



National Library
of Canada

Bibliothèque nationale
du Canada

Canadian Theses Service

Services des thèses canadiennes

Ottawa, Canada
K1A 0N4

CANADIAN THESES

THÈSES CANADIENNES

NOTICE

The quality of this microfiche is heavily dependent upon the quality of the original thesis submitted for microfilming. Every effort has been made to ensure the highest quality of reproduction possible.

If pages are missing, contact the university which granted the degree.

Some pages may have indistinct print especially if the original pages were typed with a poor typewriter ribbon or if the university sent us an inferior photocopy.

Previously copyrighted materials (journal articles, published tests, etc.) are not filmed.

Reproduction in full or in part of this film is governed by the Canadian Copyright Act, R.S.C. 1970, c. C-30. Please read the authorization forms which accompany this thesis.

**THIS DISSERTATION
HAS BEEN MICROFILMED
EXACTLY AS RECEIVED**

AVIS

La qualité de cette microfiche dépend grandement de la qualité de la thèse soumise au microfilmage. Nous avons tout fait pour assurer une qualité supérieure de reproduction.

S'il manque des pages, veuillez communiquer avec l'université qui a conféré le grade.

La qualité d'impression de certaines pages peut laisser à désirer, surtout si les pages originales ont été dactylographiées à l'aide d'un ruban usé ou si l'université nous a fait parvenir une photocopie de qualité inférieure.

Les documents qui font déjà l'objet d'un droit d'auteur (articles de revue, examens publiés, etc.) ne sont pas microfilmés.

La reproduction, même partielle, de ce microfilm est soumise à la Loi canadienne sur le droit d'auteur, SRC 1970, c. C-30. Veuillez prendre connaissance des formules d'autorisation qui accompagnent cette thèse.

**LA THÈSE A ÉTÉ
MICROFILMÉE TELLE QUE
NOUS L'AVONS REÇUE**

Canada

LA DISCRETION JUDICIAIRE D'ECARTER

LA PREUVE IRREGULIEREMENT OBTENUE

Par: Claude-André Lachance

Thèse présentée à l'Ecole des Etudes supérieures
de l'Université d'Ottawa en vue de l'obtention d'une
maîtrise en Droit public.

Directeur: Me André Jodouin

Introduction

Au Canada, l'illégalité du mode d'obtention de la preuve n'est pas un motif d'exclusion de la preuve pertinente¹. Par ailleurs les tribunaux ont reconnu la discrétion du juge des faits de ne pas recevoir une preuve à valeur probante tenue, mais dont la réception en preuve serait injustement préjudiciable à l'accusé².

Ce régime de recevabilité de la preuve pertinente se justifie d'une conception de l'instance qui privilégie la recherche de la vérité sur d'autres considérations de politique judiciaire. Le tribunal, pour "faire justice", doit pouvoir disposer de toutes les preuves pertinentes à la détermination de la culpabilité ou de l'innocence de l'accusé³.

Les abus éventuels dans le mode d'obtention d'une preuve trouvent leur sanction dans les recours appropriés que reconnaît la Common Law⁴.

S'oppose à cette conception de l'instance, le modèle

développé par les tribunaux américains, qui reconnaît un rôle judiciaire prééminent de protection des droits constitutionnels de l'accusé. Tout abus dans le mode d'obtention de la preuve entraîne son exclusion sans égard à la valeur probante de cette preuve à l'instance ⁵.

Entre ces deux extrêmes, les tribunaux écossais et australiens ont développé un modèle discrétionnaire qui permet au juge des faits d'exclure une preuve irrégulièrement obtenue ⁶.

Au Canada, le législateur a adopté, à l'article 178.16 (2) du Code criminel, une exception de nature discrétionnaire à la recevabilité de la preuve ⁷. Le juge peut écarter une preuve dérivée d'une interception non légalement faite de communication privée lorsque son admission en preuve serait susceptible de "discréditer l'image de la justice".

De plus l'article 24(2) de la Charte canadienne des Droits et Libertés reconnaît au juge la discrétion de ne pas recevoir une preuve obtenue en contravention des droits enchâssés lorsque leur admission en preuve pourrait "déconsidérer l'administration de la justice" ⁸.

De nombreux commentateurs ont discuté les différents régimes de recevabilité de la preuve irrégulièrement obtenue ⁹.

Au Canada, certains juges ont exprimé leur dissidence à

l'endroit d'une règle de recevabilité absolue de la preuve irrégulièrement obtenue 9a.

Le but de cet ouvrage est de délimiter la portée et les conditions d'exercice, en droit canadien, de la discrétion judiciaire d'exclure la preuve irrégulièrement obtenue.

La discrétion judiciaire de ne pas recevoir la preuve illégalement obtenue n'est qu'un aspect des considérations propres au mode d'obtention des preuves.

Il n'est pas de notre propos de traiter des recours civils ou criminels qui s'offrent aux victimes d'abus des forces de l'ordre.

D'autre part le législateur canadien ayant préféré en matière de preuves dérivées d'une interception irrégulière de communication privée et de contraventions aux dispositions de la Charte des Droits et Libertés une sanction discrétionnaire aux abus des forces de l'ordre, plutôt qu'une règle d'exclusion, l'efficacité du modèle américain ne sera pas discuté. Ce débat se poursuit d'ailleurs aux États-Unis 9b.

La dissuasion des pratiques abusives des forces de l'ordre par une règle d'exclusion des preuves irrégulièrement obtenues a été explicitement rejetée par les tribunaux canadiens. Nous verrons que le modèle discrétionnaire d'exclusion de la

preuve irrégulièrement obtenue s'inspire d'autres considérations. En conséquence les contrôles administratifs et autres sanctions pénales ou civiles des pratiques policières irrégulières ne seront pas abordés.

Finalement, l'article 178.16(2) du Code criminel s'inscrit dans le cadre général de la Partie IV.1 du Code criminel par laquelle le législateur a voulu réglementer les interceptions par les forces de l'ordre des communications privées. Les règles pertinentes ont été étudiées ailleurs^{9c}. Il n'est pas approprié d'y apporter ici une contribution qui déborde le créneau très étroit de la recevabilité des preuves découlant d'une interception de communication privée.

L'ouvrage est divisé en deux parties.

La première cherche à établir en fonction des trois modèles précités, le lien entre le mode d'obtention de la preuve et sa recevabilité en preuve.

Le premier chapitre introduit les notions d'obtention de la preuve et de recevabilité de la preuve dans les contextes respectifs propres de l'enquête et de l'instance.

Le second chapitre organise ces notions en fonction d'un choix de politique que constitue tout modèle de recevabilité

de la preuve irrégulièrement obtenue.

Dans le troisième chapitre, nous discutons des difficultés d'application du modèle de recevabilité stricte de la preuve irrégulièrement obtenue. En particulier, une large place est faite aux incidences sur notre propos des règles de recevabilité des aveux, et du privilège contre l'auto-incrimination dont jouit l'accusé dans un procès criminel.

La seconde partie cherche à délimiter, en droit canadien l'exercice de la discrétion judiciaire de ne pas recevoir la preuve irrégulièrement obtenue.

Le premier chapitre explore les possibilités qu'offre le modèle de Common Law d'une extension de la discrétion inhérente du juge des faits de ne pas recevoir une preuve par ailleurs recevable. Nous soulignerons les nuances entre le droit canadien et le droit anglais, en particulier en matière de preuves obtenues de la personne de l'accusé.

Le deuxième chapitre propose une analyse des conditions d'exercice de la discrétion judiciaire, en vertu de l'article 178.16 du Code criminel, d'écarter la preuve dérivée d'une interception non légalement faite de communication privée.

PREMIERE PARTIE: LES RAPPORTS ENTRE LA RECEPTION DES PREUVES ET
LEUR MODE D'OBTENTION

Chapitre 1: Considérations générales

A- L'instance, l'enquête, et l'administration de la justice

Dans l'affaire Kuruma c. Regina, Lord Goddard énonçait en ces termes la règle première de recevabilité de la preuve (traduction) "(...) le critère à appliquer pour déterminer si une preuve est recevable est la pertinence au fond du litige. Si celle-ci existe, cette preuve est recevable et le tribunal n'a pas à tenir compte de la façon dont on l'a obtenue" 10.

A première vue, il n'est donc pas évident que le mode d'obtention de la preuve doive influencer sur la réception de la preuve à l'instance. Admettre un tel rapport, c'est aussi admettre ou en plus d'un rôle de protection des garanties procédurales, les juges ont un droit de regard sur les activités non judiciaires.

Plus spécifiquement, c'est reconnaître à la magistrature la possibilité, au moyen de l'exclusion des preuves par ailleurs recevables, de sanctionner par l'exclusion de la preuve les abus commis lors de leur obtention. On notera la contradiction apparente entre ce droit de regard judiciaire sur d'autres aspects de l'appareil de la justice et la règle générale qui stipule la recevabilité de la preuve pertinente.

L'enquête policière, le procès et l'administration de la peine sont les éléments essentiels de l'appareil de la justice. Ces divers éléments obéissent à un ensemble de règles propres. En particulier l'enquête policière et les règles qui la régissent constituent un système; l'instance, et la procédure criminelle, un autre. Tous les deux co-existent en fonction d'objectifs complémentaires bien délimités. Ces systèmes sont-ils comparables? S'ils ne le sont pas, n'est-il pas illusoire et dangereux de permettre à l'un de juger l'autre.

Les adversaires de l'étanchéité des systèmes prétendent que les tribunaux doivent aller plus loin encore qu'une sanction judiciaire d'actes extra-judiciaires. Ces commentateurs reconnaissent aux tribunaux une "prépondérance" sur le système d'enquête ¹¹. C'est au nom de cette prépondérance que les tribunaux doivent régulariser, par l'exclusion de la preuve, les pratiques qu'ils jugent irrégulières, défectueuses, injustes ou illégales.

La sanction judiciaire de pratiques d'enquête irrégu-

lières et le contrôle judiciaire du système d'enquête peuvent se justifier d'objectifs différents, l'analyse desquels fait l'objet de cet ouvrage.

Selon les objectifs que se donnent les tribunaux, on peut concevoir trois approches qui nous permettront de déboucher sur trois modèles d'analyse du lien entre le mode d'obtention de la preuve et la réception de la preuve à l'instance.

S'il n'existe pas de lien entre le mode d'obtention de la preuve et la réception de la preuve à l'instance, le juge ne pourra écarter une preuve irrégulièrement obtenue.

Au contraire, si la magistrature se voit confier, au nom de certains objectifs un droit de regard sur les méthodes d'enquête, le juge pourra rejeter la preuve irrégulièrement obtenue.

Finalement, si les valeurs fondamentales qui sous-tendent l'administration de la justice sont bafouées dans l'obtention d'une preuve, le juge devrait-il pouvoir se dissocier de cette violation des droits de l'accusé en refusant la preuve obtenue à l'encontre de ces droits reconnus.

Il serait prématuré de discuter d'objectifs sans au préalable comprendre la nature des systèmes en présence, exposer les valeurs qui sous-tendent l'administration de la justice

- valeurs qui sont communes aux différentes composantes de cette dernière, et organiser ces notions en fonction d'une grille logique qui nous permette de situer le droit.

Selon le professeur Mewett, il n'est pas logique d'utiliser la procédure pénale pour décider du bien-fondé ou du bon droit d'une méthode d'enquête particulière ¹². En effet les "règles de pratique" qui prévalent aux "raison d'être" respectives de l'enquête d'une part et de l'instance d'autre part existent en fonction d'objectifs différents. Ces objectifs différents rendent "dysfonctionnels" une quelconque relation d'autorité de l'une sur l'autre.

Soit, l'une et l'autre doivent respecter ce consensus minimal qui forme le tissu de la société qu'ils servent, mais leurs modes d'action, et les règles qui régissent leurs activités procèdent de considérations différentes.

En bref l'enquête, devant l'infraction à la loi, cherche à identifier un suspect qui pourra au cours de l'instance être ou non trouvé coupable. Cette différence essentielle a permis l'élaboration d'un éventail de règles de procédure qui, à l'instance, sont autant de garanties que l'accusé - le suspect - ne soit pas injustement déclaré coupable.

En fait l'histoire des procédures, ancrée dans un passé qui favorisait indûment l'Etat par rapport à l'individu, a voulu

compenser à l'instance les désavantages que le déséquilibre des forces en présence faisait peser sur les épaules du "suspect" 13. Ces procédures font pendant, au procès, aux éventuels abus des forces de l'ordre dans l'établissement de la preuve.

C'est donc l'équité envers l'accusé qui est ici en cause, et non le mode d'obtention de la preuve. En cas d'abus, le droit prévoit les recours appropriés sur le fond 14.

L'objet des deux systèmes est donc complémentaire - identification d'un suspect d'une part, d'un coupable d'autre part -. Cependant le tribunal doit veiller en plus à traiter l'accusé équitablement. Mais c'est là un objectif judiciaire. L'équité judiciaire ne va pas jusqu'à faire déborder du procès ces mêmes garanties et obliger l'Etat à les mettre en oeuvre, en tout ou en partie, à tous les paliers du processus pénal. A moins que l'on superpose à cette fonction judiciaire une fonction extra-judiciaire, pas conceptuel qui tient du gouffre que les tribunaux supérieurs américains ont cependant franchi avec pour résultat la règle d'exclusion 15.

En effet qu'advient-il alors du rôle premier de l'instance, la recherche de la vérité, et son corollaire, la recevabilité de toute preuve pertinente qui aidera le tribunal à atteindre son but? Si la preuve est rejetée pour des considérations autres que la bonne marche de l'instance, la recherche de la vérité, jusqu'alors rôle premier de l'instance,

passé au second plan, derrière la poursuite d'autres objectifs.

Cette contradiction que souligne le professeur Mewett¹⁶ revient comme un leitmotiv dans les notes des juges de Common Law. Même aux Etats-Unis, la règle exclusionnaire suscite une vive polémique que traduit le dicton: "The constable blunders, the criminal goes free"¹⁷. Est-il possible d'imposer durant l'enquête des "garanties procédurales" aussi strictes qu'à l'instance.

Le juge Lamer dit ceci du rôle de l'enquête:

Il faut aussi se rappeler qu'une enquête en matière criminelle et la recherche des criminels ne sont pas un jeu qui doivent 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 règle¹⁸.

Reste que la présentation de la preuve constitue un point de contact entre l'enquête et l'instance. Le mode d'obtention de la preuve relève de l'enquête. Le traitement de la preuve relève de l'instance. Mais l'instance qui doit veiller à traiter équitablement l'accusé peut-elle ignorer totalement l'origine de la preuve qu'elle reçoit?

A quelle règle le juge Lamer fait-il allusion? Celui-ci suggère qu'en matière de déclarations incriminantes par

ailleurs recevables, le juge puisse rejeter un aveu en tout état de cause, si de l'admettre "ternirait l'image de la justice".

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 19.

Même en supposant une compartimentation relativement étanche de l'enquête et de l'instance, le fait demeure qu'il existe un point de contact privilégié entre les deux systèmes lorsque la preuve est présentée au tribunal. Même en rejetant la notion de prépondérance d'un système sur l'autre au nom de laquelle l'instance pourrait contrôler les pratiques d'enquête, l'instance peut-elle "s'associer" à une pratique irrégulière en fermant les yeux sur celle-ci et en recevant la preuve ainsi obtenue.

B- Le rôle de la preuve dans la fonction judiciaire

1) L'équité, objectif judiciaire

L'administration de la justice promeut certaines valeurs fondamentales. On peut prétendre qu'à défaut de respecter ces valeurs l'administration de la justice risque de se trouver discréditée dans toutes ses composantes, justifiant ainsi le juge de ne pas associer l'instance à l'abus perpétré à un

autre palier du système.

Mais alors, il faut jauger les dangers respectifs d'écarter la preuve pertinente au risque de ne pouvoir "faire justice" et de la recevoir au risque de "discréditer l'administration de la justice" 19a. Cet exercice justifie pour certains une discrétion judiciaire s'exerçant ponctuellement dans des cas exceptionnels où la fonction judiciaire risque de perdre toute légitimité dans l'exercice de son rôle 20.

Le droit se trouve ainsi devant une contradiction que résolvent chacun à leur manière tenants de l'admissibilité ou de l'exclusion. Ce faisant, ils donnent, le cas échéant, priorité à un rôle plutôt qu'à l'autre en fonction d'objectifs contradictoires.

Les tenants de l'exclusion de la preuve illégalement ou irrégulièrement obtenue reconnaissent au tribunal un rôle de supervision judiciaire des activités extra-judiciaires, ce qui les justifie de préconiser l'exclusion des preuves obtenues irrégulièrement. Ils acceptent ce rôle au nom de considérations qui débordent le cadre des garanties procédurales d'un procès équitable pour l'accusé. Nous en verrons les incidences dans l'élaboration subséquente du modèle exclusionnaire.

Par contre les tenants de la recevabilité se confinent nécessairement à une conception compartimentée de la justice. La

fonction judiciaire opère en vase clos, le mode d'obtention de la preuve n'ayant aucun rapport avec l'utilité de celle-ci pour des fins purement judiciaires, la recherche de la vérité étant la préoccupation prééminente du juge.

Se côtoient donc à l'intérieur de deux systèmes distincts des procédures, des objectifs, des valeurs qui se confrontent lorsque la preuve irrégulièrement obtenue est présentée à l'instance. Toute discussion portant sur le mode d'obtention de cette preuve invite le juge à redéfinir les objectifs de l'instance à l'intérieur de l'administration de la justice. En supposant que le juge puisse écarter la preuve irrégulièrement obtenue, la recherche de la vérité ne sera qu'une valeur parmi d'autres qui sous-tendent l'administration de la justice. Le juge devra choisir. Pour ce faire, il devra se dégager de l'application stricte de la règle générale qui stipule la recevabilité de la preuve pertinente.

Avant d'introduire la discrétion judiciaire de rejeter pour des motifs extra-judiciaires la preuve par ailleurs recevable, il faut chercher à définir le rôle des tribunaux. En effet que l'on soit un tenant de la recevabilité, de l'exclusion, ou que l'on préconise la discrétion judiciaire d'écarter la preuve obtenue irrégulièrement, le but poursuivi dans chaque cas est la mise en oeuvre d'objectifs judiciaires ou institutionnels, de normes éthiques et de principes fonctionnels.

De plus, avant même de délimiter le cadre d'exercice de la discrétion judiciaire d'écarter la preuve irrégulièrement obtenue, il faut analyser le fondement de la règle de recevabilité, elle-même un miroir du rôle de l'instance dans le modèle de Common Law.

Toute règle est, par définition, l'expression d'un choix de priorités. Si la Common Law stipule la recevabilité de la preuve pertinente irrégulièrement obtenue, c'est qu'elle a jugé cette règle préférable à la règle d'exclusion ou à une discrétion judiciaire de rejeter dans certains cas cette preuve. Les juges ont-ils justifié la règle? M. Larry Grossman semble indiquer que non:

A rational rule relating to illegally obtained evidence must recognize that a complex problem of balancing competing interests and values is involved. English and Canadian courts have resolved the conflict by denying that it exists, despite the value placed by our legal tradition on the interests they have chosen to ignore ²¹.

Il faut sans doute se contenter de l'affirmation réitérée du "principe" énoncé dans les termes suivants par le juge Martland:

(...) Le rôle du tribunal selon notre droit consiste à trancher le litige dont il est saisi d'après la preuve recevable en droit, et ne va pas jusqu'à rejeter, pour tout autre motif, une preuve recevable en droit ²².

Et le juge Judson de renchérir dans la même affaire: "Si l'on procède ainsi, l'accusé a un procès équitable" ²³.

Au Canada, la raison d'être du procès criminel est la recherche de la vérité ²⁴. C'est une conception objective de la justice, volontairement compartimentée, qui se campe dans l'abstraction systématique de toute considération extra-judiciaire qui risquerait d'entraîner les tribunaux à jouer un rôle, ou exercer des fonctions qu'ils ne considèrent pas les leurs.

S'opposent à cette vision orthodoxe de l'instance judiciaire les partisans d'une conception dynamique, cohérente et complémentaire du processus pénal, pour laquelle l'intégrité de la justice est celle, conjointe et solidaire, de chacune de ses composantes principales ²⁵.

C'est ainsi, que les tribunaux américains ont pu développer la doctrine du "fruit de l'arbre empoisonné", qui leur confère une responsabilité extra-judiciaire importante en matière de contrôle des forces policières en décrétant l'exclusion quasi-automatique de la preuve obtenue en contravention de la Constitution américaine. Les frontières traditionnelles entre l'enquête et l'instance proprement dite se trouvent ainsi chevauchées ²⁶.

"The history of liberty has largely been the history of observance of procedural safeguards" ²⁷. Les juges Martland et Judson souscriraient sans doute à cet aphorisme du juge Frankfurter, mais pour eux, l'intégrité de la justice et la protection des droits de l'accusé procèdent de la mise en oeuvre de règles procédurales connues, aussi clairement circonscrites que

possible, lesquelles sont autant de garanties nécessaires et suffisantes contre l'arbitraire.

Cette définition de l'instance permet d'évoluer dans un monde juridiquement, institutionnellement et éthiquement clos, le droit étant à la disposition du juge pour être interprété, mais non remis en question, à la lumière de preuves normalement admissibles si pertinentes, les exceptions étant régies par des règles bien délimitées. Le due process of law prend ici une connotation intrinsèque à l'instance, modèle procédural de rigueur et d'ordre 27a.

Par ailleurs, la Common Law, au moins dans le domaine des aveux et déclarations incriminantes, a élaboré une doctrine qui se démarque de la règle générale, et sur laquelle nous reviendrons plus en détail. Le juge en chef Freedman dit à ce propos:

(traduction) C'est la justice que nous recherchons alors, et nous pouvons trouver dans son cadre général les motifs véritables de la règle d'exclusion des confessions provoquées. Sans nul doute, comme je l'ai déjà dit, le danger qu'elles soient fausses est le motif principal de leur rejet. Mais il y a d'autres motifs, que certains juges refusent résolument d'admettre, que d'autres déclarent ouvertement, et que d'autres encore reconnaissent tacitement - ce dernier cas en étant peut-être un où une règle fondamentale non écrite joue un rôle dans la prise de décision. Tous ces motifs ont leur racine dans l'histoire. Ils portent le souvenir de la torture et du supplice, ils sont liés à la cause de la liberté individuelle, et ils sont l'expression d'une préoccupation profonde pour l'intégrité de la justice 22.

Rappelons aussi le libellé de l'article 178.16(2) du Code criminel qui crée une dérogation explicite au modèle classique.

2) Le fondement de la règle de recevabilité de la preuve pertinente

Serait-ce qu'il existe des cas où la stricte recherche de la vérité ne sert pas les intérêts supérieurs de la société? "Truth, like all the good things, may be loved unwisely - may be pursued too keenly - may cost too much" 29. Et malgré les rigueurs de l'actuelle règle les juges ne se sont-ils pas sentis, à plusieurs reprises, obligés à une réflexion plus créatrice qui, sans remettre en question les fondements de la règle, tentait d'en adoucir la mise en oeuvre rigoureuse pour les "cas exceptionnels"? 30.

