement faire l'objet d'un examen qui tienne compte à la fois des principes fondamentaux de notre justice criminelle et des impératifs de la vie en société. Tout au plus peut-on s'attendre à ce que ce travail d'équilibrage, confié au pouvoir judiciaire par le Constituant, se fasse avec rigueur et sur la base de principes clairs et bien articulés.

---