Lorsque Lord Goddard concédait que la règle de recevabilité de la preuve irrégulièrement obtenue "n'avait jamais été énoncée comme telle par les tribunaux anglais", il reconnaissait implicitement la faiblesse des arguments de ceux qui pouvaient prétendre que c'était là question depuis longtemps résolue 31. En fait le Comité judiciaire du Conseil privé qui avait dans l'affaire Kuruma l'occasion rêvée de justifier la recevabilité de la preuve illégalement obtenue se contenta d'ériger en principe une règle de pratique qui, par ailleurs, n'avait, dans les précédents, fait l'objet que d'obiter plus ou moins arbitraires, le

plus éculé étant sans doute l'adage "It matters not how you get it; if you steal it even, it would be admissible as evidence"

32

On peut s'interroger sur les raisons qui expliquent la relative parcimonie des affaires où fut soulevée la question de la recevabilité d'une preuve illégalement ou irrégulièrement obtenue. Peut-être est-ce la discipline de la Couronne qui, au moins en matière criminelle, a empêché la présentation devant les tribunaux anglais de preuves "douteuses". Peut-être les contrôles administratifs ont-ils tempéré les excès de zèle de la part des forces de l'ordre.

Il est indubitable que la Common Law accorde la préférence à la seule pertinence comme critère de recevabilité de la preuve, plutôt qu'à une évaluation ponctuelle des considérations intrinsèques et extrinsèques³³ au procès dans chaque cas d'espèce où une irrégularité a été commise dans l'administration de la justice criminelle³⁴. Pourtant certaines exceptions issues de la Common Law et une discrétion inhérente du juge de refuser dans certains cas exceptionnels une preuve par ailleurs recevable, peuvent contribuer à tempérer les excès de la règle.

Mais en ce qui concerne la règle elle-même telle qu'énoncée, et dans la mesure où la Common Law ne nous éclaire pas sur les fondements théoriques qui la sous-tendent, il faut chercher ailleurs le rôle que joue la preuve dans le processus

judiciaire ³⁵. Corollairement il reste à définir si par le biais de la recevabilité de la preuve, l'instance judiciaire peut et doit jouer un rôle extrinsèque au déroulement du procès proprement dit.

C- La discrétion judiciaire d'écarter la preuve pertinente.

1) L'intégrité judiciaire et l'administration de la justice

Dans R. c. Sang, Lord Scarman faisait les commentaires suivants dans le contexte de la discrétion du juge de ne pas recevoir une preuve par ailleurs recevable:

What is the role of the judge? How far does his control of the criminal process extend? It is his duty as we all know, to ensure that an accused has a fair trial; but what does "fair" mean in this context? and does not the prosecution also have rights which the judge may not by the exercise of his discretion override? These problems lie at the root of the criminal justice of a free society ³⁶.

Pour certains, la réponse est indiscutable:

Le rôle du juge qui préside à un procès est d'appliquer le droit et de recevoir toute preuve pertinente, à moins qu'il n'existe une règle quelconque en décrétant le rejet. Si l'on procède ainsi, l'accusé a un procès équitable ³⁷.

Cette interprétation laisse peu de place à l'exercice d'une discrétion en matière de preuve illégalement obtenue, et l'équité émane d'une interprétation rigoureusement intrinsèque et orthodo-

xe du due process of law.

Pour d'autres, la réponse est plus pondérée:

I consider that it is a clear principle of the law that a trial judge has the power and the duty to ensure that the accused has a fair trial. Accordingly, amongst other things, he has a discretion to exclude legally admissible evidence if justice so requires ³⁸.

Mais alors il faut évidemment définir le terme justice ^{37a}. Le juge Lamer après une analyse de la jurisprudence pertinente dit de la discrétion judiciaire de ne pas recevoir une déclaration incriminante:

Lorsqu'il le faut, les juges du procès condamnent ce qu'ils estiment, dans les circonstances de chaque cas, être une conduite gravement injuste, oppressive ou inopportune de la part des personnes en situation d'autorité ³⁹.

Il n'en reste pas moins que la Commission de Réforme du Droit de l'Ontario portait sur la question un sobre diagnostic.

In Canada (...) the courts regard illegally obtained evidence as admissible, on the view that determining the truth of the matter is something which prevails over other policy considerations which might be set up as a basis for excluding such evidence ⁴⁰.

Cette règle inflexible est seulement tempérée par le concept d'équité qui permet l'exercice de la discrétion judiciaire en matière de recevabilité. Dans Hogan c. La Reine, le juge Laskin, dissident, dit de la règle et de son fondement:

The choice of policy here is to favour the social interest in the repression of crime despite the unlawful invasion of individual interests and despite the fact that the invasion is by public officers charged with law enforcement. Short of legislative direction it might have been expected that the Common Law would seek to balance the competing interests by weighing the social interest in the particular case against the gravity or character of the invasion, leaving it to the discretion of the trial judge whether the balance should be struck in favour of reception or exclusion of particular evidence. (...) The discretion has been narrowed (...) to an extent that underlines a wide preference for admissibility. It appears that only in a line of Scottish and Irish cases has there been any consideration of striking a balance between the competing interests involved where there is a challenge to admissibility because of illegality or impropriety ⁴¹.

La preuve pertinente est donc recevable, sauf exceptions. Corollairement la méthode utilisée pour obtenir cette preuve n'affecte pas, sauf exceptions, sa recevabilité. Le rôle du juge est d'appliquer le droit et d'ainsi assurer un procès équitable à l'accusé. Au nom de l'équité, le juge jouit d'une discrétion exceptionnelle d'écarter une preuve par ailleurs recevable. Cette discrétion s'exerce judiciairement en fonction de critères intrinsèques au procès, en particulier la valeur probante de la preuve. Le juge n'a pas en principe à se préoccuper de la façon dont la preuve a été obtenue, seulement de la façon dont elle est utilisée au procès. La sanction des illégalités est une question entièrement distincte de celle de la recevabilité de la preuve ⁴².

2) Les "exceptions" à la recevabilité de la preuve

Cette théorie générale de la recevabilité ne semble laisser aucune place à un contrôle judiciaire des actes extra-judiciaires par le biais de la discrétion d'écarter la preuve illégalement ou irrégulièrement obtenue. Pourtant la Common Law a permis l'élaboration de règles particulières en matière de recevabilité des aveux.

Il conviendra d'étudier d'autres fondements possibles d'une discrétion judiciaire d'écarter une preuve irrégulièrement obtenue. L'intégrité judiciaire peut ainsi prendre une connotation purement intrinsèque, dans le cas de l'abus de procédure par exemple, ou être le fondement d'une sanction judiciaire d'activités extra-judiciaires, comme le prévoit l'article 24(2) de la Charte canadienne des Droits ⁴³.

De même la maxime *Nemo debet prodere seipsum* peut prendre pour certains une extension qui dépasse le cadre limité du privilège contre l'auto-incrimination dont jouit tout témoin à l'instance, et l'accusé en particulier, lequel est dispensé de témoigner à son procès ⁴⁴.

Enfin il existe bel et bien une discrétion résiduelle qui permet exceptionnellement de ne pas recevoir une preuve par ailleurs recevable. Peut-on affirmer qu'au delà du principe général, la Common Law s'est donné les portes de sortie, les mécanismes voulus pour faire face aux situations hors du commun, pour éviter de "déconsidérer l'administration de la justice" par une

application mécanique de certaines règles indiscutables?

Lord Scarman laisse planer un doute à ce sujet:

When asked to rule, they (the judges) should bear in mind that it is their duty to have regard to legally admissible evidence, unless in their judgment the use of the evidence would make the trial unfair. The tests of unfairness is not that of a game: it is whether in the light of the considerations to which I have referred the evidence, if admitted, would undermine the justice of the trial

45

Il faut donc qu'un certain équilibre soit respecté entre les valeurs que promeut le processus judiciaire. En cas de déséquilibre la Common Law peut-elle réagir? Ou'il suffise ici de bien saisir à quel point le droit coutumier se méfie de donner une dimension extra-judiciaire aux garanties procédurales intrinsèques en matière de recevabilité de la preuve qui ne soit couverte par une exception connue et circonscrite.

De plus il est indéniable que le modèle de Common Law qui commence à se dégager fait abstraction de tout rôle fonctionnel de contrôle judiciaire des instances extra-judiciaires comme le conçoivent les tribunaux américains. Les deux modèles opèrent selon leur logique propre qui découle du rôle que se sont définis respectivement les tribunaux dans chaque juridiction.

Dans le chapitre suivant, nous tenterons d'organiser les notions introduites dans le présent chapitre en fonction des objectifs propres aux trois modèles de recevabilité de la preuve

irrégulièrement obtenue. D'une simple énumération des facteurs pertinents à la mise en oeuvre d'un régime de recevabilité, nous passerons à l'analyse méthodique des régimes appropriés.

Cette "problématique" de la recevabilité de la preuve irrégulièrement obtenue obligera à quelques redites malheureusement inévitables.

Chapitre 2: La recevabilité de la preuve et le rôle de l'instance

A- Trois modèles de recevabilité

1) Le modèle de Common Law

La présentation de la preuve étant le point de contact entre le système de règles régissant l'enquête et les procédures qui règlementent l'instance, eu égard aux objectifs respectifs de ces deux systèmes et à une conception plus ou moins complémentaire de l'administration de la justice, les considérations non judiciaires auront ou non une incidence sur la recevabilité de la preuve. D'où l'utilité d'une grille d'analyse qui permette, à l'intérieur de modèles cohérents, de replacer les notions en cause dans leur contexte propre.

Si l'on pose comme première hypothèse que la fonction essentielle de l'instance est la recherche de la vérité, les règles de procédure émaneront d'une acception purement objective

du rôle qu'elles jouent pour permettre au tribunal de tirer ses conclusions. La procédure assure à l'accusé un procès équitable - i.e. que justice soit rendue - l'équité étant ici limitée à l'application régulière de la loi en cours d'instance ⁴⁶.

Toute preuve pertinente est utile pour permettre au tribunal de rechercher la vérité, donc a priori recevable sauf exceptions reconnues par le droit. Le mode d'obtention de la preuve n'est pas en soi un facteur d'exclusion.

La procédure criminelle ne doit pas servir à sanctionner les pratiques d'enquête. Un tel objectif serait en contradiction avec la fonction essentielle de l'instance. Les choix subjectifs qu'elle obligerait le tribunal à faire susciteraient des tensions entre les objectifs en présence.

En cas d'abus des forces de l'ordre, le droit prévoit d'autres sanctions appropriées ⁴⁸.

La conséquence d'une règle de recevabilité qui ne tient aucun compte du mode d'obtention de la preuve est la compartimentation du processus pénal.

La recherche de la vérité est donc l'assise sur laquelle repose cette construction logique qui ne nie pas cependant la discrétion judiciaire de ne pas recevoir exceptionnellement une preuve, par ailleurs recevable. Les conditions d'ouverture à

cette discrétion seront étudiées dans la deuxième partie.

Cette discrétion ne contredit cependant pas l'objectif essentiel du procès criminel, la recherche de la vérité. Elle ne permet pas au juge d'écarter une preuve pour des considérations qui débordent les garanties procédurales intrinsèques au procès. Elle permet au juge, au nom de l'équité envers l'accusé, d'écarter une preuve pertinente dont la valeur probante est insignifiante.

Par ailleurs, certains juges ont tenté d'élargir le champs d'application des concepts d'équité et de protection contre l'auto-incrimination pour y inclure des considérations extra-judiciaires de façon à ce qu'ils s'appliquent à des événements survenus lors de l'enquête ⁴⁹. Le troisième chapitre met en lumière les incidences sur la recevabilité de la preuve irrégulièrement obtenue d'une conception plus libérale de ces notions.

En définitive la Common Law reconnaît à la preuve une valeur fonctionnelle et utilitaire qui se réconcilie difficilement avec les considérations éthiques ou subjectives qui sous-tendent la discrétion judiciaire d'écarter une preuve par ailleurs recevable. Une telle discrétion suppose la superposition à la recherche de la vérité d'une conception plus intégrée de l'instance judiciaire dans le contexte général de l'administration de la justice.

Avant de passer au second modèle, soulignons cependant que la Common Law s'est donnée des règles particulières de recevabilité des aveux extra-judiciaires de l'accusé. Il sera opportun d'en voir l'incidence sur la discrétion judiciaire d'écartier une preuve irrégulièrement obtenue. D'autant plus que l'évolution récente du droit anglais laisse présager une extension à tous les paliers du processus pénal de la doctrine *Nemo debet prodere seipsum*.

2) Le modèle discrétionnaire

Le second modèle reconnaît au tribunal un rôle actif dans la protection des droits du citoyen en général, et de l'accusé en particulier. Faisant pendant à la conception objective et utilitaire de la preuve dans le modèle de Common Law, s'ajoute dans le second modèle une appréciation subjective de cette preuve en fonction de critères qui débordent les garanties procédurales du procès.

Par exemple, en interprétant libéralement la notion de *due process*, de façon à lui donner une extension qui englobe le processus pré-judiciaire, le juge peut sanctionner par la non-recevabilité une preuve obtenue en contravention des droits de l'accusé⁵⁰.

Peut ou non se greffer à ces considérations une dimension éthique selon laquelle le tribunal refusera d'entériner les

atteintes aux droits de l'accusé par les agents de l'État. En ne voulant pas se rendre complice de ces abus, le juge donnera ainsi une extension extra-judiciaire à la notion d'intégrité judiciaire pour y incorporer les actes commis à d'autres paliers du processus pénal ⁵¹.

Si c'est par une interprétation libérale de la notion de due process que le tribunal se sent justifié de ne pas recevoir une preuve par ailleurs recevable, il jouera de façon active un rôle de protection des droits de l'accusé.

Si c'est au nom de l'éthique judiciaire qu'il refusera de "s'associer" à un abus commis par d'autres agents de l'État, le tribunal jouera un rôle réactif, le rejet de la preuve constituant en lui-même une dénonciation par le tribunal de l'abus commis en contravention de valeurs reconnues par la société.

Et comment s'expriment ce rôle normatif et cette dimension éthique? En permettant entre autres à la procédure criminelle d'être utilisée comme sanction ordinaire ou extraordinaire des actes répréhensibles commis en dehors du processus judiciaire proprement dit. Ce "saut" dialectique permet de déboucher sur une prohibition absolue ou relative en matière de recevabilité de la preuve illégalement ou irrégulièrement obtenue.

Dans le cas de la prohibition relative on y arrive par le biais de la discrétion judiciaire qui fait appel de la part du

juge à une évaluation subjective des objectifs contradictoires en présence, en fonction des caractéristiques propres à l'affaire. Les tribunaux écossais et australiens favorisent ce cheminement⁵².

La prohibition absolue peut s'exprimer en dernier ressort par un refus de juridiction. C'est la sanction ordinaire dans les cas d'abus de procédure⁵³.

3) Le modèle d'exclusion

Une fois éclaté le moule étroitement utilitaire de la règle de recevabilité, dans lequel se confine le modèle de Common Law, par l'introduction de considérations subjectives précédemment évoquées, il peut être tentant de pousser plus loin l'extension extra-judiciaire du rôle de l'instance en matière de protection des droits de l'accusé. Pourquoi ne pas superposer aux conditions judiciaires de recevabilité de la preuve, le respect dans le mode d'obtention de cette preuve des droits reconnus de l'accusé. La recevabilité de la preuve obéit alors à des règles normatives de conduite des agents de l'Etat, en plus des règles procédurales intrinsèques au procès. Qui plus est, toute irrégularité dans le mode d'obtention de cette preuve débouche alors sur l'exclusion automatique de celle-ci par le tribunal.

Dans ce troisième modèle, on aspire, tout comme dans le

précédent, à protéger les droits du citoyen en général par la protection de ceux de l'accusé. La différence idéologique est cependant fondamentale.

Dans le modèle subjectif, la protection de droits est d'abord celle de l'accusé, le tribunal devant veiller à ce que les garanties procédurales à l'instance visant à traiter celui-ci équitablement ne perdent pas leur sens par des abus flagrants durant l'enquête qui précède le procès proprement dit. Si un tel abus manifeste vient à la connaissance du tribunal, il peut alors au nom de l'éthique ou de l'intégrité judiciaire passer outre au rôle étroitement défini de la preuve dans le cadre de la fonction judiciaire prééminente qu'est la recherche de la vérité en exerçant sa discrétion d'écarter cette preuve par ailleurs recevable. C'est là par définition une discrétion exceptionnelle qui laisse intact l'objectif judiciaire de la recherche de la vérité.

Le troisième modèle au contraire reconnaît à l'instance judiciaire un contrôle institutionnel effectif des moyens d'enquête en superposant aux règles judiciaires de recevabilité, une règle normative fondée sur un objectif extra-judiciaire prééminent. On débouche ainsi sur une fonction judiciaire différente de celle qui veut d'abord et avant tout "rechercher la vérité".

Le troisième modèle permet de substituer à un objectif fonctionnel, la recherche de la vérité, un objectif institutionnel, le contrôle judiciaire des méthodes d'enquête. Ce contrôle

se traduit par une prohibition procédurale absolue en cas de dérogation aux pratiques "acceptables" c'est-à-dire qui respectent intégralement les droits et libertés des citoyens.

Aux Etats-Unis, les tribunaux en adoptant la règle d'exclusion espèrent ainsi "obliger" les policiers à respecter les droits que reconnaît la Constitution américaine. Comme celle-ci ne prévoit aucun recours en cas de violation des droits qu'elle énonce, les tribunaux se sont sentis justifiés d'imposer la règle d'exclusion à titre de sanction ordinaire de telles violations.

La règle d'exclusion soulève plusieurs difficultés qui aux Etats-Unis même avivent les passions de ses tenants et adversaires ⁵⁴. La question principale, à laquelle il n'y a pas de réponse évidente, est bien sûr l'efficacité de la règle en tant que moyen de dissuasion de pratiques policières irrégulières. Car rappelons que le prix à payer pour une telle règle d'application stricte, c'est le danger de libérer l'accusé pour une violation technique de ses droits par les forces de l'ordre.

B- Le conflit des valeurs et le choix d'une politique

1) Le modèle discrétionnaire et l'éthique judiciaire

C'est probablement à cause des difficultés que suscite une règle stricte d'exclusion qu'au Canada la dérogation statu-

taire à la règle de recevabilité que stipule l'article 178.16(2) du Code criminel 55 emprunte la voie du second modèle en reconnaissant au tribunal la discrétion de ne pas recevoir la preuve dont l'utilisation en preuve risquerait de ternir l'image de la justice.

De même l'alinéa 2 de l'article 24 de la Charte canadienne des Droits et Libertés 56 stipule une sanction additionnelle aux violations de la Charte qui emprunte une voie discrétionnaire analogue à celle prévue à l'article 178.16(2) précité.

Les deux premiers modèles conduisent chacun à une justification et une portée différentes de la discrétion judiciaire de ne pas recevoir la preuve irrégulièrement obtenue.

Dans le premier, si une telle discrétion existe, c'est soit au nom d'une extension extra-judiciaire du principe judiciaire de l'équité soit par une extension extra-judiciaire de garanties procédurales reconnues par la Common Law. Et cette discrétion ne pourra s'exercer que s'il existe un fondement juridique reconnu auquel on puisse dans certains cas reconnaître une portée extra-judiciaire.

Le contenu et la portée extra-judiciaire de l'équité varieront cependant selon les juridictions, et en particulier eu égard aux restrictions imposées au Canada au privilège contre l'auto-incrimination et aux règles particulières de recevabilité

des aveux.

A cet égard les tribunaux anglais, par le biais des règles particulières de recevabilité des aveux, sembleraient vouloir étendre à toutes les preuves obtenues irrégulièrement de l'accusé, ou sans le consentement de celui-ci, la discrétion du juge de les écarter lorsqu'il serait inéquitable envers l'accusé de les recevoir ⁵⁷.

Dans le second modèle, il n'est pas nécessaire de poursuivre le raisonnement et déboucher sur la règle d'exclusion et le contrôle institutionnel de tribunaux sur les pratiques d'enquête. Une conception plus libérale de l'éthique judiciaire permettrait aux tribunaux de s'interroger sur les incidences pour l'intégrité judiciaire de la réception d'une preuve irrégulièrement obtenue ⁵⁸. D'autre part le facteur d'incertitude qui découle de cette discrétion judiciaire n'est pas sans inquiéter certains juges et commentateurs ⁵⁹.

Par contre il faut se souvenir du modèle favorisé par le droit coutumier anglais et canadien et toute discrétion, qu'elle soit statutaire ou constitutionnelle, pourrait être interprétée en fonction de l'exception qu'elle introduit à la règle générale, donc restrictivement ⁶⁰.

Ceci dit la notion d'intégrité judiciaire, et l'exercice de la discrétion judiciaire d'écarter une preuve par ailleurs

recevable pour des considérations qui débordent les garanties procédurales de l'instance doit tenir compte d'une interprétation libérale du due process of law et de la protection des droits de l'accusé, et ce, en sus de la notion purement judiciaire d'équité qui sous-tend le premier modèle.

En effet le due process of law peut prendre une dimension judiciaire ou extra-judiciaire. A titre d'illustration il est possible que le législateur ait voulu implicitement, par la Déclaration canadienne des Droits, faire jouer aux tribunaux un rôle plus actif en matière de due process, y compris la possibilité d'écarter le cas échéant la preuve irrégulièrement obtenue. Les tribunaux n'ont pas voulu jouer ce rôle ⁶¹.

Il y avait en effet, "maldonne" puisque les tribunaux se sont cantonnés dans une conception de l'instance que traduit le premier modèle qui ne reconnaît pas de dimension extra-judiciaire au due process of law. Les tribunaux ne s'étant donc pas prévalus de la Déclaration canadienne des Droits, il faut chercher ailleurs dans l'état actuel du droit le fondement et la justification à la discrétion judiciaire d'écarter en fonction de considérations extra-judiciaires une preuve par ailleurs recevable.

Par ailleurs en supposant que l'éthique judiciaire soit le fondement de la discrétion que stipule l'article 178.16(2) du Code criminel, il peut arriver des cas où c'est tout l'appareil pénal qui risque d'être discrédité par des pratiques douteuses,

qu'elles soient judiciaires ou extra-judiciaires. On a ainsi pu aux États-Unis justifier la règle exclusionnaire de pratiques d'enquête rebutantes en vertu d'un *shock the conscience test* 62.

Finalement l'éthique judiciaire se complète-t-elle d'une fonction normative prééminente pour la protection des droits de l'accusé? Là non plus la réponse n'est pas évidente car le contexte institutionnel diffère d'une juridiction à l'autre.

2) Le contexte d'ouverture à la discrétion judiciaire

C'est un problème subjectif de délimiter en pratique le squal au delà duquel la fonction judiciaire perd sa légitimité.

Dans le cas de l'écoute électronique par exemple, le législateur réglemente rigoureusement une technique d'enquête 63. En cas d'abus il stipule certaines sanctions 64. Pour bien marquer sa réprobation, il introduit une exception à la règle générale de recevabilité de la preuve obtenue irrégulièrement 65. C'est ainsi que le juge se voit conférer la discrétion d'écarter une preuve par ailleurs recevable "si de la recevoir est susceptible de ternir l'image de la justice" 66.

Malheureusement l'article 178.16(2) n'énumère aucun des critères qui permettant au juge recevoir ou d'écarter la preuve

irrégulièrement obtenue.

La solution préconisée par le législateur dans le cas des preuves dérivées d'interceptions non légalement faites de communications privées est à comparer au rôle que jouent les tribunaux américains dans la mise en oeuvre des droits reconnus aux citoyens par la Constitution américaine. Les juges américains ont concrétisé ce rôle en adoptant la règle d'exclusion de la preuve illégalement obtenue. L'article 178.16(2) introduit une exception discrétionnaire à la règle stipulant la recevabilité de la preuve dérivée d'une interception non légalement faite de communication privée:

To permit an officer of the State to acquire evidence illegally and in violation of sacred constitutional guarantees and to use the illegally acquired evidence in the prosecution of the person who illegally acquired the intoxicants strikes at the very foundation of the administration of justice, and where such practices prevail makes law enforcement a mockery ⁶⁷.

Ce passage indique qu'aux Etats-Unis on accepte l'hypothèse qu'une violation des droits discrédite l'administration de la justice, et qu'en conséquence la preuve irrégulièrement obtenue doit être excisée. L'article 178.16(2) ne porte pas un tel jugement de valeur, mais laisse au juge le soin de se démarquer des abus flagrants.

En Grande-Bretagne, les mandats généraux ont été cassés pour la même raison ⁶⁸; sans cependant que ce précédent débouche

sur une règle d'exclusion.

Au Canada l'article 24(2) de la Charte des Droits et Libertés établit un lien entre la recevabilité de la preuve et le non-respect des droits fondamentaux enchâssés ⁶⁹. Cependant la Charte ne donne pas plus que l'article 178.16(2) du Code criminel les conditions d'exercice de cette discrétion judiciaire ⁷⁰.

C'est pourquoi le modèle discrétionnaire, malgré sa souplesse, suscite pour le juge appelé à décider de la recevabilité d'une preuve irrégulièrement obtenue, des difficultés d'interprétation qu'éludent pour leur part le modèle de Common Law et le modèle exclusionnaire.

La doctrine, consciente du problème de la délimitation de l'exercice de la discrétion judiciaire d'écarter une preuve dont l'admission en preuve serait susceptible de discréditer l'administration de la justice, a proposé divers "codes discrétionnaires" sur lesquels nous reviendrons dans la seconde partie.

Nous tenterons pour notre part de dresser les balises pertinentes à l'exercice de la discrétion judiciaire d'écarter, en vertu de l'article 178.16(2), la preuve dérivée d'une interception non légalement faite de communication privée.

On peut donc conclure de cette analyse qu'au Canada, la discrétion judiciaire d'écarter la preuve par ailleurs recevable

en fonction de considérations extra-judiciaires est de nature hybride. Celle qui découle du droit coutumier est soumise aux restrictions qu'impose la primauté de la recherche de la vérité; le mode d'obtention de la preuve n'est pas un facteur d'exclusion de celle-ci. Cependant, au nom de l'équité, certaines garanties procédurales peuvent déborder en faveur de l'accusé le cadre de l'instance et prendre une dimension extra-judiciaire qui peuvent justifier le juge d'écarter une preuve par ailleurs recevable.

La discrétion judiciaire qui découle de l'article 178.16(2) du Code criminel n'est pas de même nature. Le juge doit décider, à la lumière des circonstances de l'affaire, lequel des deux objectifs, la recherche de la vérité ou l'intégrité de la justice, devra prendre le pas sur l'autre. Le juge pour arriver à une décision devra considérer un certain nombre de critères qui le guideront dans l'exercice de sa discrétion.

Les tribunaux écossais ont élaboré une série de facteurs qui doivent être pris en considération par le juge confronté à une preuve obtenue irrégulièrement ⁷¹.

Cette discrétion étant de nature subjective, elle entre dans le second modèle.

3) La discrétion judiciaire: exception sui generis ou extension de la discrétion inhérente

Il nous faut nous poser la question suivante pour éviter des ennuis méthodologiques ultérieurs: Y a-t-il une différence essentielle entre le premier et le second modèle qui les rendrait incompatibles? En d'autres termes la discrétion judiciaire d'écarter une preuve irrégulièrement obtenue va-t-elle nécessairement à l'encontre du rôle traditionnel de l'instance judiciaire, la recherche de la vérité?

La question ne se pose que si cette discrétion judiciaire opérant en fonction de considérations extra-judiciaires substitue au rôle traditionnel de l'instance un nouveau rôle. Les deux modèles seront incompatibles si la sanction judiciaire des contraventions extra-judiciaires aux droits de l'accusé a pour fondement le contrôle de l'enquête par le juge. Nous avons tenté précédemment de montrer que la règle exclusionnaire en vigueur aux Etats-Unis a pour objectif la protection des droits civils par le contrôle des pratiques policières.

La discrétion judiciaire reconnue à l'article 178.16(2) du Code criminel, et celle que l'on retrouve à l'article 24(2) de la Charte des Droits et Libertés à titre de sanction aux violations des droits reconnus par la Charte, tempère la règle stricte de recevabilité de la preuve sans égard à son mode d'obtention.

Le tribunal est invité à concevoir l'instance comme partie intégrante du processus pénal. Ce faisant il doit veiller à ce que l'application stricte des garanties procédurales intrin-

sèques au procès n'aille pas, par la compartimentation des rôles, jusqu'à permettre l'utilisation de preuves obtenues par des méthodes en deçà d'un seuil de tolérance minimal. Le premier modèle reste valide par ailleurs.

Le juge Lamer exprimait ainsi cette notion de seuil de tolérance:

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 rigueur, 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 (...) 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 72.

En résumé, c'est par l'extension à tous les paliers du processus pénal de l'équité envers la personne de l'accusé qu'il pourrait y avoir ouverture à la discrétion judiciaire, en Common Law, d'écarter une preuve irrégulièrement obtenue. Dans la seconde partie nous verrons l'état du droit canadien en la matière.

Par ailleurs la discrétion judiciaire d'écarter la preuve irrégulièrement obtenue peut aussi avoir pour fondement une conception de l'éthique judiciaire qui déborde le cadre limité du respect des garanties procédurales à l'instance.

L'exception à la règle de recevabilité que stipule l'article 178.16(2) du Code criminel reposerait sur une conception élargie de l'éthique judiciaire. Le juge, dans le cas d'une preuve dérivée d'une interception non autorisée de communication privée doit évaluer subjectivement si, eu égard à la gravité de l'irrégularité commise, il doit, au nom de l'intégrité de la justice, mettre de côté le rôle prééminent de l'instance, la recherche de la vérité.

La sanction prévue à l'article 24(2) de la Charte canadienne des Droits et Libertés tente de résoudre l'opposition entre l'objectif fondamental de l'instance, la recherche de la vérité, et les normes de conduite qui ne respectent pas les droits reconnus du citoyen. La Charte prévoit un recours discrétionnaire en permettant au juge d'écarter une preuve par ailleurs recevable. Le juge exercera sa discrétion s'il est d'avis que sa réception serait susceptible de discréditer l'administration de la justice. Le contexte d'ouverture à cette discrétion est une violation reconnue des droits enchâssés dans la Charte.

Le caractère subjectif du modèle discrétionnaire se démarque conceptuellement du modèle d'exclusion. En substituant un

objectif extra-judiciaire au rôle du tribunal de recevoir toute preuve pertinente qui l'aide à chercher la vérité, les tribunaux américains utilisent la règle d'exclusion de la preuve irrégulièrement obtenue comme sanction judiciaire d'actes extra-judiciaires. - Le modèle discrétionnaire se contente de reconnaître la complémentarité des divers paliers du processus pénal et la nécessité de respecter des normes minimales de conduite.

Chapitre 3: L'exclusion fondée sur des considérations extra-judiciaires

A l'exception des tribunaux américains qui opèrent à l'intérieur d'un modèle qui stipule l'exclusion de la preuve irrégulièrement obtenue, la règle générale reste, pour la majorité des juridictions de Common Law, la recevabilité de la preuve pertinente sans égard à son mode d'obtention. La portée de la discrétion judiciaire d'écarter pour des motifs extra-judiciaires la preuve par ailleurs recevable diffère selon les juridictions.

Nous avons analysé au chapitre précédent les caractéristiques propres au modèle de Common Law et au modèle discrétionnaire. Les considérations permettant au juge d'exercer sa discrétion d'écarter la preuve par ailleurs recevable dépendent du modèle retenu. Ce sont ces considérations, et la portée que leur donnent les tribunaux, qu'il convient de passer maintenant en revue.

Nous verrons en particulier que ces considérations

prennent, selon les objectifs que se donne le tribunal, une extension extra-judiciaire plus ou moins importante. De façon générale les tenants de l'approche de Common Law, évoquée précédemment dans le premier modèle, se limiteront à des considérations purement intrinsèques au procès. Pour les tenants du second modèle, ces considérations prennent, le cas échéant, une connotation extrinsèque au procès et justifient le tribunal d'étendre à d'autres paliers du processus pénal les garanties procédurales de l'instance.

Nous aborderons ce chapitre d'un double point de vue. Le due process of law, la dissuasion, l'intégrité judiciaire et l'intégrité de la justice procèdent de considérations institutionnelles.

Les règles particulières de recevabilité des aveux et le privilège contre l'auto-incrimination procèdent de considérations propres à la personne de l'accusé et la nécessité de tenir un procès équitable.

A- Considérations institutionnelles

1- Le contexte

a) Le due process of Law ^{73a}

Les origines de la notion de due process of law se

trouveraient dans la Magna Carta ⁷⁴. Le due process of law recouvre un éventail de préceptes et garanties procédurales élaborés pour mettre un frein à l'arbitraire des pouvoirs publics. En Common Law le due process of law est de nature procédurale ^{74a}. Aux Etats-Unis, la Cour suprême a invoqué le due process of law pour juger invalides des dispositions législatives de fond et étendre à tous les paliers du processus pénal les garanties procédurales nécessaires à la mise en oeuvre des protections constitutionnelles offertes aux citoyens ⁷⁵.

Pour certains auteurs la notion de due process of law va plus loin que d'offrir de simples garanties procédurales à l'accusé ⁷⁶. Le juge Rand affirme à ce propos: "(the broader interpretation is that it must be) interpreted as a limitation on law which to a degree of unreasonableness affects personal liberties or property" ⁷⁷.

Suite à l'adoption de la Déclaration canadienne des Droits, on a pu prétendre au pouvoir des tribunaux de ne pas appliquer les lois qui contreviennent à ses dispositions ⁷⁸. Plus spécifiquement, on a pu relier le due process of law à la recevabilité des preuves irrégulièrement obtenues ⁷⁹.

D'autant plus qu'à l'occasion des débats parlementaires ayant précédé l'adoption de la Déclaration canadienne des Droits, le Ministre de la Justice du temps formulait l'espoir que les tribunaux s'inspireraient pour l'interpréter de l'expérience amé-

ricaine en la matière 80.

L'article 1 de la Déclaration reconnaît:

a) le droit de l'individu à la vie, à la liberté, à la sécurité de la personne ainsi qu'à la jouissance de ses biens, et le droit de ne s'en voir privé que par l'application régulière de la loi.

L'article 2 interdit à un tribunal d'interpréter ou d'appliquer une loi au Canada comme:

a) privant une personne du droit à une audition impartiale de sa cause, selon les principes de justice fondamentale, pour la définition de ses droits et obligations; 81.

Pour les commentateurs de l'époque, le due process of law était l'outil rêvé pour défier les lois, règlements, et principes de droit jugés trop contraignants, y compris bien sûr la règle de recevabilité. Le professeur Beck disait en 1968:

The due process of law clause, whether in the Bill of Rights or in the proposed Constitutional Charter of Human Rights provides a touchstone which the Canadian courts can use if they are so minded, to fashion a jurisprudence of criminal procedure 82.

D'autres par contre concluaient sobrement:

When the Bill of Rights was before the House of Commons, there was considerable debate as to what interpretation would be given to the phrase "due process of law" and therefore any of the rights granted could be taken away by a validly enacted law, regardless of how unjust.^{82a}

Par ailleurs, dans *Curr c. La Reine*, le juge Laskin affirme:

A supposer que grâce à la disposition "ne s'en voir privé que par l'application régulière de la loi", il est possible de contrôler le fond de la législation fédérale (...) il faudrait avancer des raisons convaincantes pour que la Cour soit fondée à exercer en l'espèce une compétence conférée par la loi (par opposition à une compétence conférée par la Constitution) pour enlever tout effet à une disposition de fond dûment adoptée par un Parlement compétent à cet égard (...).^{82b}

Quant à la portée de ce droit de regard judiciaire, le juge Laskin ajoute:

C'est avec une extrême prudence que j'aborde les termes très généraux de l'alinéa (a) de l'art. 1 (de la Déclaration), même s'ils sont tempérés par l'expression "ne s'en voir privé que par l'application régulière de la loi", dont le sens premier anglais a été éclipsé par les exigences constitutionnelles américaines, lorsqu'on me demande de les appliquer pour annuler des dispositions législatives de fond valablement adoptées par un Parlement dans lequel des représentants élus par le peuple jouent un rôle primordial.^{82c}

L'histoire de l'interprétation par la Cour suprême de la Déclaration canadienne des Droits a été retracée par plusieurs auteurs et dépasse le cadre de cette étude.^{82d} Ou'il suffise de constater que la Cour suprême ne s'est pas sentie obligée par la Déclaration de déroger à son rôle traditionnel de ne pas remettre en doute l'intention clairement exprimée par le législateur indé-

process of law existe bel et bien en droit canadien, mais dans une stricte connotation intrinsèque au procès, ou confiné à des garanties procédurales qui à chacun des paliers du processus criminel dictent la conduite "acceptable" à suivre.

Malgré l'étroit créneau ouvert par le juge Laskin dans l'arrêt *Curr*, la conception "traditionnelle" du rôle de l'instance judiciaire a préservé, dans l'interprétation de la Déclaration, le principe de la suprématie législative. Toute autre interprétation aurait obligé les tribunaux à résoudre les conflits entre les fins du procès criminel, les valeurs sociales qui sous-tendent l'administration de la justice, la répartition des rôles respectifs des pouvoirs législatifs et judiciaires et l'obligation d'offrir à l'accusé l'assurance d'un procès équitable.

L'adoption de la Loi constitutionnelle de 1982, et en particulier de la Charte canadienne des Droits et Libertés, incorpore à son tour la notion de due process of law^{82e}. Cependant la terminologie se modifie par rapport à la Déclaration.

L'art. 7 proclame "qu'on ne peut porter atteinte au droit de chacun à la vie, à la liberté et à la sécurité de sa personne qu'en conformité avec le principes de justice fondamentale" 82f.

Par rapport au texte de la Déclaration de 1961, il n'y a plus de référence à "l'application régulière de la loi" et on a

omis la notion "d'audition impartiale pour la définition des droits et obligations".

Les atteintes aux droits fondamentaux sont maintenant sujettes au respect des "principes de justice fondamentale". La Cour suprême n'a pas encore eu l'opportunité d'interpréter cette disposition.

Rappelons que la Charte des Droits et Libertés stipule expressément la primauté de ses dispositions sur toute loi. Les dispositions de la Charte pourraient obliger les tribunaux canadiens à plus d'activisme judiciaire. L'article 59(1) de la Charte ne laisse aucun doute à ce sujet ²⁸.

Les débats parlementaires sont cependant révélateurs des craintes du Ministre et de ses conseillers quant à la portée au Canada de la notion de due process of law et du danger d'assimiler par l'enchâssement constitutionnel des droits l'interprétation qu'ont donné aux cinquième et quatorzième amendement les tribunaux supérieurs américains.

Pour éviter l'expérience américaine, on a donc remplacé l'expression "application régulière de la loi" par "principes de justice fondamentale":

Due process would certainly include the concept of procedural fairness that we think is covered by fundamental justice, but we think that due process would have the danger of going well beyond procedural fairness and to deal with substantive fairness which raises the pos-

sibility of the courts, second guessing Parliaments or legislatures on the policy of the law as opposed to the procedure by which rights are to be dealt with. That has been the experience at times in the United States in the interpretation of the term due process. (...) the term "fundamental" justice appears to us to be essentially the same as natural justice. Fundamental justice or natural justice both involve procedural fairness and that is the content of them. The requirements of natural justice certainly have been pretty well defined over the years by the courts 82h.

Pour les rédacteurs de la Charte, il n'est donc pas question de donner au due process of law une dimension qui déborde le cadre bien délimité des garanties procédurales reconnues par la Common Law. L'application de la loi elle-même doit être confinée aux seules garanties procédurales sans que celles-ci débordent l'instance en vertu d'un hypothétique droit de regard judiciaire sur les instances extra-judiciaires ou administratives. C'est sans doute ce qui justifie que l'on ait retranché l'expression "audition impartiale pour la définition des droits et obligations". On ne peut à cet égard que spéculer sur la portée que la Cour suprême du Canada donnera à cette disposition de la Charte.

Par ailleurs l'article 24(2) prévoit un recours discrétionnaire permettant au juge d'écarter une preuve obtenue à l'encontre d'un droit reconnu par la Charte lorsque son admission en preuve serait susceptible de "déconsidérer l'administration de la justice" 82i. Indépendamment du sens procédural ou substantif que la Cour suprême donnera au terme justice fondamentale, ce recours prévu à l'article 24(2) de la Charte lie la discrétion judiciaire en matière de recevabilité à des considérations procédurales.

Etant donné l'existence de ce recours, il pourrait ne plus être aussi vital d'établir une relation de cause à effet entre la recevabilité de la preuve irrégulièrement obtenue et le due process of law.

En effet l'existence d'un recours discrétionnaire, rattaché à l'enchâssement constitutionnel des droits et libertés constitue une dérogation autonome au régime de recevabilité de la preuve irrégulièrement obtenue. Cette sanction additionnelle aux pratiques, de la part des autorités, en deça de normes minimales de conduite, n'oblige pas les tribunaux à se démarquer par ailleurs du modèle traditionnel.

Sans devoir constamment s'interroger sur l'équité pour l'accusé de recevoir une preuve irrégulièrement obtenue, le juge pourra manifester ponctuellement sa désapprobation de pratiques rebutantes.

Ce type de discrétion judiciaire s'exerçant en fonction de considérations institutionnelles est à distinguer d'une extension à tous les paliers du processus criminel des garanties procédurales d'application régulière de la loi qui trouveraient comme aux Etats-Unis leur sanction dans l'exclusion de la preuve irrégulièrement obtenue.

b) La dissuasion

La dissuasion est une notion très vaste qui joue à tous

les paliers du processus pénal ⁸³. La peine qui accompagne la proscription pénale dissuade l'éventuel contrevenant, tout comme la sentence est censée post facto jouer le même rôle. De même, et c'est le sens que lui donnent les tenants de l'exclusion de la preuve irrégulièrement obtenue, le rejet de la preuve est censé dissuader les policiers d'agir en marge de la loi ou des règles de conduite reconnues comme acceptables. L'exclusion de la preuve au nom de la dissuasion suppose donc une supervision extra-judiciaire des tribunaux sur un autre palier du processus pénal, l'enquête.

La question ne se pose pas en ces termes dans la théorie classique de recevabilité de la preuve qui rejette toute fonction extra-judiciaire de contrôle de forces de l'ordre par le biais d'une quelconque règle d'exclusion de la preuve irrégulièrement obtenue ⁸⁴. Ce refus est la conséquence directe de la compartimentation, en Common Law, entre l'instance et l'enquête. Comme l'a observé Lord Scarman: (The judge) "controls neither the police nor the prosecuting authority" ⁸⁵.

Lord Scarman poursuit en ces termes:

The judge's control of the criminal process begins and ends with trial, though his influence may extend beyond its beginning and conclusion (...) the right to prosecute and the right to lead admissible evidence in support of its case are not subject to judicial control ⁸⁶.

Par ailleurs, le système pénal étant par définition im-

Parfait, il peut se présenter des situations de "court-circuit" ou de "téléscopage" entre l'appareil judiciaire, d'une part et l'appareil d'enquête d'autre part, et leurs contrôles internes respectifs: sinon le problème de la preuve irrégulièrement obtenue ne se poserait pas.

Si les tenants de la recevabilité font abstraction du mode d'obtention de la preuve, c'est que cette question n'est pas de leur juridiction, bien sûr, mais c'est aussi qu'ils se fient sur les mécanismes de contrôle accessibles, le cas échéant, aux victimes d'actes illégaux. Voici ce que dit à ce propos le juge Laskin:

✓
✓
Illegality or impropriety attending the eliciting or discovery of relevant evidence are, on the orthodox Common Law view, *res inter alios acta*. They are said to have their sanctions in separate criminal or civil proceedings (...) or perhaps in internal disciplinary proceedings against offending constables (...)⁸⁷.

La dissuasion n'est pas une justification pour le tribunal d'interférer avec les méthodes d'enquête.

Le cas des agents provocateurs est un exemple de la détermination des tribunaux de veiller sur l'étanchéité de l'instance par rapport à l'enquête. Les trucs, stratagèmes et autres techniques d'enquête qui incitent à la commission d'infractions suscitent pour les tribunaux, au nom de l'équité envers l'accusé, de sérieux problèmes éthiques.

Dans l'arrêt *La Reine c. Sang*, le Conseil privé réaffirmait, si jamais il y avait eu des doutes à cet égard, que l'utilisation d'agents provocateurs n'était pas un motif d'exclusion de la preuve. A la rigueur le juge peut tenir compte dans le processus sentenciel du fait que l'accusé a été incité à commettre un crime et mitiger sa sentence en conséquence 88.

Quant aux abus manifestes, ils pourront être corrigés par des poursuites criminelles appropriées contre les policiers n'ayant pas respecté la loi. Lord Salman dit à ce propos:

This would be a far safer and more effective way of preventing such inducements to commit crimes being made, than a rule that no evidence should be allowed to prove that the crime (has) been committed 89.

Il va sans dire qu'aux Etats-Unis la règle d'exclusion est indissociable du concept de dissuasion judiciaire des pratiques d'enquête qui ne respectent pas les droits du citoyen. On peut même sans doute aller jusqu'à affirmer que la dissuasion est le principal fondement de la règle exclusionnaire américaine, même si d'autres considérations ont pu à l'occasion être mises de l'avant pour la justifier 90.

2) L'intégrité de la justice et l'intégrité judiciaire

1) L'abus de procédure

L'intégrité de la justice est une notion qu'il faut dé-

finir dans ses deux grandes composantes qui recourent les deux modèles d'analyse, objectif et subjectif, de Common Law. Pour les adeptes d'une conception "orthodoxe" et compartimentée de l'instance dans le contexte plus général de l'administration de la justice, l'intégrité de la justice est d'abord et avant tout judiciaire. Au contraire pour les tenants d'une conception complémentaire des divers paliers de l'administration de la justice, le tribunal ne pourra être complice d'activités irrégulières, judiciaires ou extra-judiciaires qui se trouvent en deça d'un seuil tolérable de conduite.

La doctrine de l'abus de procédure, aux balises d'application encore incertaines, tente de répondre au problème particulier d'une utilisation indue et inéquitable envers l'accusé de la procédure pénale ⁹¹.

Les tribunaux de Common Law veillent rigoureusement au respect des garanties procédurales intrinsèques au procès, ceci afin de donner à l'accusé l'assurance d'un procès équitable. Cette assurance d'un procès équitable est le corollaire de la fonction judiciaire essentielle qu'est la recherche de la vérité. Le tribunal possède-t-il dans ces conditions le pouvoir de ne pas s'associer à une conduite de la poursuite qui violerait l'équité intrinsèque qui doit guider le déroulement de l'instance?

La doctrine de l'abus de procédure reposerait sur le pouvoir inhérent du juge d'instance de contrôler les procédures

devant le tribunal et sa discrétion de faire cesser une procédure abusive, outrageante et indûment préjudiciable à l'accusé ⁹². L'abus de procédure entraîne le rejet de la poursuite ⁹³.

Bien que les avis soient partagés sur le champ d'application de la doctrine et que la Cour suprême n'ait pas sanctionné son existence en tant que telle, il semblerait exister d'après les instances où il y a été fait référence un "contexte" d'ouverture à la discrétion du tribunal de faire cesser une procédure abusive. Le juge Laskin dans l'arrêt Rourke dit à ce propos après avoir fait un rappel des affaires pertinentes:

J'ai cité ces nombreuses affaires pour montrer la variété des situations de fait dans lesquelles des juges de diverses juridictions et de provinces différentes ont utilisé l'abus de procédure comme moyen de contrôler la conduite de la poursuite lorsqu'elle porte préjudice au prévenu. Je ne porte aucun jugement sur la validité de ces décisions; elles indiquent toutefois par leur variété même l'utilité en matière d'abus de procédure d'un principe général que les juges devraient pouvoir invoquer dans les circonstances appropriées pour témoigner qu'ils contrôlent la procédure devant leurs tribunaux et exiger une conduite équitable du ministère public à l'égard des prévenus. Si comme je le pense et comme l'ont admis tous les membres de la Chambre des Lords dans Connelly, il y a un fondement au principe selon lequel un tribunal criminel a, tout comme un tribunal civil, le droit de protéger sa procédure contre des abus, l'utilisation de ce pouvoir discrétionnaire devient une question de discipline, fondée sur des situations particulières qui, compte tenu de la jurisprudence, paraissent appartenir à une catégorie où le principe peut-être invoqué ⁹⁴.

Il ressort de l'utilisation faite par certains tribunaux canadiens de la doctrine de l'abus de procédure qu'elle se

justifierait d'une discrétion inhérente de veiller au déroulement équitable de l'instance ⁹⁵. Cette même discrétion inhérente permettait à la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *La Reine c. Wray* de délimiter la discrétion judiciaire d'écarter une preuve à faible valeur probante.

En définitive, il s'agirait pour le tribunal de protéger un aspect de l'intégrité de la justice, l'intégrité judiciaire.

On peut conclure cette question en circonscrivant la discrétion judiciaire de faire cesser un abus de procédure à la stricte considération judiciaire qu'est la marche ordonnée du procès en vue d'un objectif limité: s'assurer que les procédures ne soient pas utilisées de façon indûment préjudiciable à l'accusé.

L'intégrité judiciaire est donc pour la Common Law une garantie importante, mais purement intrinsèque au mandat du tribunal d'assurer à l'accusé un procès équitable. La sanction d'un abus de procédure ne confère pas au juge une quelconque discrétion de rejeter une preuve, mais plutôt lui permet de faire cesser l'abus en rejetant l'action.

b) L'intégrité de la justice

Il n'est pas aisé pour les juges de Common Law de ré-

concilier la recherche de toute la vérité avec les considérations extra-judiciaires pouvant influencer sur la recevabilité de la preuve. Dans le cas des aveux, la Common Law s'est elle-même donnée une exception à la règle.

Pour ce qui est d'une possible incidence sur l'intégrité de la justice de la réception d'une preuve irrégulièrement obtenue, le juge Martland se fait sans doute l'interprète de ses collègues de la magistrature lorsqu'il affirme:

Je ne connais aucune jurisprudence, ni ici, ni en Angleterre, qui appuie la proposition que le juge de première instance a le pouvoir discrétionnaire d'écarter une preuve recevable parce qu'à son avis, la recevoir serait de nature à discréditer l'image de la justice⁹⁶.

La discrétion judiciaire inhérente de ne pas recevoir une preuve inéquitable envers l'accusé s'étend-elle à des considérations sur le mode d'obtention de celle-ci? Dans l'état actuel du droit canadien, certainement pas⁹⁷.

Cependant certains juges ont exploré en ce domaine des confins jusqu'à inconnus de la Common Law⁹⁸. Ces réflexions ont certainement eu une incidence sur les débats parlementaires ayant mené par l'adoption de l'article 178.16(2) du Code criminel à la discrétion judiciaire d'écarter une preuve "dont l'admission en preuve risquerait de ternir l'image de la justice". De même la Charte canadienne des Droits et Libertés prévoit à l'article 24(2) la possibilité pour le tribunal de ne pas recevoir une

preuve obtenue en contravention des droits reconnus dans la Charte si leur utilisation serait "susceptible de déconsidérer l'administration de la justice".

Le juge Aylesworth de la Cour d'Appel d'Ontario déclarait dans l'affaire Wray c. La Reine:

(traduction) A notre avis, le juge de première instance a le pouvoir discrétionnaire d'écarter une preuve, même fort probante, s'il considère que la recevoir serait injuste ou inéquitable envers l'accusé ou de nature à discréditer l'administration de la justice⁹⁹.

Cette formule a fait école dans la jurisprudence ultérieure et dans les textes de loi¹⁰⁰.

Le juge Aylesworth énonce deux fondements possibles à la discrétion d'écarter une preuve, même fort probante.

Le premier, qui touche la preuve dont la réception serait injuste ou inéquitable envers l'accusé, est conforme à un courant jurisprudentiel anglais et australien directement issu d'un arrêt du Conseil privé, Kuruma c. La Reine¹⁰¹. C'est le propos de la deuxième partie de délimiter l'exercice de cette discrétion d'écarter une preuve dont la réception serait injuste ou inéquitable envers l'accusé.

Quant au second fondement proposé par le juge Aylesworth, la protection du crédit de la justice, il ne peut

être retracé à aucune jurisprudence antérieure 102. Le juge Aylesworth en utilisant la formule "discréditer l'image de la justice" pouvait ou non se référer à des considérations extrajudiciaires, comme le mode d'obtention de la preuve ou toute autre considération subjective. Il ne l'explique pas dans son jugement.

En appel à la Cour suprême, le juge Spence, dissident, reprenait cependant la formule et pour dissiper tout doute que cette discrétion judiciaire telle qu'énoncée par le juge Aylesworth débordait la seule intégrité judiciaire, il déclarait:

Je suis très nettement d'avis qu'il est du devoir de tout juge d'éviter de discréditer l'administration de la justice. C'est un devoir qui lui incombe constamment et qu'il doit toujours avoir présent à l'esprit. L'accomplissement de ce devoir est, aujourd'hui où le mépris de l'administration de la justice frise la sédition, de toute première importance pour la survie de l'Etat 103.

Puis après avoir qualifié de "supercherie, contrainte et promesses irrégulières" les pratiques utilisées par la police pour obtenir la preuve incriminante de l'intimé, il ajoutait:

Je suis d'avis que si le juge de première instance après avoir écarté comme irrecevable la déclaration de l'accusé, ainsi qu'il l'a fait à bon droit, avait néanmoins permis au ministère public de présenter toute la preuve du fait que l'accusé a accompagné les agents de police et leur a indiqué l'endroit où l'arme avait été jetée, conformément aux renseignements fournis dans la déclaration écartée, il aurait non seulement jeté du discrédit sur l'administration de la justice, mais il aurait manifesté un singulier mépris pour le principe de droit pénal anglais *nemo tenetur seipsum accusare* (...) 104.

On remarquera que le juge Spence est prêt à superposer à la discrétion jouant en faveur de l'accusé, qui encore une fois n'est pas nouvelle en Common Law, celle qui joue contre le ministère public. C'est là donner à cette discrétion une dimension extra-judiciaire qui est inconnue à la Common Law. Le juge Spence n'élabore pas cependant davantage sur le fondement d'une telle discrétion.

Le juge Spence ne dicte pas non plus les conditions d'ouverture à cette discrétion, ni ne fait référence à un "code" discrétionnaire. Finalement il ne tente pas de réconcilier les contradictions flagrantes qu'une telle discrétion, si elle avait été acceptée par ses collègues, risquait de susciter entre les fins de l'exercice judiciaire, la recherche de la vérité, et les fondements de la justice pénale qui promeut des valeurs plus générales.

Plus récemment, dans l'affaire Rothman c. La Reine, était de nouveau évoquée la question d'une discrétion inhérente du tribunal de ne pas recevoir une preuve dans le cas où la recevoir serait de nature à discréditer l'administration de la justice 105.

Rothman, accusé de trafic de drogue s'était refusé lors de son arrestation à toute déclaration à la police. Plus tard, en cellule, un policier, se faisant passer pour un co-détenu, entendait l'aveu de Rothman. La poursuite avait voulu présenter en preuve cet aveu, le juge d'instance statuait que le policier,

"personne en autorité", avait violé le droit de l'accusé, de ne pas s'auto-incriminer, que la déclaration avait été incorrectement obtenue et qu'en conséquence la preuve ne pouvait être reçue. La décision infirmée en appel, la majorité de la Cour suprême rejetait le pourvoi, décidant que la confession était volontaire, l'appelant ne croyant pas qu'il s'agissait d'une personne en autorité.

Cependant, les juges Estey et Lamer prirent prétexte des circonstances de l'affaire pour mettre en cause les règles traditionnelles de recevabilité des aveux exprimées pour la majorité par le juge Martland. Les règles de recevabilité en matière de déclarations incriminantes et le champ d'application du privilège contre l'auto-incrimination feront l'objet de développements ultérieurs propres.

Par ailleurs les juges Estey et Lamer lient les règles de recevabilité des déclarations incriminantes à une personne en autorité à la notion d'intégrité judiciaire. Gardant à l'esprit, pour simplifier, que les règles particulières de recevabilité des aveux à une personne en autorité découlent, en Common Law, de la crainte qu'ils soient faux, les juges Estey et Lamer vont beaucoup plus loin pour établir un fondement éthique à la discrétion judiciaire de ne pas recevoir ces déclarations incriminantes de l'accusé.

Pour le juge Estey:

La possibilité ou la probabilité de l'exactitude ou de la fausseté d'une déclaration n'est qu'un élément du mécanisme visant à établir le caractère volontaire de la déclaration dans tout le sens que la jurisprudence et la doctrine attribuent à cette expression ¹⁰⁶.

La véracité ne peut être le seul critère de recevabilité parce que les déclarations peuvent paraître assez véridiques pour assurer que le juge des faits s'y réfère, et être quand même écartées suivant les normes de la confession ¹⁰⁷.

(En conséquence) les règles relatives aux confessions ont un élément supplémentaire, soit la préoccupation du public pour l'intégrité du système de l'administration de la justice. ¹⁰⁸.

Nous verrons dans le chapitre sur les aveux que dans les cas où la poursuite veut introduire en preuve une déclaration incriminante faite à une personne en autorité, le "voir dire" porte sur l'aspect volontaire de cette déclaration, ce que résume ainsi le juge Martland dans l'affaire de Clercq c. La Reine:

(traduction) (...) il (est) reconnu en droit que la déclaration incriminante de l'accusé est irrecevable contre lui à moins qu'elle ait été faite volontairement, et (...) la preuve sur le voir dire porte sur cette question, et non sur la véracité de la déclaration (...) ¹⁰⁹.

Le juge Estey dit à ce propos:

Pourquoi (...) la loi adopte-t-elle la règle du "caractère volontaire" et non la règle de la "vérité"? Il n'y a pas de doute que les personnes qui s'intéressent à l'administration de la justice se méfient depuis toujours des confessions. Il est certain que la torture et d'autres formes de violence ont amené des confessions, et le refus de les recevoir était peut-être un des moyens adoptés pour éliminer ces pratiques (...). Il se peut que l'adoption et le maintien des règles de la confes-

sion sont, de part des tribunaux, une reconnaissance fermement établie du besoin d'appliquer, dans la conduite des procès criminels, des principes qui inspireront le respect et l'appui du public à l'égard du système de justice pénal. Il est certain que le système ne peut subsister sans cette acceptation et cet appui 110.

Le juge Estey conclut donc:

Ainsi, on peut dire que les confessions ne sont pas recevables lorsque le fait de les recevoir discréditerait l'administration de la justice ou, en d'autres mots, porterait atteinte à l'intérêt du public dans l'intégrité de la justice 111.

Le juge Estey débouche ainsi sur un motif d'exclusion de la preuve qui rejoint la discrétion inhérente à laquelle faisait allusion le juge Spencé dans l'affaire *La Reine c. Wray*.

Pour le juge Estey, la déclaration incriminante doit avoir été faite à une personne en autorité pour que s'applique le principe:

Parce que le principe adopté en vue de protéger l'intégrité de l'administration de la justice s'appuie sur la conception que les personnes ayant autorité, étant les instruments de l'Etat, doivent observer certaines règles de base (...). Il est en outre nécessaire d'adopter ces règles de base pour la raison (...) que les préceptes éthiques sont un élément primordial d'un système de justice qui veut s'attirer le respect et l'appui de la collectivité qu'il sert (...) 112.

Pour le juge Estey, et le juge en chef qui souscrit aux notes de ce dernier, le tribunal doit veiller au respect de règles de conduite minimales de la part des instruments de

l'Etat. A défaut du respect de ces règles de conduite minimale, le juge peut ne pas recevoir une déclaration incriminante faite à une personne en autorité qui viole le privilège de l'accusé à ne pas s'auto-incriminer. De recevoir de telles preuves serait de nature à discréditer l'administration de la justice.

Le fondement de cette discrétion est à rapprocher de celui qui permet aux tribunaux anglais d'arriver à un résultat similaire pour les preuves obtenues irrégulièrement de la personne de l'accusé. C'est par une extension extra-judiciaire du privilège contre l'auto-incrimination que les tribunaux anglais reconnaissent la discrétion judiciaire d'écarter une preuve dont la réception "serait inéquitable pour l'accusé" 113.

Le juge Lamer reconnaît quant à lui le pouvoir discrétionnaire du tribunal de ne pas recevoir une déclaration faite à une personne en autorité:

Je suis aussi d'avis que le juge du procès devrait avoir le pouvoir, qu'il l'ait eu ou non jusqu'à présent, d'exclure, dans certaines circonstances, des déclarations pour des motifs (...) qui n'ont vraiment pas de rapport avec leur fiabilité et ce, même si ces déclarations peuvent être d'une grande valeur probante 114.

Pour lui cependant, cette discrétion ne se fonde pas sur une extension du privilège de l'accusé contre l'auto-incrimination. Le juge doit plutôt examiner les circonstances dans lesquelles la preuve a été obtenue, et s'assurer que ces circonstances ne sont pas telles que la réception de la preuve ainsi obtenue serait

susceptible de discréditer l'administration de la justice.

Si la règle s'appuyait sur une extension du privilège contre l'auto-incrimination, toute action des policiers susceptible de violer le caractère objectivement volontaire de l'aveu entraînerait le rejet de la preuve. Par contre si c'est le choix de l'accusé de ne rien dire qui a été violé, cette violation devient un des éléments que le tribunal doit considérer pour s'assurer que les méthodes utilisées pour obtenir cette preuve ne sont pas telles qu'elles puissent jeter du discrédit sur l'administration de la justice 115.

Quant au fondement de cette discrétion, le juge Lamer l'énonce dans ces termes:

Amener un suspect qui est coupable à admettre sa culpabilité dans une déclaration n'est pas en soi une conduite incorrecte. Ce geste ne doit être réprimé que s'il est fait d'une façon qui enfreint nos valeurs fondamentales, c'est-à-dire d'une façon qui soit contraire aux règles de droit que nous avons établies en vue de les protéger et de les faire progresser. Notre système de justice pénale a attribué deux responsabilités aux tribunaux: la protection de l'innocent contre une condamnation, et la protection du système lui-même en s'assurant que la répression du crime par la condamnation du coupable se fait d'une façon qui reflète nos valeurs fondamentales en tant que société. (...) La préoccupation à l'égard de la respectabilité du processus judiciaire a abouti aux trois corollaires suivants:... l'exclusion des déclarations dont l'admission en preuve ferait, à cause de la conduite des autorités, plus de tort à la réputation du système que n'en ferait l'acquittement d'un accusé coupable 116.

Pour les juges Spence, Estey, Laskin et Lamer, et,

d'autres qui ponctuellement ont suivi cette voie, le tribunal doit veiller à ce que le processus judiciaire ne s'associe pas à des actes extra-judiciaires susceptibles de discréditer l'administration de la justice. La sanction sera alors la non-recevabilité de la preuve ainsi obtenue 117.

Les preuves obtenues de l'accusé en violation de ses droits seront les plus susceptibles de justifier le tribunal de les écarter.

Quant aux motifs, ils sont de deux ordres. Pour les juge Estey et Laskin, c'est par l'extension à tous les paliers de l'administration de la justice du privilège contre l'auto-incrimination que le tribunal sera justifié de ne pas recevoir des preuves obtenues irrégulièrement. C'est aussi le cheminement qu'ont adopté les tribunaux anglais.

Pour les juges Spence et Lamer, c'est par une discrétion subjective, qui procède d'un fondement éthique, de ne pas recevoir une preuve susceptible de discréditer l'administration de la justice que le tribunal jouera son rôle de gardien de l'intégrité du système.

L'état actuel du droit canadien ne reconnaît ni l'un ni l'autre de ces fondements. Dans la même affaire Rothman c. La Reine, le juge Martland pour la majorité dit de la discrétion exercée par le juge d'instance en ne recevant pas l'aveu:

A mon avis, le juge du procès ne pouvait fonder son refus de recevoir en preuve la confession sur sa seule désapprobation de la méthode par laquelle elle avait été obtenue. La question en litige était de savoir si la confession était volontaire
118

L'intérêt de la question réside toutefois dans l'évolution récente du droit que constituent les nouveaux recours que donne aux victimes d'abus de la part des agents de l'Etat l'article 24 de la Charte canadienne des Droits et Libertés. L'article 24(2) en particulier permet au juge d'écarter une preuve dont l'utilisation est susceptible de déconsidérer l'administration de la justice.

c) Le recours constitutionnel

24(2) Lorsque, dans une instance visée au paragraphe (1), le tribunal a conclu que des éléments de preuve ont été obtenus dans des conditions qui portent atteinte aux droits ou libertés garantis par la présente Charte, ces éléments de preuve sont écartés s'il est établi, eu égard aux circonstances, que leur utilisation est susceptible de déconsidérer l'administration de la justice 119.

La difficulté de l'approche discrétionnaire permettant au juge d'écarter une preuve susceptible de discréditer l'administration de la justice tient à deux facteurs. Il faut d'abord que le tribunal puisse objectivement relier l'irrégularité à un droit, une valeur, une liberté ou une prohibition essentiels au maintien du consensus social.

Ensuite, le tribunal doit établir le seuil de tolérance

qui, pour les faits en cause, l'incite à penser que de recevoir cette preuve entachée d'une irrégularité serait susceptible de discréditer l'administration de la justice. C'est là une opération subjective qui exige de la part du juge l'évaluation de différents critères.

Aucun des deux textes pertinents n'énonce de critères permettant au juge de délimiter l'exercice de la discrétion. Ni l'article 178.16(2) du Code criminel, ni l'article 24(2) de la Charte ne définissent l'expression "déconsidérer l'administration de la justice" 119a.

La Cour suprême ne s'est pas penchée sur l'article 24 (2) et la jurisprudence pertinente à l'interprétation de l'article 178.16(2) est surtout incidente comme nous le verrons au chapitre de la seconde partie.

Il faut donc spéculer à l'heure actuelle, sur ce que pourrait et devrait être le champs d'exercice de la discrétion judiciaire d'écarter une preuve susceptible de discréditer l'administration de la justice.

Dans un texte récent, le professeur Dale Gibson fait l'analyse du texte et du contexte de l'article 24(2) de la Charte. Quant à nous, nous faisons de même, au chapitre deuxième pour l'article 178.16(2) du Code criminel.

Pour le professeur Gibson, l'article 24(2) de la Charte accepte la distinction énoncée par le juge Laskin dans l'affaire Hogan à l'effet que les seules irrégularités commises qui constituent des violations de droits reconnus constitutionnellement, i.e. dans la Charte elle-même, sont susceptibles d'ouvrir accès à la non réception de cette preuve. C'est un critère objectif qui exclue de l'application de la règle discrétionnaire les irrégularités commises en dehors du champs d'application de la Charte.

Le professeur Gibson donne l'exemple suivant de cas où l'article 24(2) serait inopérant:

Il semble donc que certaines tactiques contestables utilisées dans des enquêtes policières ne seraient pas soumises à la garantie en matière de preuve de la Charte. Supposons que les policiers arrivent à extorquer un aveu d'un accusé en lui annonçant que sa vieille mère est à l'article de la mort et en lui montrant une lettre contrefaite qu'on prétend d'elle et qui l'exhorte, comme volonté dernière, à passer aux aveux. Bien qu'on pourrait qualifier la conduite des policiers de criminelle et de susceptible de déconsidérer l'administration de la justice, l'aveu serait sans doute recevable parce que son obtention n'aurait violé aucun des droits garantis par la Charte 120.

Une fois identifié un droit enchâssé qui donne accès à la discrétion judiciaire d'écarter une preuve irrégulièrement obtenue, il faut déterminer le contenu juridique de la notion "dis-créditer l'administration de la justice".

Quant au sens des mots, le professeur Gibson suggère qu'il serait opportun pour les tribunaux de leur donner une in-

interprétation généreuse 121.

En particulier, le texte anglais pourrait exiger de la victime qu'elle prouve que la réception de la preuve discréditerait l'administration de la justice... "the admission of it in the proceedings would bring the administration of justice into disrepute". Puisque le texte français utilise l'expression plus généreuse "serait susceptible de déconsidérer...", le texte anglais devrait donner au mot "would", le sens de "could", plus proche de la version française.

En second lieu, l'irrégularité doit-elle être tellement grave que c'est tout le système pénal qui s'en trouverait discrédité? Le professeur Gibson favorise quant à lui l'approche exprimée par le juge Lamer dans l'affaire Rothman c. La Reine:

Cette conduite doit être si indigne que la magistrature qui administre la justice criminelle soit justifiée de croire que, à moins de se dissocier de cette conduite en rejetant la déclaration, sa réputation et, par conséquent, celle de tout le système judiciaire, sera ternie 122.

Finalement quant aux critères à être considérés par le juge afin de déterminer si tel acte ou irrégularité est susceptible de déconsidérer l'administration de la justice, l'alinéa réfère simplement "aux circonstances" de l'affaire.

Le professeur Gibson passe en revue les critères suggérés par la doctrine. Mais en dernière analyse ce sera aux tribu-

naux d'élaborer avec le temps un "code" discrétionnaire qui puisse guider les juges dans l'exercice de la discrétion d'écartier, le cas échéant, une preuve irrégulièrement obtenue.

Soulignons cependant que l'article 24(2) n'endosse pas la règle d'exclusion américaine. C'est un moyen terme entre le modèle de Common Law qui favorise la recevabilité et le choix des tribunaux américains de prioriser la protection des droits constitutionnellement reconnus.

Finalement, le recours de l'article 24(2) est probablement, dans la mesure où les tribunaux l'interpréteront libéralement, la soupape nécessaire à une règle de recevabilité trop stricte qui ne permet pas de sanctionner les abus flagrants et inacceptables en tout état de cause.

B- La recevabilité des preuves obtenues de la personne de l'accusé

Malgré le caractère apparemment inflexible de la règle qui dicte la recevabilité de la preuve pertinente, la Common Law a élaboré un régime particulier de recevabilité des déclarations incriminantes faites par l'accusé à une personne en autorité. Les règles de recevabilité des aveux constituent elles-mêmes une exception au oui-dire.

En quoi ces règles particulières qui régissent la rece-

vabilité des aveux sont-elles pertinentes à notre propos? Soulignons que la Common Law ne décrète pas la non recevabilité en preuve des aveux extra-judiciaires faits par l'accusé à une personne en autorité. C'est l'aveu irrégulièrement obtenu qui souffre d'un vice de fond qui le rend irrecevable en preuve.

De même le privilège contre l'auto-incrimination et le privilège dont jouit l'accusé de ne pas témoigner à son procès constituent deux garanties procédurales qui peuvent, selon l'extension que leur donnent les tribunaux, avoir une incidence sur la réception de la preuve irrégulièrement obtenue. C'est du moins ce qui semble ressortir des notes dissidentes de certains juges canadiens et d'une jurisprudence récente en Angleterre 122a.

Une discussion du problème de la recevabilité à l'instance de la preuve irrégulièrement obtenue ne saurait être complète sans une analyse des incidences sur la recevabilité des méthodes d'obtention des preuves obtenues irrégulièrement de la personne de l'accusé.

Les règles de recevabilité des aveux constituent en elles-mêmes une exception à la recevabilité des preuves pertinentes. Elles se démarquent des spéculations judiciaires sur la portée exacte du "droit de l'accusé au silence". Nous traiterons donc séparément les deux questions.

Dans les deux cas, il y aura lieu de faire ressortir les caractéristiques propres aux règles de recevabilité pertinentes, et ainsi souligner les contradictions éventuelles qui s'en dégageront. A partir de ces ambiguïtés ou contradictions nous ferons état des notes dissidentes de certains juges qui ont eu à se pencher, dans le contexte de la recevabilité des aveux et de l'extension extra-judiciaire du privilège contre l'auto-incrimination, sur une possible discrétion judiciaire d'écarter la preuve obtenue irrégulièrement de la personne de l'accusé. Certaines redites seront inévitables avec le traitement accordé précédemment à la notion d'intégrité de la Justice.

1- Les aveux

a) Les règles de recevabilité des aveux

La Common Law qui d'une part ne reconnaît pas le mode d'obtention d'une preuve comme motif d'exclusion de celle-ci à l'instance, stipule d'autre part que pour décider de la recevabilité d'un aveu extra-judiciaire fait par l'accusé à une personne en autorité, le tribunal devra se pencher sur la méthode utilisée par les autorités pour obtenir cet aveu.

Wigmore classe en deux catégories les exceptions à la règle de recevabilité de la preuve pertinente. Ces exceptions dépendent de considérations intrinsèques ou extrinsèques au procès 122b.

Puisque le tribunal est invité à se pencher sur le mode d'obtention d'un aveu pour décider de sa recevabilité et qu'en tout état de cause l'aveu irrégulièrement obtenu de personnes en autorité n'est pas recevable en preuve, on peut penser que cette exception à la règle générale est fonction de considérations extrinsèques au procès. Si tel est le cas, il faut rattacher à l'un des trois modèles de recevabilité cette exception à la recevabilité de la preuve pertinente. En particulier, il convient de délimiter la discrétion éventuelle du juge d'écarter un aveu extra-judiciaire fait par l'accusé à une personne en autorité du fait qu'il réproouve la méthode utilisée pour l'obtenir.

Dans Phipson on Evidence on dit ceci de la règle:

(traduction) Nous retrouvons l'énoncé classique du principe applicable à la recevabilité des confessions dans l'avis qu'a formulé Lord Sumner dans l'arrêt Ibrahim c. R. (1914. A.C. 599, 609). C'est une règle formelle du droit criminel anglais depuis longtemps établie qu'aucune déclaration d'un accusé n'est recevable contre lui à titre de preuve à moins que l'accusation ne prouve qu'il s'agit d'une déclaration volontaire, c'est-à-dire qui n'a pas été obtenue par crainte d'un préjudice ou dans l'espoir d'un avantage dispensés ou promis par une personne ayant autorité 123.

Quant à déterminer s'il s'agit d'une règle qui procède de considérations intrinsèques ou extrinsèques au procès, Lord Sumner poursuit en ces termes dans l'affaire Ibrahim:

(traduction) Il faut souligner que logiquement, ces objections s'attachent toutes à la force probante et non à la recevabilité de la preuve. Ce que dit une personne, relativement à l'objet d'un

litigé dont elle a une certaine connaissance, est pertinent à ce litige et peut lui être opposé. Qu'elle ait fait une déclaration sous l'influence de l'espoir, de la crainte, d'un intérêt ou dans toute autre circonstance n'a d'effet que sur la force probante de cette déclaration 124.

L'exception procédera effectivement de considérations intrinsèques au procès si elle n'a pour seule justification que le danger de recevoir une déclaration incriminante irrégulièrement obtenue. Une telle déclaration risque alors d'être fautive sans que le juge puisse judiciairement en vérifier la véracité puisque l'accusé ne peut être contraint à témoigner.

C'est ce qu'il faut comprendre de l'extrait suivant de l'arrêt *Rex c. Warickshall*:

(traduction) Une confession qu'on obtient en faisant miroiter l'espoir ou en inspirant la crainte est tellement suspecte, lorsqu'il faut établir si elle constitue une preuve de culpabilité, qu'on ne peut lui accorder aucune valeur 125.

Dans ces conditions on est peut-être justifié de s'interroger sur l'utilité d'une règle d'exclusion des aveux irrégulièrement obtenus qui dédouble la discrétion inhérente de tout juge de ne pas recevoir une preuve pertinente à valeur probante douteuse. La règle n'aurait-elle alors pour toute justification son origine historique que Lord Diplock rappelle dans *R. c. Sang*:

(traduction) Son origine remonte à l'époque antérieure à l'existence d'un corps policier structuré, lorsqu'un prisonnier accusé d'un acte criminel ne pouvait être représenté par un avocat et

n'avait pas le droit de témoigner en sa faveur ni de nier avoir fait une confession qui était généralement verbale, ou d'en nier le contenu (...). (...) Le rôle du juge du procès allait, jusqu'à l'imposition de sanctions dans le cas de conduite répréhensible de la part de la poursuite, avant le début du procès, pour avoir amené, au moyen de menaces, de faveurs ou d'artifices, l'accusé à fournir des preuves contre lui-même (...) 126.

Il faut d'ailleurs souligner que le Comité judiciaire du Conseil privé aboutit dans R. c. Sang à un fondement de la règle d'exclusion des aveux qui se démarque de celui qu'entérinent les cours canadiennes.

(traduction) La raison d'être sous-jacente de cette partie du droit pénal, même si elle peut à l'origine avoir eu pour fondement de s'assurer de la véracité des confessions, peut maintenant, à mon avis, se trouver, dans la maxime *nemo debet prodere seipsum* (...). C'est pourquoi il n'y a aucun pouvoir discrétionnaire pour exclure une preuve obtenue à la suite d'une perquisition illégale mais il existe un pouvoir discrétionnaire permettant d'exclure une preuve que l'accusé a été amené à fournir volontairement si le moyen par lequel elle a été obtenue n'était pas loyal 127.

Reste qu'une majorité de juges canadiens reconnaissent comme raison sous-jacente de la règle d'exclusion des aveux irrégulièrement obtenus le danger que telles déclarations soient fausses 128.

Une fois établi le fondement de la règle, la portée exacte de celle-ci est fonction de l'interprétation des tribunaux canadiens de la formulation de Lord Sumner. Une interprétation stricte de la règle d'exclusion fera dépendre le caractère involontaire de l'aveu des seuls cas énumérés dans l'arrêt Ibrahim, à

savoir lorsqu'il y a "crainte d'un préjudice" et "espoir d'un avantage", et alors seulement lorsque la "crainte" ou "l'espoir" ont été "dispensés au promis par une personne en autorité".

Une interprétation plus généreuse verra dans les expressions utilisées par Lord Sumner des exemples de circonstances qui peuvent rendre une déclaration involontaire.

Un élément essentiel de la règle d'exclusion tient à ce que les aveux aient été faits à une "personne en autorité".

Si l'on favorise une extension du caractère volontaire à l'ensemble des circonstances où l'accusé est incité à faire une déclaration incriminante à une personne en autorité, la qualité objective de cette dernière suffira à faire jouer les règles particulières de recevabilité des aveux.

Dans l'affaire Rothman c. La Reine, l'accusé avait, lors de son arrestation, refusé de faire une déclaration aux policiers. Placé en détention, son voisin de cellule, prétendant être un camionneur, entendait les aveux de l'accusé. En fait il s'agissait d'un policier. Le juge Estey, dissident faisait à ce propos les commentaires suivants:

Lorsque la cour se trouve en présence d'une déclaration que l'accusé en l'espèce a faite hors de cour, elle doit d'abord décider si sa première déclaration, soit son refus de parler à la police, a été faite à une personne en autorité. Le geste de l'accusé constitue une étape objective et ne dépend donc pas de la compréhension du seul accu-

sé, mais du fait réel de l'identité de la personne qui entend la déclaration. Si la personne qui entend la déclaration est une personne ayant autorité au sens que la loi a donné à cette expression, l'étape suivante est d'établir suivant toutes les circonstances qui ont suivi, si la déclaration faite en dernier lieu (...) est volontaire dans le plein sens du terme. Les éléments dont il faut tenir compte dans l'établissement du caractère volontaire de cette déclaration comprennent toutes les circonstances qui appuient l'exigence primordiale que la recevabilité de la déclaration ne rende pas l'administration de la justice pénale inacceptable aux yeux de la collectivité

L'étape qui consiste à déterminer qui est ou n'est pas une personne en autorité constitue un critère objectif qui permet d'englober dans la règle d'exclusion les trucs, stratagèmes et autres techniques d'enquête qui permettent aux autorités d'obtenir des aveux lorsque l'accusé ne sait pas qu'il fait une déclaration incriminante à une personne en autorité.

Pour le juge Estey les tactiques policières sont susceptibles d'influer sur le caractère volontaire de la déclaration indépendamment de la reconnaissance subjective par l'accusé de la qualité de la personne en autorité à qui il fait cette déclaration.

Il faut souligner que le juge Estey préconise une extension extra-judiciaire du privilège contre l'auto-incrimination. C'est ce qui lui permet de conclure, dans le contexte de l'affaire, ayant au préalable reconnu que son choix du critère objectif est une décision de principe:

La déclaration finalement obtenue et présentée en cour a été le résultat de la supercherie et des mensonges de la part de personnes ayant autorité, employées en vue de renverser la décision que l'appelant a exprimée de garder le silence. Ce renversement volontaire, par la police, du droit formel de refuser de faire une déclaration ternit l'image de la justice. Par conséquent, une déclaration faite dans ces conditions ne peut surmonter l'obstacle de la règle d'exclusion ¹³⁰.

Le courant jurisprudentiel dominant préfère plutôt s'en remettre à l'appréhension subjective par l'accusé du caractère de la personne en situation d'autorité.

Le juge Kaufman résume ainsi le sens de l'appréhension subjective:

(traduction) (...) au moment où il a fait sa déclaration, l'accusé a-t-il réellement cru que la personne à qui il s'adressait détenait un certain pouvoir sur lui? En d'autres mots, l'accusé croyait-il que la personne à qui il faisait une confession (...) pouvait soit tenir sa promesse, soit donner suite à ses menaces? Dans l'affirmative, cette personne doit être considérée comme une personne ayant autorité; dans la négative, il n'est pas nécessaire d'appliquer les règles relatives aux personnes ayant autorité même si la personne était, d'un point de vue purement objectif, une personne ayant autorité ¹³¹.

C'est seulement lorsque l'accusé sait qu'il s'adresse à une personne en autorité qu'il est sujet aux menaces, contraintes et promesses qui rendent la déclaration involontaire. Le critère objectif préconisé par le juge Estey fait abstraction des conditions énumérées dans l'arrêt Ibrahim en introduisant la notion d'intégrité judiciaire qui n'a pas d'application dans l'exception classique.

En effet, le critère objectif oblige le tribunal à porter un jugement de valeur sur le bien fondé, dans chaque cas, des tactiques utilisées par les policiers pour obtenir une déclaration incriminante. Or le juge Martland réitère dans la même affaire, pour la majorité, qu'une déclaration ne peut être exclue pour la seule raison qu'elle ait été incitée par tromperie 132.

Ce qui nous amène à nous pencher sur le deuxième élément de la règle d'exclusion des aveux extra-judiciaires obtenus irrégulièrement de l'accusé, le caractère volontaire de la déclaration:

La recevabilité des aveux extra-judiciaires s'exprime généralement sous la forme négative: aucune déclaration incriminante de l'accusé faite à une personne ayant autorité n'est recevable en preuve à moins qu'elle n'ait été volontairement faite 133.

Dans *Ward c. La Reine*, le juge Spence dit du caractère volontaire:

C'est le doute que les circonstances où elle est faite font naître sur la véracité de la déclaration qui donne lieu à la règle. La déclaration doit être celle d'une personne dont la volonté est libre de contraintes ou d'incitations de l'autorité et ce que l'on recherche c'est l'assurance que tel est bien le cas. La question fondamentale et décisive est donc celle-ci: la déclaration a-t-elle été faite librement et volontairement? 134.

C'est ce qui explique que le "voir dire" ne porte pas sur la véracité de la déclaration mais sur le caractère volontaire de

celle-ci. Seules les conditions énumérées dans l'arrêt Ibrahim rendent-elles une déclaration non volontaire ou d'autres considérations sont-elles pertinentes à la détermination de la fiabilité, permettant ainsi d'élargir le champs d'application de la règle d'exclusion?

Pour le juge Estey toute déclaration faite à une personne en autorité, que l'accusé ait su ou non qu'il s'adressait à une personne en autorité, peut selon les circonstances être "non volontaire".

Une conception plus ou moins exhaustive des actes susceptibles d'affecter l'aspect volontaire de la déclaration peut déboucher sur une extension possible de la règle d'exclusion.

Dans l'arrêt Horwath le juge Spence souligne à ce propos:

Bien que plusieurs tribunaux l'aient fait, je ne déduis pas de l'arrêt Ibrahim que le sens propre du mot "volontaire" doit être limité aux cas où il y a espoir d'un avantage ou crainte d'un préjudice
135

Dans R. c. Fitton, le juge Pickup de la Cour d'Appel d'Ontario refusait de même de se confiner au mot à mot de l'arrêt Ibrahim et disait de la déclaration qu'elle devrait être faite "librement et volontairement" 136.

Même si dans un autre arrêt, Boudreau c. Le Roi 137 on

utilise l'expression "dont la volonté est libre de contraintes ou d'incitations de l'autorité", le juge Rand interprète ces mots au sens de "libre de contraintes ou de la crainte d'un préjudice, et de l'espoir d'un avantage possible. Il poursuit en ces termes:

La crainte ou l'espoir peuvent être provoqués, occasionnés ou suscités, toutes ces expressions s'appliquant à l'esprit du confesseur qui a incité ou obtenu l'aveu ¹³⁸.

Dans *Rothman c. La Reine*, le juge Martland accepte pour la majorité cette acception exhaustive des conditions énumérées dans l'arrêt *Ibrahim*, susceptibles d'affecter le caractère volontaire de la déclaration. ¹³⁹.

Il faut cependant souligner que le juge Martland accepte les conclusions de la Cour suprême dans les arrêts *Horwath* et *Ward* ¹⁴⁰ où, malgré l'absence des conditions spécifiées par Lord Sumner, les déclarations incriminantes n'ont pas été reçues en l'espèce à cause d'un doute quant à savoir si elles étaient le fait "d'un esprit conscient".

Le juge Martland reformule ainsi la règle d'exclusion dans l'arrêt *Rothman*:

(...) pour décider de la recevabilité d'une confession faite à une personne ayant autorité, la Cour ne doit pas s'interroger directement sur l'exactitude ou la véracité de la déclaration faite par l'accusé, (...) elle doit plutôt chercher à savoir si la déclaration a été faite librement et volontairement, suivant les règles et si l'on reconnaît dans cette confession les propos d'un esprit conscient ¹⁴¹.

Même si le juge Martland exprime sans doute l'état actuel du droit en matière de recevabilité des aveux, il faut faire allusion au critère de la "fiabilité" que développe dans le même arrêt le juge Lamer.

Le critère de la "fiabilité" découle de l'interprétation que fait le juge Lamer de l'arrêt *Alward et Mooney c. La Reine*: 142

Dans (cet) arrêt, cette Cour semble avoir reconnu que le critère du caractère "volontaire" ne devait pas être interprété restrictivement, n'était pas exhaustif et que la preuve d'une conduite, de la part des autorités, qui soulève un doute quant à savoir si l'accusé a été incité à faire une déclaration qui puisse ne pas être digne de foi suffira à la faire exclure, peu importe que l'acte des autorités soit ou non susceptible d'inspirer à l'accusé "la crainte d'un préjudice" ou de créer "l'espoir d'un avantage" 143.

Cependant, de même que pour l'expression "personne en autorité", la jurisprudence a préféré l'interprétation restrictive du caractère volontaire de la déclaration incriminante 143a.

Il ressort de ce qui précède que le juge au procès n'est pas libre de refuser une déclaration incriminante strictement à cause de son mode d'obtention irrégulier. Pour que la déclaration incriminante ne soit pas recevable, il faut que son mode d'obtention la rende "non volontaire" au sens restrictif que lui a donné la jurisprudence. Elle ne sera pas digne de foi parce qu'elle ne sera pas volontaire. La conduite des autorités n'est pertinente qu'à la seule détermination du caractère volontaire et non de la fiabilité comme telle de la déclaration incriminante.

minante.

• Ce modèle soulève quelques questions.

Puisque la principale sinon la seule raison d'être de la règle d'exclusion est le danger qu'un aveu non volontaire soit faux, et que le tribunal ne dispose pas de moyen pour vérifier l'authenticité de cette déclaration incriminante faite hors-cour, pourquoi ne pas recevoir un aveu non volontaire confirmé sous serment par l'accusé si celui-ci accepte de témoigner.

Dans l'arrêt *La Reine c. Wray*, le juge en chef Cartwright dit à ce propos:

La prépondérance de la jurisprudence indique que la raison d'être de la règle qu'une confession forcée ne doit pas être reçue est le risque présumé qu'elle soit fautive. Si c'est là la seule raison d'être de la règle, il est logique que la partie d'une confession forcée qui est vérifiée par une preuve découverte subséquemment soit reçue; mais on peut se demander pourquoi il faut écarter une déclaration forcée dont l'accusé admet sous serment la vérité?

Peut-être faut-il se résigner à une explication qui repose sur le fondement historique de la règle d'exclusion des confessions forcées. Il reste que le droit se trouve ici en face d'une contradiction.

Le deuxième problème touche la déclaration digne de foi mais dont le mode d'obtention suscite des doutes quant à son ca-

ractère volontaire. A la lumière des arrêts Horwath et Ward, le juge Martland reconnaît la notion "d'esprit conscient" qui couvre les cas d'hypnose, d'automatismes et de pressions psychologiques. C'est là une extension des critères établis dans l'arrêt Ibrahim. On peut peut-être se demander au nom de quels principes juridiques les juges de la Cour suprême ont pu élaborer cette notion "d'esprit conscient" 145.

La dernière difficulté, qui n'est pas la moindre, est d'avoir limité les règles particulières de recevabilité aux seules déclarations incriminantes faites à une personne ayant autorité. Puisque c'est le danger qu'elles soient fausses qui justifie le droit de ne pas les recevoir, en quoi les déclarations forcées faites à une personne n'ayant pas autorité sont-elles plus dignes de foi que celles faites à une personne en autorité? 146

Soit, le juge Estey qui préconise une interprétation libérale des règles d'exclusion des aveux "involontaires" au nom d'une extension extra-judiciaire du privilège contre l'auto-incrimination peut justifier d'en limiter la portée aux seules déclarations faites à une personne en autorité 147.

En effet, il y va de la préoccupation du public pour l'intégrité du système de l'administration de la justice que les personnes en autorité n'utilisent pas des techniques d'enquête rebutantes.

Mais, pour la théorie classique, la justification d'une règle d'exclusion des déclarations incriminantes involontairement faites à une personne en autorité est le danger qu'elles soient fausses. Faut-il en déduire que de telles déclarations faites sous la menace à des personnes non en autorité sont plus dignes de foi ou que leur valeur probante est supérieure? Et pourquoi développer une règle d'exclusion qui ne laisse aucune discrétion au juge d'apprécier selon les circonstances la valeur probante d'une déclaration forcée si la fiabilité est le principal fondement de la règle?

Finalement, il nous faut nous interroger sur l'utilité d'une règle d'exclusion fondée sur la fiabilité qui dédouble la discrétion inhérente du juge des faits de ne pas recevoir une preuve pertinente de la valeur probante douteuse.

b) La preuve matérielle découlant d'un aveu

Dans l'arrêt Wray, la Cour suprême confirmait les conclusions de l'arrêt St. Lawrence à l'effet que lorsqu'un aveu, par ailleurs non recevable en vertu de la règle d'exclusion, permet de débusquer une preuve matérielle, cette dernière et la partie de la déclaration qu'elle confirme sont recevables en preuve 148. C'est là un corollaire logique à la règle d'exclusion telle que la conçoit la Common Law dans son acception canadienne.

En effet, si la règle a pour fondement le danger de recevoir une preuve qui, de par son mode d'obtention, risque d'être fautive sans qu'on puisse judiciairement en vérifier l'exactitude, il est normal que la partie d'une déclaration par ailleurs non recevable qui se trouve confirmée par une preuve matérielle soit recevable puisque la raison d'être de la règle d'exclusion disparaît 149.

Ce résultat, compréhensible en soi, nous confronte cependant à nouveau avec cette contradiction qu'une déclaration incriminante non recevable ne peut être "confirmée" par une déclaration assermentée faite volontairement par l'accusé à son procès. Il y a là un paradoxe qui tient peut-être à l'ambiguïté de la règle d'exclusion dont la justification historique va plus loin qu'une simple garantie procédurale contre la recevabilité de preuves à valeur probante douteuse.

L'importance de la preuve dérivée n'est pas négligeable dans la mesure où l'article 24(2) de la Charte canadienne des Droits et Libertés permet au juge des faits de ne pas recevoir une preuve dans certains cas où la méthode d'obtention de cette preuve est douteuse 150. Ce recours s'étend-il à la preuve dérivée? Bien que le texte de l'alinéa ne soit pas explicite à ce sujet, et eu égard à l'état actuel du droit en matière de recevabilité des preuves obtenues irrégulièrement de l'accusé, il faut l'espérer 151.

Dans l'arrêt *Wray*, l'accusé avait déclaré à l'occasion

d'un aveu obtenu "par trucs, incitations et contraintes", et jugé pour ces motifs involontaire et non recevable, que l'arme utilisée pour le meurtre avait été cachée dans un marais. Ayant accompagné les policiers sur les lieux, il indiquait l'endroit et on découvrait effectivement la carabine utilisée pour commettre le meurtre. La Cour décidait d'admettre en preuve le fait que l'accusé avait accompagné les policiers pour leur indiquer le lieu exact où était cachée l'arme, et la partie de la déclaration où il indiquait le lieu en question. Était cependant jugée non recevable, la preuve qu'il ait indiquée dans cette déclaration avoir lui-même jeté l'arme dans le marais puisque la preuve de ce fait n'était pas confirmée par la découverte de l'arme.

La question qui se pose immédiatement est la suivante: la Cour aurait-elle reçue cette preuve si elle avait été obtenue par la torture, les drogues ou autres méthodes rebutantes d'enquête.

Dans l'état actuel du droit il faut répondre oui, sous réserve de l'application de l'article 24(2) de la Charte des Droits et Libertés à la preuve dérivée 152.

En conclusion, la règle d'exclusion issue de la Common Law ne permet pas de sanctionner par la non-recevabilité la déclaration incriminante pour des considérations qui tiennent essentiellement au mode d'obtention de l'aveu. Seul l'aspect volontaire ou non de cet aveu fait à une personne ayant autorité

est susceptible de faire jouer la règle d'exclusion.

Cette règle opère donc en fonction de considérations intrinsèques au procès, - la valeur probante - et ne reconnaît pas de discrétion judiciaire d'exclure une preuve pour des motifs extra-judiciaires.

La règle peut paraître redondante à la lumière de la discrétion inhérente d'écarter une preuve pertinente à valeur probante douteuse. La règle secondaire qui stipule la non-recevabilité d'une déclaration incriminante antérieure non volontaire, indépendamment de la confirmation judiciaire par l'accusé de son exactitude contredit le fondement de la règle d'exclusion. Cette contradiction débouche sur une ambiguïté quant à l'exclusivité de la valeur probante comme seul critère permettant d'exclure un aveu irrégulièrement obtenu.

c) Autres solutions

D'autres éléments possibles de la règle d'exclusion ont été analysés dans les notes de juges dissidents, ce qu'il convient d'examiner.

1) La discrétion judiciaire fondée sur l'équité

Dans l'affaire Wray, la Cour suprême devait décider si le juge des faits peut, indépendamment de la règle d'exclusion

des aveux non volontaires, écarter une preuve dont l'admission serait susceptible de discréditer l'image de la justice.

Le juge en chef Cartwright ne discute pas le bien fondé de la règle de recevabilité, issue de l'arrêt *St. Lawrence*, des preuves matérielles obtenues suite à un aveu involontaire et non recevable. Cependant il reconnaît une extension extra-judiciaire des normes d'équité envers l'accusé qui gouvernent le procès criminel, anticipant ainsi le fondement discrétionnaire reconnu par le Comité judiciaire de la Chambre des Lords dans l'arrêt *R. c. Sang* dix ans plus tard¹⁵³.

Une fois l'aveu jugé irrecevable, le tribunal confronté à une découverte subséquente d'une preuve matérielle qui en découle doit recevoir la partie de l'aveu ainsi confirmé. Le juge Cartwright s'interroge sur l'existence d'un pouvoir discrétionnaire du juge des faits d'écarter cette preuve recevable en droit si de la recevoir discréditerait, aux yeux des gens raisonnables l'administration de la justice. Une telle discrétion reconnaît le conflit des valeurs que le juge doit résoudre:

(...) j'en suis venu à la conclusion (...) que le juge de première instance possède le pouvoir discrétionnaire d'écarter (...) la preuve que l'accusé a été impliqué dans le repérage de l'arme ayant servi au meurtre (...) parce que la façon dont l'accusé a été amené à révéler l'endroit où était l'arme est aussi répréhensible que celle dont on l'a amené à faire la confession, le savant juge de première instance pouvait décider que recevoir la preuve de ce fait aurait été si injuste et inéquitable envers l'accusé, et tellement de nature à discréditer l'administration de la justice qu'il était justifié d'exercer son pouvoir discrétion-

naire et d'écarter cette preuve.¹⁵⁴

Le juge en chef permet l'exercice de la discrétion au nom de l'équité pour l'accusé laquelle, en matière d'aveux est aussi fonction du mode d'obtention de la preuve. Limitée à ce secteur du droit de la preuve, c'est là la norme proposée par Lord Parker dans *Callis c. Gunn*¹⁵⁵, par opposition à une extension extrinsèque du principe contre l'auto-incrimination, que le juge en chef refuse implicitement en acceptant les conclusions de la Cour suprême dans l'arrêt *St. Lawrence* précité.

ii) Extension extra-judiciaire du privilège contre l'auto-incrimination

Le privilège contre l'auto-incrimination et la non-contraignabilité de l'accusé sont des principes essentiels de la *Common Law*. Au Canada, ils sont reconnus dans la Loi sur la Preuve¹⁵⁶. Certains juges ont reconnu à ces principes une extension qui déborde le cadre strict de garanties procédurales au procès¹⁵⁷.

Une telle extension extra-judiciaire du privilège contre l'auto-incrimination ne peut manquer d'avoir des incidences sur la recevabilité des déclarations incriminantes faites par l'accusé avant le procès.

Cette question est traitée séparément plus loin.

iii) La non-contrainnabilité de l'accusé et les déclarations antérieures

Eu égard au fondement reconnu de la règle qui stipule l'irrecevabilité de l'aveu extra-judiciaire "non volontaire", nous avons déjà signalé l'inconséquence de l'irrecevabilité absolue, en droit canadien, de l'aveu involontaire confirmé au procès par l'accusé sous serment.

En effet malgré les doutes qu'il faut entretenir sur la valeur probante d'une déclaration non volontaire, le tribunal devrait la recevoir lorsque l'accusé la confirme sous serment.

Si l'on met en parallèle l'irrecevabilité absolue de la déclaration non volontaire et la recevabilité de la partie d'une déclaration incriminante elle-même non recevable que confirme la découverte d'une preuve matérielle, pourrait-on postuler un fondement additionnel à la règle d'exclusion fondée sur le doute quant à la valeur probante d'un aveu forcé?

Le juge en chef Freedman dit à ce propos:

(Traduction) Sans nul doute (...) le danger qu'elles soient fausses est le motif principal de leur rejet. Mais il y a d'autres motifs, que certains juges refusent résolument d'admettre, que d'autres déclarent ouvertement, et que d'autres encore reconnaissent tacitement - ce dernier cas en étant peut-être un où une règle fondamentale non écrite joue un rôle dans la prise de décision. Tous ces motifs ont leur racine dans l'histoire. Ils portent le souvenir de la torture et du supplice, ils sont liés à la cause de la liberté in-

dividuelle, et ils sont l'expression d'une préoccupation profonde pour l'intégrité de la justice
158.

Le juge Lamer, dans Rothman c. La Reine ajoute:

Un examen attentif de la jurisprudence publiée justifie de manière convaincante l'affirmation du juge en chef Freedman; lorsqu'il le faut les juges du procès condamnent ce qu'ils estiment, dans les circonstances de chaque cas, être une conduite gravement injuste, oppressive ou inopportune de la part des personnes en situation d'autorité: ils vont même jusqu'à exclure des déclarations fiables en interprétant libéralement la règle du caractère volontaire ou du critère de fiabilité, en prenant celui qui convient le mieux et, cela est bien compréhensible, en appliquant plus rigoureusement les règles de preuve relatives à la recevabilité des témoins et les fardeaux de preuve et de persuasion qui incombent aux autorités 159.

Le juge Lamer se réfère à R. c. McCorkell où, les policiers ayant abusé du droit d'un suspect de consulter son avocat, le juge en chef Gale disait:

(traduction) (...) j'exerce mon pouvoir discrétionnaire dans le sens que j'ai indiqué, peut-être à tort, parce que, en droit strict, la déclaration ainsi obtenue était probablement recevable 160.

Dans l'arrêt Rothman, à partir de ces précédents ponctuels où les juges exercent explicitement ou implicitement une

certaine discrétion d'écarter une déclaration techniquement recevable, le juge Lamer développe une théorie entièrement originale du fondement, de la portée et de l'exercice de la discrétion judiciaire de ne pas recevoir une déclaration incriminante, obtenue irrégulièrement de l'accusé avant le procès par une personne ayant autorité.

Pour le juge Lamer, si la seule raison d'être de la règle d'exclusion découle des doutes qu'il faut entretenir sur la fiabilité de la déclaration "involontaire" de l'accusé, une telle règle dédouble inutilement la discrétion inhérente que reconnaît au juge des faits la Common Law d'écarter une preuve pertinente à valeur probante douteuse 161.

Si d'autre part la règle d'exclusion découlait d'une extension extra-judiciaire du privilège contre l'auto-incrimination, la portée de la règle ne pourrait être circonscrite aux seules déclarations incriminantes faites à une personne en autorité. En fait toute déclaration non volontaire devrait automatiquement être exclue. Le juge Lamer en tout état de cause n'accepte pas l'extension extra-judiciaire du privilège contre l'auto-incrimination 162.

Sur le critère de la fiabilité confiné aux seules déclarations incriminantes données par l'accusé aux personnes en autorité, le juge Lamer note:

Les autres déclarations, celles où l'espoir, la

crainte ou le peu de fiabilité ne sont pas imputables aux autorités, sont aussi peu fiables; en outre, ce n'est pas parce que le défaut possible de fiabilité de la déclaration résulte de ce que des personnes en situation d'autorité ont dit ou ont fait que le juge des faits est moins capable d'apprécier cette preuve et qu'il devrait en être empêché par l'opération d'une règle d'exclusion¹⁶³.

Face aux contradictions que suscite la règle d'exclusion et se justifiant de l'exercice, ponctuel par certains juges d'une discrétion qui déborde l'application stricte et les limites de la règle d'exclusion, le juge Lamer élabore sur un fondement hybride les règles particulières de recevabilité des déclarations incriminantes extra-judiciaires faites par l'accusé à une personne en situation d'autorité.

Ces règles reposent d'une part sur la non contraignabilité de l'accusé au procès, d'où l'impossibilité pour le juge des faits de vérifier la valeur probante d'une déclaration suspecte, et la nécessité de l'exclure¹⁶⁴. D'autre part ces règles existent pour la protection du système de justice pénale:¹⁶⁵

Conscient des contradictions conceptuelles que suscite l'exclusivité du "caractère volontaire" permettant de justifier la recevabilité d'une déclaration incriminante extra-judiciaire, le juge Lamer reformule la règle elle-même. Pour lui la fiabilité n'est pas le fondement de la règle pas plus que le caractère volontaire. Ces deux critères font partie de la règle¹⁶⁶.

Pour comprendre l'articulation des différents critères

qui entrent dans l'application de la règle, supposons la présentation en preuve d'une déclaration incriminante.

Comme toute autre preuve, la valeur probante de cette preuve obligera l'accusé à exercer son choix de témoigner ou, sinon, de courir le risque d'être trouvé coupable. En ce sens les déclarations incriminantes ont ceci de spécial qu'elles sont tout particulièrement ²dommageables pour l'accusé. C'est la nature de ces preuves, et non leur caractère propre qui justifie le tribunal de les traiter différemment.

Ce n'est pas tant du fait de leur défaut de fiabilité qu'il faut aborder les déclarations d'une façon particulière, mais parce que tout défaut de fiabilité ne pourra habituellement être révélé que par le propre témoignage de l'accusé.

Par ailleurs, il en est ainsi de toutes les preuves présentées par la poursuite, et pourtant la règle d'exclusion est confinée aux seules déclarations non volontaires antérieures faites à une personne en autorité. Dans ces conditions en quoi la poursuite viole-t-elle plus le droit de l'accusé de ne pas témoigner si elle met en preuve une déclaration à la fiabilité douteuse?

Ce n'est que lorsque les mandataires de la poursuite auront été responsables par ce qu'ils ont dit ou fait, de la présence possible de ces éléments qui en affectent la fiabilité que

l'accusé se verra spolié de son droit fondamental à ne pas témoigner à son procès.

Le juge tenu au respect des garanties procédurales offertes à l'accusé devra, avant de peser la valeur probante de la preuve, tenir un "voir dire" sur la conduite des autorités qui ont reçu la déclaration incriminante. Si cette conduite démontre que la déclaration a été "forcée", les autorités auront à toutes fins pratiques violé le droit de l'accusé à ne pas témoigner à son procès. Le caractère volontaire n'est donc pas l'essence de la règle, il en fait partie.

De même, on peut déduire de cette chaîne logique que la fiabilité n'est pas la raison d'être du caractère volontaire.

Ressort du traitement particulier des déclarations incriminantes la distinction avec la discrétion judiciaire inhérente d'écarter une preuve pertinente à valeur probante douteuse.

Le nouveau cadre conceptuel auquel le juge Lamer soumet la recevabilité des aveux antérieurs éclaire la règle sous un jour nouveau qui le justifie d'y donner une dimension discrétionnaire inconnue de la *Common Law*. La raison d'être en est la répression d'une conduite des autorités qui neutralise le droit d'un accusé à ne pas témoigner; le critère correspondant est de s'assurer que les autorités n'ont rien fait qui puisse nuire à la fiabilité de la déclaration.

Le caractère volontaire de la déclaration demeure l'un des critères que doit considérer le juge dans l'exercice de sa discrétion de recevoir ou d'écarter la déclaration incriminante, dans la mesure où l'obtention d'une déclaration contre la volonté de l'accusé sera généralement la conséquence d'une conduite susceptible de nuire à la fiabilité de la déclaration.

Restent à établir les conditions d'exercice d'une discrétion judiciaire d'écarter une déclaration obtenue par la ruse, mais qui n'est pas la conséquence d'une conduite susceptible de nuire à la fiabilité de la déclaration.

Rappelons que la simple absence du caractère volontaire n'est pas pour le juge Lamer un motif d'exclusion puisqu'il ne reconnaît pas de droit général à ne pas s'auto-incriminer ¹⁶⁷.

C'est dans ce dernier cas qu'intervient le deuxième volet d'une justification "institutionnelle" des règles de recevabilité des aveux extra-judiciaires.

Le juge Lamer établit la distinction entre "la situation suivant laquelle les autorités sont responsables d'avoir fourni au juge des faits une déclaration qui peut être fausse du fait d'une conduite qui soit la cause même de ce défaut de fiabilité" et celle suivant laquelle "elles sont responsables uniquement parce qu'elles ont obtenu une déclaration contre la volonté

de l'accusé" 168. Cette dernière situation permet au juge d'énoncer une hypothèse fondamentale.

Je suis aussi d'avis que le juge du procès devrait avoir le pouvoir, qu'il l'ait eu ou non jusqu'à présent, d'exclure, dans certaines circonstances, des déclarations pour (des) motifs (...) qui n'ont vraiment pas de rapport avec leur fiabilité et ce, même si ces déclarations peuvent être d'une grande valeur probante 169.

C'est donc par le biais de la discrétion judiciaire que le juge Lamer étend à l'ensemble des déclarations antérieures les règles de recevabilité particulières qui, en Common Law, se confinent aux seules déclarations non-volontairement faites selon les critères énumérés dans l'arrêt Ibrahim 170.

Une règle d'exclusion, par opposition à une règle discrétionnaire aurait en effet pour conséquence de conférer une extension extra-judiciaire au privilège contre l'auto-incrimination.

Quelles seront les modalités d'exercice de cette discrétion? Le juge Lamer suggère que les juges s'inspirent du critère adopté à l'article 178.16(2) du Code criminel. Le sens et la portée de cet article est l'objet du deuxième chapitre de la seconde partie de cet ouvrage. Soulignons que le juge Lamer reconnaît la subjectivité de la norme qu'il propose:

On doit s'attendre à ce que peu de personnes cou-

pables admettent spontanément leur méfait, et on doit reconnaître que de tels aveux, lorsqu'ils sont faits en cour ou hors de cour, sont, la plupart du temps, le résultat de l'efficacité des enquêteurs. (...) il n'y a rien de mal en soi à amener, par ruse, les criminels à admettre leur culpabilité ou à compromettre les libertés qu'ils peuvent être tentés de prendre avec la vérité au cours de leur procès. La préoccupation que nous avons pour le caractère volontaire, mis à part son rapport avec le défaut de fiabilité déjà mentionné, est un élément de la préoccupation plus générale que nous avons pour l'intégrité du système de justice pénale; pour ce motif, elle se restreint en un sens à coïncider avec cette préoccupation plus générale. Comme le système de justice pénale existe pour protéger les valeurs que nous chérissons le plus en tant que société, nous estimons contraire aux buts et objectifs mêmes du système d'admettre en preuve contre un accusé une déclaration obtenue par des moyens qui équivalent à un manque d'égards criant pour ces valeurs et d'autres valeurs tout aussi importantes que nous cherchons à protéger en poursuivant le crime qu'on lui impute! 171

Le cheminement logique auquel s'astreint le juge Lamer permet dans sa double conclusion de faire le pont entre la règle d'exclusion issue de la Common Law et le fondement historique de la règle qui a justifié certains juges d'écarter le cas échéant des aveux techniquement recevables au motif que de les recevoir serait contraire à l'éthique judiciaire 172.

Le modèle proposé par le juge Lamer est parfaitement compatible avec la mise en oeuvre du recours que prévoit l'article 24(2) de la Charte canadienne des Droits et Libertés 173.

Soulignons cependant, pour mémoire, que le juge Lamer dans l'arrêt Rothman étend la discrétion judiciaire d'écarter des déclarations incriminantes antérieures à des situations de fait

qui sont expressément exclus par la Common Law. Les motifs qui le justifient de reconnaître cette discrétion judiciaire sont clairement prohibés par la jurisprudence. En effet, dans l'état actuel du droit, la déclaration incriminante antérieure ne peut être écartée par le juge parce qu'elle a été obtenue irrégulièrement. Seule la déclaration non volontairement faite, au sens restrictif que la jurisprudence a donné à cette expression, sera jugée non recevable. Le mode d'obtention de la déclaration incriminante n'est pertinent qu'à la détermination du caractère volontaire, et non à la recevabilité comme telle.

2) Le privilège contre l'auto-incrimination

a) Au Canada

Le privilège contre l'auto-incrimination¹⁷⁴ trouve son expression légale dans la Loi sur la Preuve au Canada¹⁷⁵. Le privilège peut être invoqué par tout témoin tenu de comparaître et dont le témoignage est susceptible de lui nuire dans une instance ultérieure.

Le privilège se complète d'un autre principe, corollaire au premier, la non contraignabilité de l'accusé dans un procès criminel. C'est ce que certains caractérisent de droit de l'accusé au silence¹⁷⁶.

Etant donné la similitude entre ces deux principes,

certaines juges et auteurs n'ont pas craint de donner une extension extra-judiciaire aux garanties procédurales que constituent le privilège contre l'auto-incrimination et "le droit de l'accusé au silence".

Au Canada le courant jurisprudentiel dominant trouve son expression dans les commentaires du juge Dickson dans l'arrêt *Marcoux et Solomon c. La Reine*:

La limite du privilège contre l'auto-incrimination est claire. Le privilège est celui d'un témoin de ne pas répondre à une question qui peut l'incriminer. C'est là tout ce que signifie la maxime latine *nemo tenetur seipsum accusare*, que l'on avance souvent à tort pour étayer une proposition beaucoup plus générale. (...) Appliqué à un accusé le privilège consiste dans le droit de s'abstenir de répondre. On ne peut demander à un accusé, encore moins l'obliger, de venir à la barre aux témoins, ou de répondre à des questions incriminantes. (...) Le privilège s'applique à l'accusé en tant que témoin et non pas en tant qu'accusé; il s'applique particulièrement à la contrainte de témoigner, et non pas à la contrainte en général 177.

Pour le juge Estey, par contre, la non-contrainabilité de l'accusé est un élément essentiel des garanties procédurales offertes à l'accusé:

Le droit de l'accusé de choisir de ne pas témoigner à son propre procès est un des éléments essentiels de notre théorie générale du droit pénal, au même titre que la présomption d'innocence et le fardeau qu'a la poursuite de prouver la culpabilité hors de tout doute raisonnable suivant la loi. Son droit de garder le silence ne vient pas du fait qu'il est un témoin, mais du fait qu'il est un accusé 178.

En tout état de cause, dans l'état actuel du droit, on ne peut, au Canada, se fonder sur une extension extra-judiciaire du privilège contre l'auto-incrimination pour justifier en soi une discrétion judiciaire d'écarter une preuve irrégulièrement obtenue de la personne de l'accusé.

Par ailleurs, les contraintes auxquelles obéit la règle d'exclusion des déclarations antérieures de l'accusé à une personne en autorité ont incité certains juges à en élargir le champs d'application par le biais d'une extension extra-judiciaire d'un "droit de l'accusé au silence".

La Chambre des Lords a pour sa part développé certaines règles particulières de recevabilité des preuves obtenues de la personne de l'accusé, qui reposent sur un double fondement, soit une extension extra-judiciaire du privilège contre l'auto-incrimination et la nécessité d'assurer à l'accusé un procès équitable.

1) Le droit de l'accusé au silence

Nous avons mis en évidence dans le chapitre sur les aveux les limites qu'impose la Common Law aux règles de recevabilité en preuve des déclarations incriminantes antérieures faites par l'accusé à une personne ayant autorité. Nous avons en particulier souligné les difficultés d'interprétation du critère du caractère volontaire d'une déclaration incriminante et l'ambigui-

té juridique que soulève la restriction de la règle d'exclusion aux seules déclarations faites à une personne en autorité.

En effet si c'est le danger qu'une déclaration non volontaire puisse être fautive qui incite la Common Law à ne pas la recevoir, en quoi la déclaration non volontaire faite à une personne n'ayant pas autorité est-elle plus digne de foi.

Dans l'affaire Rothman, le juge Estey, prenant acte de cette contradiction, met en doute la théorie classique de recevabilité des déclarations antérieures faites par l'accusé à une personne ayant autorité. En particulier il se refuse à confiner le fondement de la règle d'exclusion aux doutes qu'il faut entretenir sur la véracité d'une déclaration non volontairement faite 179.

Si la véracité n'est pas le seul fondement de la règle d'exclusion le critère du caractère volontaire dépend d'autres facteurs énumérés précédemment dans le paragraphe traitant de l'intégrité judiciaire 180

Cette nécessité "de conduire les procès criminels selon des principes qui inspireront le respect et l'appui du public" s'ajoute au fondement historique d'une règle portant "le souvenir de la torture et du supplice" 181.

Quant à l'extension extra-judiciaire du privilège donné

à l'accusé de "garder le silence" en ne témoignant pas à son propre procès, le juge Estey en trouve probablement la justification dans cet extrait des notes du juge Beetz dans *Horwath c. La Reine*:

Mais la raison fondamentale (de la règle d'exclusion) demeure le droit absolu de l'accusé de garder complètement ou partiellement le silence et de ne s'incriminer que s'il le veut ¹⁸².

A première vue, il ne semble pas y avoir de rapport entre le fondement de la règle d'exclusion tel que l'énonce le juge en chef Freedman, "une préoccupation profonde pour l'intégrité de la justice" et une extension extra-judiciaire du privilège de l'accusé contre l'auto-incrimination comme le préconise le juge Beetz ^{182a}. Le juge Estey superpose quant à lui ces divers fondements et en déduit certaines conclusions.

Le critère du caractère volontaire de la déclaration antérieure ne se justifie comme motif d'exclusion que dans la seule mesure où cette déclaration ait été objectivement faite par l'accusé à une personne en autorité. Or la jurisprudence limite l'application du critère du caractère volontaire aux seuls cas où l'accusé savait qu'il s'adressait à une personne en autorité. En effet ce n'est que lorsque l'accusé sait qu'il s'adresse à une personne en autorité qu'il est susceptible d'être influencé par des menaces, promesses ou craintes de préjudice au sens que leurs donnent Lord Sumner dans l'arrêt *Ibrahim*.

Pour le juge Estey cette limitation à la règle est trop contraignante et l'application de la règle et la détermination du caractère volontaire doivent être étendues à tous les cas où, objectivement, l'accusé a fait sa déclaration à une personne en autorité.

En effet "le principe adopté en vue de protéger l'intégrité de l'administration de la justice s'appuie sur la conception que les personnes ayant autorité, étant les instruments de l'Etat doivent observer certaines règles de base"; le juge Estey poursuit:

Il est (...) nécessaire d'adopter ces règles de base pour la raison (...) que les préceptes éthiques sont un élément primordial d'un système de justice qui veut s'attirer le respect et l'appui de la collectivité qu'il sert (...) 183.

En second lieu, le juge Estey élargit la notion de "caractère volontaire" d'une déclaration incriminante, laquelle doit être le fruit d'une volonté consciente qui s'exprime spontanément.

Appliquer la règle d'une autre façon dans les circonstances en l'espèce ne permettrait pas simplement à l'autorité de se soustraire intentionnellement à l'exercice, que l'accusé a exprimé, de son droit de ne faire aucune déclaration à l'autorité, mais encouragerait l'autorité à le faire 184.

Le juge Estey dégage donc deux fondements parallèles à la règle d'exclusion des aveux involontaires faits par l'accusé à une personne ayant autorité: d'abord le droit de l'accusé au si-

lence, puis la nécessité de veiller à une administration judiciaire équitable.

Le droit de l'accusé au silence permet d'élargir le champs d'application de la règle d'exclusion à tous les cas où l'accusé fait une déclaration à une personne ayant autorité. De plus cette déclaration pour être volontaire doit être spontanée et le fruit d'un "esprit conscient".

L'intégrité judiciaire, second fondement de la règle permet au juge d'écarter des déclarations qui peuvent paraître volontaires mais qui ont été obtenues par les autorités en violation flagrante du droit de l'accusé au silence.

Rappelons que dans l'affaire Rothman, l'accusé avait refusé de faire une déclaration aux policiers et que c'est par une ruse que ces derniers ont obtenu l'aveu.

Le juge Estey se retrouve cependant lui-même devant un dilemme:

(...) Si notre droit continue à reconnaître le droit d'un accusé de ne pas être contraint à venir à la barre, son témoignage indirect sous la forme de déclarations faites hors de Cour à une personne ayant autorité ne devrait pas être recevable parce que, après qu'il a invoqué le droit de garder le silence, ce témoignage sape ou frustre le droit de ne pas témoigner¹⁸⁵.

Dans ces conditions ne devrait-on pas déboucher sur une règle

d'exclusion absolue pour toute déclaration "non volontaire" au sens large que lui donne le juge Estey?

Le juge n'est pas explicite à cet égard:

(Le) renversement volontaire, par la police, du droit formel de refuser de faire une déclaration ternit l'image de la justice. Par conséquent, une déclaration faite dans ces conditions ne peut surmonter l'obstacle de la règle d'exclusion ¹⁸⁶.

Par contre il indique que le résultat pourrait être différent si l'accusé en l'espèce n'avait pas explicitement indiqué son intention de ne pas faire de déclaration, intention contournée par un stratagème des policiers.

Le résultat aurait-il été différent en excluant de l'application de la règle les déclarations "volontaires" obtenues par les policiers par la ruse; ou alors en donnant une discrétion au juge d'écarter toute preuve obtenue de l'accusé lorsque son mode d'obtention est indigne ou inéquitable et est susceptible de ternir l'image de la justice...

Rappelons que si le fondement principal de la règle d'exclusion est le danger qu'elle soit fautive, le caractère volontaire peut prendre une acception plus ou moins large (comme le prouve la notion d'esprit conscient) sans qu'il soit nécessaire de faire entrer en ligne de compte une extension extra-judiciaire du privilège contre l'auto-incrimination ou la notion d'intégrité judiciaire.

Si le fondement principal de la règle d'exclusion est le droit de l'accusé au silence, toute déclaration qui n'est pas volontaire au sens large, qu'elle ait été faite à une personne en autorité ou non, devrait être automatiquement non recevable¹⁸⁷.

Si le fondement principal de la règle d'exclusion est l'intégrité judiciaire, la recevabilité de toute déclaration obtenue par des techniques d'enquête de la part des autorités qui rebutent la collectivité devrait être soumise à une discrétion judiciaire de ne pas la recevoir.

La situation se complique lorsque les juges font entrer en ligne de compte, comme le fait le juge Estey, une combinaison de ces divers fondements.

Nous préférons la solution préconisée par le juge Lamer, bien qu'elle repose sur l'hypothèse non reconnue par la **Common Law** d'une discrétion judiciaire inhérente d'écarter une preuve pertinente et par ailleurs recevable lorsque sa réception est susceptible de discréditer l'administration de la justice¹⁸⁸. La justification que donne le juge Lamer à l'exercice de cette discrétion étant, rappelons-le, une évaluation subjective par le juge de la justification dans chaque cas d'espèce, de la violation du droit de l'accusé de ne pas témoigner.

Le juge Lamer qui ne reconnaît pas de droit général de l'accusé au silence propose un modèle qui élude les difficultés conceptuelles qui découlent du double fondement qu'énonce le juge

Estey à une règle d'exclusion des déclarations antérieures. Le modèle proposé par le juge Estey semble à cet égard avoir été "taillé sur mesure" pour les faits qui confrontaient la cour dans l'affaire Rothman. Rothman en effet avait explicitement refusé de faire une déclaration aux policiers et c'est par la ruse que ces derniers ont obtenu l'aveu contre la volonté exprimée de l'accusé. A cet égard l'affaire Rothman est exceptionnelle et le juge Estey pouvait combiner le droit de l'accusé au silence et un mode d'obtention qui, à la limite, violait la notion de déclaration volontaire. Dans ce dernier cas, la déclaration n'était pas volontaire non parce qu'elle avait été obtenue par crainte, promesses ou espoirs d'un avantage, mais par la ruse.

Puisque la jurisprudence ne reconnaît pas ce motif d'exclusion, le juge Estey introduit la notion d'intégrité judiciaire comme motif d'exclusion supplémentaire.

Dans un tel cas, le modèle d'analyse proposé par le juge Lamer dans l'affaire Rothman nous apparaît concilier les objectifs "traditionnels" d'exclusion des déclarations antérieures indignes de foi avec les objectifs d'éthique institutionnelle que l'on retrouve aux articles 178.16(2) du Code criminel et 24(2) de la Charte canadienne des Droits et Libertés.

La solution proposée par le juge Lamer au problème de la recevabilité des déclarations incriminantes antérieures se situe à l'intérieur du second modèle. Le juge Lamer évite

l'écueil d'une règle d'exclusion sur laquelle déboucherait logiquement une extension extra-judiciaire du privilège contre l'auto-incrimination. Finalement le juge Lamer souligne l'opportunité de réévaluer les règles touchent la recevabilité de preuves matérielles et le concept de "personnes en autorité" à la lumière du nouveau cadre d'analyse qu'il propose 188a.

L'évolution récente du droit anglais, fondée sur une extension extra-judiciaire du privilège contre l'auto-incrimination, semble par contre vouloir reconnaître une discrétion judiciaire d'écarter une preuve obtenue "inéquitablement" de la personne de l'accusé.

Il est intéressant à cet égard de souligner que la démarche conceptuelle à deux niveaux que propose le juge Estey lui permet de soumettre que dans l'affaire en cause, la déclaration aurait dû être écartée.

Le juge Lamer en proposant un fondement intégré au problème de la recevabilité des déclarations antérieures, qui incorpore les notions "d'intégrité de l'image de la justice" et de non contraignabilité de l'accusé, conclut pour sa part que la déclaration en litige devait être reçue. Il arrive, en effet, au même résultat que les juges de la majorité puisqu'à ses yeux les tactiques policières étaient en l'instance parfaitement admissibles.

En guise de conclusion, l'affaire Rothman et comme nous

l'explorons au paragraphe suivant, l'évolution récente du droit anglais en matière de recevabilité des preuves obtenues contre la volonté de l'accusé, laissent présager la possibilité d'une réévaluation possible des règles de recevabilité des déclarations antérieures faites à une personne ayant autorité.

b) Le droit des aveux en Angleterre

Le droit anglais en matière de recevabilité des aveux antérieurs de l'accusé à une personne en autorité diffère à certains égards des règles qui prévalent au Canada.

Soulignons par exemple la non recevabilité absolue d'une déclaration incriminante irrégulièrement obtenue indépendamment de la découverte subséquente d'une preuve matérielle qui viendrait confirmer ainsi la partie de la déclaration qui a permis de découvrir cette preuve.¹⁸⁹

Là où le droit anglais se démarque du droit canadien, c'est en matière de recevabilité de la preuve obtenue de la personne de l'accusé et assimilable à un aveu non volontaire. Dans ce domaine, le juge est appelé à faire une évaluation subjective de la méthode d'obtention de cette preuve assimilable à un aveu non volontaire afin de s'assurer qu'il ne soit pas inéquitable pour l'accusé de la recevoir.

Ce processus fait ressortir une conception du rôle de

l'instance qui s'oppose à la théorie générale de la recevabilité de la preuve sans égard à son mode d'obtention.

Dans l'affaire *Payne*, on rejeta le témoignage d'un médecin appelé à rendre compte d'analyses médicales démontrant l'état d'ébriété de l'accusé au prétexte que l'examen s'était déroulé sous de fausses représentations ¹⁹⁰.

Lord Diplock qui commente cette affaire dans *R. c. Sang*, sans approuver la *ratio decidendi*, conclut néanmoins à la validité du résultat:

This is analogous to unfairly inducing a defendant to confess to an offence, and the short judgment of the Court of Criminal Appeal is clearly based on the maxim, *nemo debet prodere seipsum* ¹⁹¹.

Que les règles de recevabilité des aveux et autres preuves obtenues de la personne de l'accusé obéissent à un régime particulier ne laisse aucun doute à la lumière des notes de Lord Diplock dans l'arrêt *Sang*:

(Traduction) La raison d'être sous-jacente de cette partie du droit pénal (...) peut maintenant (...) se trouver dans la maxime *nemo debet prodere seipsum*, nul ne peut être tenu de se trahir lui-même (...). ¹⁹².

Dans l'arrêt *Procureur général du Québec c. Bégin*, la Cour suprême refuse d'une part d'étendre aux preuves matérielles les règles de recevabilité des aveux involontaires, et ne juge pas approprié d'autre part de donner une extension extra-judi-

ciaire au privilège contre l'auto-incrimination 193.

La Cour suprême se réclame de décisions anglaises pour arriver à ce résultat 194. La jurisprudence canadienne s'en est tenue là 195.

Par contre, en Angleterre, suite à l'affaire *Kuruma c. R.*, le Comité judiciaire du Conseil privé a révisé ses positions en la matière 196. Dans l'arrêt *Sang*, le Conseil privé donne une portée aux règles de recevabilité des aveux et autres preuves obtenues de la personne de l'accusé qui infirme l'état du droit tel que l'interprète la Cour suprême dans *Procureur général du Québec c. Bégin*.

Dans *R. c. Sang*, les Lords fondent l'exercice de la discrétion d'écarter un aveu antérieur de l'accusé sur une extension extra-judiciaire du privilège contre l'auto-incrimination. La discrétion elle-même obéit à des considérations d'ordre extrinsèque, en particulier le mode d'obtention de la preuve, qui complèmentent la nécessité d'assurer à l'accusé un procès équitable.

S'il restait quelque doute à ce sujet, le Vicomte Dilhorne commente en ces termes l'obiter de Lord Goddard dans *Kuruma c. R.* sur la discrétion de refuser une preuve documentaire qui aurait été obtenue par un "truc": "Perhaps when he said this Lord Goddard CJ was thinking of admission of confessions when the

Court is concerned with the manner in which they were obtained" 197.

Les règles particulières de recevabilité des preuves assimilables à un aveu non volontaire, auxquelles souscrit le Conseil privé dans l'arrêt Sang, posent le problème des critères que doit considérer le juge dans l'exercice de sa discrétion.

Entre la fonction essentielle de l'instance, - la recherche de la vérité - , et l'exclusion de preuves inévitables pour l'accusé de par leur mode d'obtention, comment les juges doivent-ils interpréter cette extension extra-judiciaire du privilège contre l'auto-incrimination?

Nous avons vu qu'au Canada, le Juge Estey, dans Rothman c. La Reine, articule autour du concept de l'intégrité judiciaire les conditions d'exclusion des preuves dont le mode d'obtention viole le droit de l'accusé au silence 198.

Les conditions générales d'exercice de la discrétion judiciaire d'écarter une preuve par ailleurs recevable, en particulier lorsque le mode d'obtention de telle-ci est irrégulier, font l'objet du premier chapitre de la seconde partie.

C'est en partie sur ces considérations générales que portent les notes de Lord Parker dans une autre décision anglaise R. c. Payne 199. Dans R. c. Sang, on assimile les faits de Payne

à un cas de confession involontaire et c'est dans cette perspective que l'on trouve des éclaircissements sur le problème qui confronte le juge auquel est soumis une preuve assimilable à un aveu ou une confession involontaire.

Nous connaissons les faits dans l'arrêt Payne. Dans l'exercice de sa discrétion, Lord Parker peut laisser à penser qu'il se fie sur ses propres notes dans Callis c. Gunn où il affirme:

... In considering whether admissibility would operate unfairly against a defendant one would certainly consider whether it has been obtained in an oppressive manner, by force or against the wishes of an accused person. That is the general principle. (The discretion)... Would certainly be exercised by excluding the evidence if there was any suggestion of it having been obtained oppressively, by false representations, by tricks, by threats, by bribes, anything of that sort 200.

L'affaire Payne est donc une décision intéressante dans la mesure où, selon les Lords qui se penchent sur la question dans l'arrêt Sang, l'exercice de la discrétion est acceptable ou non selon les motifs du rejet de la preuve. Si la preuve est rejetée parce qu'elle a été obtenue irrégulièrement, la discrétion va à l'encontre de la règle générale de recevabilité. Si la preuve est rejetée parce qu'elle est assimilable à une déclaration incriminante irrégulièrement obtenue, Lord Diplock laisse entendre implicitement qu'il accepte le résultat. Le Vicomte Dilhorne arrive à une conclusion similaire par un cheminement différent:

The ratio of this decision appears to be that evidence of the result of the examination should not have been admitted without the accused's consent to an examination for that purpose. It is not, I think, necessary to decide whether that case was rightly decided. If Lord Parker CJ based his conclusion on the reasons he gave in *Callis v. Gunn* then I think it was wrongly decided.²⁰¹

Dans *Callis c. Gunn*, la discrétion s'exerce à deux niveaux. D'une part le juge jouit d'une discrétion inhérente d'écarter une preuve qui défavorise indûment l'accusé. D'autre part dans l'exercice de sa discrétion le juge doit considérer si la preuve en question a été obtenue de façon oppressive, par la force, des menaces ou des promesses.

Donc, le jeu combiné des deux critères permet au juge au nom de l'équité pour l'accusé de sanctionner le mode d'obtention de la preuve. C'est ce que semble refuser Lord Dilhorne.

Par contre s'il s'agit d'un cas de preuve assimilable à un aveu involontaire, ou obtenu irrégulièrement, l'extension extra-judiciaire du privilège contre l'auto-incrimination permettra au juge d'écarter cette preuve en fonction de son mode d'obtention. Dans un tel cas, il y a ouverture à la discrétion. Ce n'est donc plus l'équité qui est en cause directement, mais l'extension extra-judiciaire du privilège contre l'auto-incrimination.

Le juge confronté à une preuve irrégulièrement obtenue doit donc d'abord vérifier si c'est une preuve assimilable à un aveu; seules les preuves obtenues de l'accusé sont donc visées. Si tel est le cas, il doit s'assurer que cette preuve est "invo-

lontaire", dans la mesure où elle a été obtenue de l'accusé sans son consentement, ou éventuellement par trucs, supercherie etc... Le juge peut alors exercer sa discrétion d'écartier cette preuve parce qu'elle va à l'encontre du privilège contre l'auto-incrimination.

Ce n'est là toutefois qu'une interprétation possible car dans la même affaire Sang, Lord Salmon précise: "a confession by an accused which has been obtained by threats or promises is inadmissible as evidence against him, because to admit it would be unfair ²⁰²". Or le concept d'équité introduit dans le mécanisme discrétionnaire une variable supplémentaire dont les effets seront analysés ultérieurement dans la seconde partie de l'ouvrage.

En résumé, l'arrêt R. c. Sang reconnaît une discrétion judiciaire de ne pas recevoir une preuve, obtenue de l'accusé, et assimilable à un aveu involontaire. L'arrêt Sang n'est cependant pas suffisamment explicite quant au mécanisme discrétionnaire. En particulier il est difficile, à la lumière des différentes explications données par les Lords, de délimiter la portée exacte de la discrétion judiciaire d'écartier une preuve assimilable à un aveu.

Si la non-recevabilité est fonction du mode d'obtention de la preuve, dans la mesure où les moyens utilisés pour obtenir cette preuve sont inéquitables pour l'accusé, il y a contrôle ju-

diciaire de facto du processus d'enquête, modèle qui rejoindrait en partie celui proposé par le juge Lamer dans l'arrêt *Rothman c. La Reine* 203. Le droit anglais serait alors en totale contradiction avec les principes qui sous-tendent la règle générale de la recevabilité de la preuve. Le droit anglais serait aussi, en matière d'aveux, en contradiction avec le droit canadien.

Si par contre, le mode d'obtention de la preuve n'est pertinent que dans la mesure où ce mode met en cause le privilège contre l'auto-incrimination, la non recevabilité ne viserait plus alors à sanctionner les moyens utilisés pour obtenir cette preuve. En effet le mode d'obtention de la preuve ne servirait qu'à établir dans quelle mesure l'accusé a fourni "volontairement" cette preuve.

Les règles de recevabilité des aveux seraient étendues aux preuves obtenues de la personne de l'accusé, sans véritablement changer la nature des règles particulières de recevabilité des aveux antérieurs. En effet le "caractère volontaire" de cette preuve fournie par l'accusé resterait le seul critère pertinent à l'exercice de la discrétion judiciaire. D'autre part, les "trucs" et "stratagèmes" utilisés par les policiers pour obtenir cette preuve assimilable à un aveu, devraient être ajoutés aux considérations, énumérées par Lord Sumner dans l'arrêt *Ibrahim*, susceptibles de rendre non volontaire une déclaration incriminante.

Dans ce cas, c'est l'acception différente, au Canada et en Angleterre de la portée du privilège contre l'auto-incrimination, qui justifierait les règles particulières de recevabilité des preuves assimilables à un aveu involontaire de l'accusé reconnues dans R. c. Sang.

Les règles de recevabilité des preuves assimilables à un aveu involontaire ne seraient qu'une extension de celles qui prévalent à la recevabilité des aveux proprement dit.

Le droit anglais devra se clarifier à cet égard, ne serait-ce que pour faciliter la tâche aux juges qui devront exercer leur discrétion en la matière. Il nous reste à mettre en parallèle la non recevabilité, en Angleterre, de la confession sub-séquentement confirmée par des faits qu'elle divulgue et cet avertissement de Lord Scarman:

The role of the Judge is confined to the forensic process. He controls neither the police nor the prosecuting authority. He neither initiates nor stifles a prosecution. Save in the very rare situation, (...) of an abuse of process of the court (...) the judge is concerned only with the conduct of the trial. The judges' Rules, for example, are not a judicial control of police interrogation, but notice that, if certain steps are not taken, certain evidence, otherwise admissible, may be excluded at the trial. The judge's control of the criminal process begins and ends with trial though his influence may extend beyond its beginning and conclusion. It follows that the prosecution has rights, which the judge may not override. The right to prosecute and the right to lead admissible evidence in support of its case are not subject to judicial control. Of course when the prosecution reaches court it becomes subject to the discretion as to the conduct of the trial by the judge, whose duty it then is to see that the

accused has a fair trial according to law. What does "fair" mean in this context? It relates to the process of trial²⁰⁴.

3) Conclusion

Nous avons, dans ce chapitre comme au précédent, mis en lumière certaines contradictions dans l'application des règles particulières de recevabilité des aveux extra-judiciaires. Ces contradictions tiennent sans doute au caractère exceptionnel de ces règles dans le contexte général du principe de recevabilité de la preuve pertinente sans égard à son mode d'obtention.

Ces contradictions traduisent aussi peut-être l'inconfort des juges de **Common Law** qui doivent, pour l'application des règles de recevabilité des aveux, se pencher sur le mode d'obtention de ces preuves obtenues de la personne de l'accusé.

Malgré ces contradictions, et les limites à la portée de l'exception, surtout au Canada, il faut reconnaître à la **Common Law** le mérite d'avoir perçu le danger de s'enfermer dans une règle de recevabilité absolue.

Elle n'a cependant pas entièrement articulé le fondement des règles de recevabilité des aveux extra-judiciaires de l'accusé, et partant, ses limites.

Le modèle discrétionnaire, qui permet de résoudre dans chaque cas d'espèce, le conflit des valeurs en matière de receva-

bilité de la preuve irrégulièrement obtenue suppose une conception intégrée de l'instance au système plus large de l'administration de la justice.

Nous aborderons dans la seconde partie la composante légale de la discrétion judiciaire d'écarter une preuve irrégulièrement obtenue. Nous y ferons aussi un survol des courants jurisprudentiels qui ont exploré cette dimension du problème de la recevabilité de la preuve pertinente irrégulièrement obtenue.

DEUXIEME PARTIE: L'EXERCICE DE LA DISCRETION JUDICIAIRE

En *Common Law*, le principe fondamental en matière de recevabilité de la preuve est la pertinence au fond du litige. Le droit connaît certaines exceptions à la recevabilité. En règle générale, cependant, le mode d'obtention de la preuve n'est pas un motif suffisant pour ne pas recevoir la preuve pertinente.

Le Code criminel canadien reconnaît une discrétion exceptionnelle d'écarter une preuve dérivée d'une interception non autorisée de communication privée. Délimiter la portée de cette discrétion "légale" est l'objet du second chapitre.

Au préalable, il convient cependant d'étudier la portée de la discrétion inhérente du juge des faits de ne pas recevoir une preuve pertinente inéquitable envers l'accusé 205.

Chapitre premier: La discrétion judiciaire de Common Law

A- Considérations générales

La difficulté à laquelle se sont heurtés les tribunaux a été de définir dans quelles circonstances le juge peut exercer cette discrétion, qui va à l'encontre de la règle générale de recevabilité de la preuve ²⁰⁶.

Jusqu'à l'arrêt *Kuruma*, cette discrétion avait évolué en fonction de paramètres bien délimités, fondés sur une interaction réciproque de deux "valeurs" reconnues comme fondamentales au déroulement ordonné du procès, l'évaluation de la preuve et l'équité envers l'accusé ²⁰⁷. Or dans certains cas, il peut arriver qu'une preuve, par ailleurs recevable, ait une valeur probante minime, ce qui en soi ne cause pas de problèmes.

Par contre si cette même preuve entraîne des conséquences indûment préjudiciables pour l'accusé, il peut être inéquitable pour lui, et partant, contraire aux fins du procès, d'admettre cette preuve indûment préjudiciable. Ainsi, dans *R. c. Christie*, on admit la discrétion du juge d'exclure une preuve dont la valeur probante tenue aurait entraîné des conséquences indûment préjudiciables à l'accusé ²⁰⁸. Cette discrétion s'exer-

ce au nom de l'équité et a été systématiquement réaffirmée par la suite 209.

Par ailleurs, en Angleterre, suite aux modifications de 1898 à la Loi de la Preuve 210 qui permettaient dans certains cas de contre-interroger l'accusé, les tribunaux exercèrent en matière d'actes similaires et de preuve de caractère leur discrétion pour refuser, toujours au nom de l'équité, la présentation de certaines preuves. Lord Du Parcq disait à propos d'une preuve d'actes similaires:

(traduction) Il convient d'ajouter toutefois que dans tous les cas de ce genre le juge doit voir si la preuve que l'on veut présenter est assez concluante, par rapport au but visé ouvertement par sa présentation pour qu'il soit convenable de la recevoir dans l'intérêt de la justice. Le juge a raison de la rejeter, si sa valeur probante est insignifiante en regard au but visé et aux circonstances de l'affaire 211.

Dans *Selvey c. Director of Public Prosecutions*, une affaire où la poursuite tentait d'introduire une preuve de caractère, on reconnut à nouveau le privilège du juge de refuser une preuve par ailleurs recevable "of which the prejudicial effect against the accused outweighs its probative value in the opinion of the trial judge" 212.

Lord Pearce dit de cette discrétion qu'elle émane: "from the inherent power of the Courts to secure a fair trial for the accused" 213. Le Vicomte Dilhorne en circonscrit l'objet en ces termes:

I referred in *Selvey v. Director of Public Prosecutions* to the overriding duty of the judge to ensure that a trial is fair. His discretion to control the use of relevant admissible evidence is exercised in the discharge of this duty. It is the use of the evidence, not, save in relation to confessions and admissions by the accused, the manner in which it has been obtained with which he is concerned ²¹⁴.

Au Canada, la Cour suprême arrivait à un résultat similaire dans *R. c. Wray* ²¹⁵. Jusqu'ici, donc, pas de problème puisque cette discrétion inhérente du juge d'exclure une preuve vise à tempérer les conséquences indûment préjudiciables pour l'accusé d'une application trop stricte de la règle de recevabilité, avec pour résultat la possibilité réelle d'un traitement inéquitable de celui-ci. Cette discrétion est donc fonction de la valeur probante de la preuve, et comme telle fait entrer en ligne de compte l'évaluation de celle-ci en fonction d'éléments intrinsèques au déroulement du procès proprement dit.

Cependant, dans *Kuruma c. R.*, Lord Goddard, en une phrase, ouvrait une brèche béante, du moins à première vue, dans la règle de recevabilité de la preuve avec ses exceptions, discrétionnaires ou autres, bien délimitées. Voici l'objeter en question:

(traduction) Il n'y a aucun doute que, dans une

affaire criminelle, le juge a toujours le pouvoir discrétionnaire d'écarter une preuve lorsque l'application stricte des règles de recevabilité serait inéquitable envers l'accusé. Cela a été souligné ici dans l'affaire Noor Mohamed et, à la Chambre des Lords, dans une affaire récente, Harris v. Director of Public Prosecutions. Si par exemple, la réception d'un élément de preuve quelconque, un document mettons - avait été obtenue par supercherie, il n'y a pas de doute que le juge pourrait à bon droit l'écarter. C'est ce pouvoir discrétionnaire qui est le fondement de la décision de Lord Guthrie dans l'affaire H.W. Advocate v. Turnbull.

Or rappelons ici la Ratio decidendi de l'arrêt Kuruma:

De l'avis de leurs Seigneuries, le critère à appliquer pour déterminer si une preuve est recevable est la pertinence au fond du litige. Si celle-ci existe, cette preuve est recevable et le tribunal n'a pas à tenir compte de la façon dont on l'a obtenue 16.

L'exemple donné par Lord Goddard d'une situation où le juge des faits serait autorisé à exercer sa discrétion d'écarter une preuve pertinente, déborde le cadre limité des cas où la jurisprudence antérieure l'avait acceptée.

Dans l'affaire Noor Mohamed, on s'était contenté d'établir une corrélation entre la valeur probante limitée de la preuve, et les conséquences indûment préjudiciables de celle-ci sur l'accusé. Les conséquences inéquitables pour l'accusé de la réception de cette preuve justifiaient le juge des faits de ne pas la recevoir 217.

Lord Goddard introduit une dimension supplémentaire,

extrinsèque au déroulement équitable du procès. Il permet au juge d'évaluer le mode d'obtention d'une preuve dont la réception serait inéquitable pour l'accusé.

La jurisprudence a suivi par la suite deux voies divergentes. Pour les tenants de la première école, le juge peut exercer sa discrétion, au nom de l'équité dans la plupart des cas, en refusant une preuve à cause du mode d'obtention de celle-ci 218.

Pour les autres, au contraire, sauf exceptions en matière d'aveu, et, le cas échéant, de preuve obtenue de l'accusé, le juge doit confier l'exercice de sa discrétion à la preuve de valeur probante douteuse aux conséquences indûment préjudiciables pour l'accusé. Le juge n'a pas à se préoccuper du mode d'obtention de celle-ci 219.

Deux acceptions de la discrétion, l'une restrictive, l'autre généreuse, aux conséquences contradictoires qu'il convient d'analyser.

B- L'arrêt Kuruma et les "rebelles" de la discrétion

Lord Goddard affirme dans un premier temps dans l'arrêt Kuruma que la preuve par ailleurs recevable l'est sans que le juge n'ait à se préoccuper de l'origine de cette preuve. Il réaffirme la règle générale.

L'appelant ayant enfourché sa bicyclette emprunte une route qu'il sait être patrouillée et, à un barrage de police, deux constables de rang inférieur après la fouille d'usage, découvrent des cartouches. Sur la foi de ces renseignements et malgré une procédure douteuse devant le tribunal militaire, celui-ci condamne Kuruma à mort. Kuruma prétendait que la fouille elle-même était illégale, puisque pratiquée par des officiers de rang insuffisant. La preuve ainsi obtenue aurait dû être exclue au procès.

Le Conseil privé, réaffirmant la règle de recevabilité, décide que le juge n'a pas à se soucier d'infractions présumées dans le mode d'obtention de la preuve. L'appel n'est pas reçu 220. Et Lord Goddard d'ajouter en obiter qu'il existe bel et bien une discrétion (traduction) "d'écarter une preuve lorsque l'application stricte des règles de recevabilité serait inéquitable envers l'accusé" 221. Cette discrétion avait été reconnue dans *Noor Mohamed et Harris c. Director of Public Prosecution* 222. Suit ensuite, sans transition, le fameux passage: (traduction) "Si par exemple, la réception d'un élément de preuve quelconque, un document - mettons - avait été obtenue du défendeur par supercherie, il n'y a pas de doute que le juge pourrait à bon droit l'écarter" 223.

Il ne semble pas y avoir de relation de cause à effet entre la discrétion reconnue dans l'arrêt *Noor Mohamed*, et celle, illustrative semble-t-il pour Lord Goddard, permettant au juge de

refuser une preuve documentaire obtenue du défendeur par supercherie. Plus tard on a pu mettre au compte d'un "style obscur" la contradiction apparente entre la réaffirmation du principe général en matière de recevabilité de la preuve pertinente et l'illustration donnée par Lord Goddard d'un cas où le mode d'obtention d'une preuve pourrait inciter le juge à ne pas recevoir cette preuve.

Il faudrait alors chercher ailleurs le sens de cette curieuse discrétion judiciaire, peut-être dans le passage suivant immédiatement: (traduction) "c'est ce pouvoir discrétionnaire qui est le fondement de la décision de Lord Guthrie dans l'affaire *H.M. Advocate c. Turnbull*" 224. Possible, mais cette dernière décision est écossaise, et les règles en matière de recevabilité de la preuve illégalement ou irrégulièrement obtenue sont différentes en *Common Law* écossaise de celles qui prévalent en Angleterre. Or Lord Goddard continue ainsi:

The other cases from Scotland to which their Lordships attention was drawn, *Rattray c. Rattray*, *Lawrie c. Muir and Fairley c. Fishmongers of London*, all support the view that if the evidence is relevant it is admissible and the Court is not concerned with how it is obtained
225.

Lord Fraser dit poliment de ce passage "I find this passage difficult to follow" 226. En effet, en droit écossais l'irrégularité de la méthode d'obtention de la preuve n'entraîne pas automatiquement le rejet de la preuve, le juge devant évaluer différentes considérations pour décider de la recevabilité dans

chaque cas d'espèce 227.

Faut-il donc conclure que Lord Goddard aurait mal interprété cet aspect du droit de la preuve, d'abord en étendant la discrétion aux preuves documentaires obtenues frauduleusement du défendeur, et ensuite en interprétant à contresens la jurisprudence écossaise? De cette dernière, Lord Fraser note dans R. c. Sang: "With the greatest respect, the case does not seem to support the proposition for which it was cited by Lord Goddard C.J. that in Scottish Law that if the evidence is relevant, it is admissible" 228.

Quant à la première déduction de Lord Goddard, s'il y a malentendu, le principe énoncé a fait école.

En contradiction avec la règle de recevabilité réitérée par Lord Goddard dans la *Ratio decidendi* de *Kuruma*, le cas des preuves obtenues du prévenu par trucs, supercheries, machinations ou autres techniques repréhensibles a accaparé l'attention des juges qui se sont réclamés, jusqu'à l'arrêt Sang, de l'obiter de Lord Goddard pour réaffirmer eux-mêmes l'existence d'une telle discrétion. Cette évolution culmine dans *Callis c. Gunn* 229. Lord Parker se réclamant de l'obiter de Lord Goddard à propos de la discrétion de refuser une preuve inéquitable envers l'accusé y affirme:

... in considering whether admissibility would operate unfairly against a defendant one would certainly consider whether it had been obtained in

an oppressive manner, by force or against the wishes of an accused person. That is the general principle ²³⁰.

Ce qui ne peut être facilement réconcilié avec la recevabilité de toute preuve pertinente sans égard au mode d'obtention de celle-ci.

Mais revenons à l'opinion de Lord Goddard lui-même. Même en supposant qu'il ait interprété à tort la jurisprudence écossaise pour supporter son hypothèse, il est peut-être opportun de donner un sens à cette discrétion extrinsèque qu'il semble reconnaître.

La Cour suprême s'est à son tour penchée, dans R. c. Wray sur le célèbre obiter de Lord Goddard. Discutant celui-ci, le juge Judson, se disant d'accord avec les motifs de la Ratio dans Kuruma, ajoutait: "L'affirmation que le tribunal jouit du pouvoir d'écarter une preuve lorsque l'application stricte des règles de recevabilité serait inéquitable envers l'accusé est un obiter dictum que la jurisprudence citée ne justifie pas" ²³¹.

Pourtant le juge Goddard se réclame de H.M. Advocate c. Turnbull ²³². Lord Fraser tente de réconcilier ce paradoxe dans R. c. Sang. D'abord il fait remarquer que dans H.M. Advocate c. Turnbull, la preuve n'avait pas été obtenue suite à un "truc" mais par effraction à la résidence du prévenu, effraction qui ne pouvait être "excusée" au sens du droit écossais. Lord Guthrie affirmait alors: "If such important evidence (...) is

tainted by the method by which it was deliberately secured, I am of the opinion that a fair trial upon these charges is rendered impossible" 233.

Or, poursuit Lord Fraser, dans Jeffrey c. Black la preuve obtenue dans des circonstances similaires fut déclarée recevable, ce qui n'empêchait pas Lord Widgery d'affirmer:

The magistrates sitting in this case, like any other criminal tribunal in England and sitting under the English law, have a general discretion to decline to allow any evidence to be called by the prosecution if they think that it would be unfair or oppressive to allow that to be done 234

C'est ce passage qui permet à Lord Fraser de conclure que ce à quoi Lord Goddard fait référence lorsqu'il cite H.M. Advocate c. Turnbull, au delà des résultats pratiques différents suscités par les règles propres à la jurisprudence anglaise et écossaise, c'est un fondement commun à la discrétion, le devoir du juge d'assurer à l'accusé un procès équitable.

La troisième interprétation, celle de Lord Diplock dans l'arrêt R. c. Sang tente, contrairement à la précédente, de réconcilier la discrétion inhérente du juge de refuser une preuve peu probante et indûment préjudiciable à l'accusé avec l'exemple donné par Lord Goddard d'une preuve documentaire obtenue sous fausses représentations. A propos des notes de Lord Goddard, Lord Diplock affirme:

Up to the sentence that I have emphasized there is

nothing in this passage to suggest that when Lord Goddard C.J. spoke of admissible evidence operating "unfairly" against the accused he intended to refer to any wider aspect of unfairness than the probable prejudicial effect of the evidence on the minds of the Jury outweighing its true evidential value; though he no doubt also had in mind the discretion that had long been exercised in England under the Judges' Rules to refuse to admit confessions by the accused made after the crime even though strictly they may be admissible. The instance given in the passage I have italicised appears to me to deal with a case which falls within the latter category since the document "obtained from a defendant by a trick" is clearly analogous to a confession which the defendant has been unfairly induced to make, and had, indeed, been so treated in R. v. Barker where an incriminating document obtained from the defendant by a promise of favours was held to be inadmissible

235

Or nous avons déjà souligné les différences entre le droit canadien en matière de recevabilité des aveux et l'extension qu'y donnent les juges anglais aux preuves obtenues de la personne de l'accusé. L'interprétation restrictive de Lord Diplock de la portée de l'obiter du juge Goddard aurait probablement satisfait la majorité des juges de la Cour suprême dans l'arrêt Wray.

Il est dommage par ailleurs que Lord Diplock escamote la suite de l'opinion de Lord Goddard et en particulier la référence à H.M. Advocate c. Turnbull. C'est pourquoi, malgré les difficultés sémantiques, l'auteur préfère l'interprétation de Lord Fraser, laquelle a au moins l'avantage de résoudre un des paradoxes auxquels nous confronte Lord Goddard dans cet arrêt Kuruma.

D'autant plus que la notion "élargie" d'équité qui incorpore une évaluation subjective du mode d'obtention de la preuve sera reprise dans notre analyse ultérieure plus détaillée de l'arrêt R. c. Sang.

Soulignons enfin qu'il ne s'agit dans les deux cas que de la preuve obtenue du prévenu. Ce fait est important pour l'analyse des affaires subséquentes, où on a élargi considérablement les motifs susceptibles de rendre inéquitable pour l'accusé la présentation d'une preuve. Ces décisions touchent toutes directement le prévenu: son intégrité physique ²³⁶, son domicile ²³⁷ et l'incitation d'agents provocateurs ²³⁸. Elles peuvent toutes se justifier par analogie avec les règles de recevabilité des preuves en matière d'aveux involontaires. C'est ce qui incite probablement Lord Diplock à conclure, toujours en rapport avec l'obiter de Lord Goddard:

That statement was not in my view, ever intended to acknowledge the existence of any wider discretion than to exclude (1) admissible evidence which would probably have a prejudicial influence on the minds of the jury that would be out of proportion to its true evidential value and (2) evidence tantamount to a self-incriminatory admission which was obtained from the defendant, after the offence had been committed, by means which would justify a judge in excluding an actual confession which had the like self-incriminating effect ²³⁹.

Nous reviendrons sur l'exercice de la discrétion du juge des faits d'écarter une preuve pertinente à faible valeur probante.

Quant aux diverses décisions commentées par Lord Diplock dans R. c. Sang, il convient de distinguer entre les rares cas où le juge a exercé sa discrétion de ne pas recevoir une preuve pertinente au motif que le mode d'obtention de cette preuve était de nature à porter préjudice à l'accusé, et les obiter dicta sur le sens qu'il faut donner à l'arrêt Kuruma c. R.

Dans Callis c. Gunn, Lord Parker étend la discrétion judiciaire d'écarter une preuve pertinente obtenue de l'accusé lorsque le mode d'obtention est inéquitable pour l'accusé 240.

Dans l'affaire Murphy, on va plus loin encore, et on sanctionne le mode d'obtention de la preuve sans faire entrer en ligne de compte la notion d'équité 241.

Le professeur Haydon identifie quatre affaires dans tout le Commonwealth où des tribunaux supérieurs ont semblé accepter de suivre la voie d'une discrétion judiciaire fondée sur l'inéquité envers l'accusé du mode d'obtention de la preuve.

Dans les affaires anglaises R. c. Court et R. c. Payne, ce sont de fausses représentations précédant des examens médicaux sur la personne de l'accusé qui permirent d'exclure la preuve médicale que l'accusé était en état d'ébriété. Dans les deux cas l'accusé avait été informé que les examens ne visaient qu'à vérifier son état de santé 242.

Dans R. c. Ireland, une affaire australienne, le juge refuse d'admettre une preuve médicale et une photographie obtenues de l'accusé sous fausses représentations 243.

Finalement dans l'affaire australienne Demicoli, la discrétion du juge fut étendue aux cas d'exams d'haleine statutairement requis pour les infractions mineures, lorsqu'en fait ces tests étaient imposés à l'accusé pour des infractions majeures 244.

Dans ces quatre affaires, le juge exerça sa discrétion pour rejeter ces preuves obtenues de la personne de l'accusé en fonction du mode d'obtention inéquitable de ces preuves. Les *ratio decidendi* de ces quatre affaires se rapprochent des explications données par Lord Fraser ou Lord Diplock sur la portée de l'obiter de Lord Goddard lorsqu'une preuve a été obtenue par des trucs.

Le cas de l'affaire Murphy est, bien sûr, particulier. Il s'agissait d'étendre aux agents provocateurs le concept de preuve inéquitable parce qu'obtenue de façon irrégulière, ouvrant ainsi la voie à l'exercice de la discrétion de refuser une preuve par ailleurs recevable. Le mouvement se propagea jusqu'à ce que la Chambre des Lords mette le point final à la question dans R. c. Sang 245.

Après avoir réaffirmé que la défense d'entrapment

n'existe pas en droit anglais ²⁴⁶, et que l'exclusion de la preuve permettrait de faire indirectement ce qui n'était pas reconnu ²⁴⁷, Lord Diplock ferma définitivement cette porte en ces termes:

My Lords, this submission goes far beyond a claim to a judicial discretion to exclude evidence that has been obtained unfairly or by trickery; nor in any of the English cases on agents provocateurs that have come before appellate courts has it been suggested that it exists. What it really involves is a claim to a judicial discretion to acquit an accused of any offence in connection with which the conduct of the police incurs the disapproval of the judge. The conduct of the police where it has involved the use of an agent "provocateur" may well be a matter to be taken into consideration in mitigation of sentence; but under the English system of criminal justice it does not give rise to any discretion on the part of the judge himself to acquit the accused or to direct the jury to do so, notwithstanding that he is guilty of the offence ²⁴⁸.

Cette réticence des Lords dans l'arrêt Sang d'étendre en dehors des preuves obtenues de l'accusé lui-même une discrétion du juge de refuser de par son mode d'obtention une preuve par ailleurs recevable, nous amène en dernière analyse à deux arrêts importants tous deux signés par Lord Parker.

Dans *Callis c. Gunn*, se réclamant de Lord Goddard dans *Kuruma*, Lord Parker énonce d'abord le sens qu'il donne à l'objection de ce dernier: "As Lord Goddard points out, and indeed as is well known, in every criminal case a judge has a discretion to disallow evidence even if in law relevant and therefore, admissi-

ble, if admissibility would operate unfairly against an accused"
249.

Puis il complète cette exception jouant en faveur de
l'accusé d'un "principe général" qu'il énonce en ces termes:

I would add that in considering whether admissibility would operate unfairly against an accused, one would certainly consider whether it had been obtained in an oppressive manner by force or against the wishes of an accused person. That is the general principle 250.

Dans R. c. Sang on rejette cette extension de la discrétion judiciaire. Pourtant Lord Parker ne fait que lier le concept d'équité pour l'accusé au mode d'obtention de la preuve obtenue, ce qui rejoint l'explication que donne Lord Fraser de l'obiter de Lord Goddard dans Kuruma. Pourquoi cette distinction apparente? Peut-être parce que Lord Fraser assimile l'affirmation de ce "principe général" par Lord Parker, et qui est en fait une exception à la règle générale de recevabilité, à un autre fondement de la discrétion telle que la définit Lord Hodson dans l'affaire King:

Having considered the evidence and the submissions advanced, their Lordships hold that there is no ground for interfering with the way in which the discretion has been exercised in this case. This is not in their opinion a case in which evidence has been obtained by conduct of which the Crown ought not to take advantage. If they had thought otherwise they would have excluded the evidence even though tendered for the suppression of crime
251.

En toute déférence, il est étrange que Lord Fraser dise des notes de Lord Parker dans *Callis c. Gunn* et de celles de Lord Hodson dans l'affaire *King* qu'elles réfèrent à des concepts similaires ("essentially the same principle").

L'arrêt *King* fait référence à une discrétion qui pourrait s'exercer dans le cas où la poursuite ne devrait pas bénéficier de l'acte illégal commis pour obtenir la preuve, concept qui prendra une importance considérable au cours des débats ayant entouré l'adoption des règles de preuve en matière d'interception de communications privées au Canada, mais qui n'a rien à voir avec l'équité envers l'accusé.

Lord Parker, même s'il érige en "principe général" ce qui n'est en définitive qu'une exception à la règle d'admissibilité se limite quant à lui à une discrétion s'exerçant en fonction de l'équité envers l'accusé. D'autant plus que c'est au nom de l'équité qu'on affirmera dans l'arrêt *Sang*:

I consider that it is a clear principle of the law that a trial judge has the power and the duty that the accused has a fair trial. Accordingly, amongst other things, he has a discretion to exclude legally admissible evidence if justice so requires (...)²⁵².

La deuxième affaire dans laquelle Lord Parker exerce sa discrétion est *R. c. Payne*²⁵³. C'est aussi une affaire où un médecin obtient des preuves préjudiciables à l'accusé à la suite d'un examen médical auquel souscrit l'accusé sous fausses repré-

sentations. Malgré le fait que l'accusé ait coopéré, et parce que la preuve a été obtenue par un "truc", Lord Parker enjoint le Magistrat de première instance d'exercer sa discrétion de rejeter la preuve en question même si elle est par ailleurs clairement recevable.

On se trouve dans le cas précis décrit par Lord Goddard. Pourtant Lord Fraser qui accepte les conclusions de Lord Parker (mais non ses motifs) fait abstraction de toute considération relative à l'obtention de la preuve et justifie l'exclusion de la preuve dans *R. c. Payne* par une extension de la discrétion inhérente en matière d'aveux: "I regard the decision as being based, at least in part, on the maxim *nemo tenetur seipsum accusare* 254.

En Angleterre, pour conclure, le champ d'exercice de la discrétion judiciaire d'écarter une preuve pertinente irrégulièrement obtenue, est limité, en pratique, aux seules preuves obtenues de la personne de l'accusé. Le droit anglais est, en ce sens, différent du droit canadien tel qu'il est exposé dans les arrêts de la Cour suprême *Procureur général du Québec c. Bégin et Curr c. La Reine* 254a.

Le fondement de cette discrétion peut être retracé à l'obiter de Lord Goddard dans l'affaire *Kuruma* ou à une extension du privilège contre l'auto-incrimination.

Le mode d'obtention de cette preuve obtenue de l'accusé est pertinent dans la mesure où les trucs, stratagèmes et autres techniques d'enquête douteuses avant permis d'obtenir la preuve rendent inéquitable pour l'accusé la réception de cette preuve à l'instance.

Dans l'arrêt King, on fait un pas de plus, l'exclusion de la preuve devenant un moyen détourné de contrôler les pratiques d'enquête.

Dans l'arrêt Sang, les Lords rejettent explicitement de donner cette extension à la discrétion judiciaire de ne pas recevoir la preuve pertinente.

Quant à la portée exacte de la discrétion, elle reste à définir à l'intérieur des balises que donne Lord Fraser dans R. c. Sang, l'arrêt le plus récent et complet sur la question:

The dicta are so numerous and so authoritative that I do not think it would be right to disregard them, or to treat them as applicable only to cases where the prejudicial effect of the evidence would outweigh its probative value (...). On the other hand, I doubt whether they were ever intended to apply to evidence obtained from sources other than the accused himself or from premises occupied by him. Indeed it is not easy to see how evidence obtained from other sources even if the means for obtaining it were improper could lead to the accused being denied a fair trial 255.

C- La discrétion judiciaire

1) Au Canada

Dans *R. c. Wray*, la Cour suprême du Canada avait à se pencher sur la portée de la discrétion judiciaire inhérente d'écarter une preuve pertinente et par ailleurs recevable ²⁵⁶.

L'intimé dans un aveu jugé involontaire, donc non recevable, indique le lieu où il a jeté l'arme du crime. Il accompagne ensuite les policiers à l'endroit indiqué, et on y trouve l'arme.

Le juge des faits ayant appliqué les règles issues de l'arrêt *St. Lawrence* reçoit la preuve que l'accusé avait indiqué l'endroit où se trouvait l'arme et la partie de l'aveu ainsi confirmée ²⁵⁷.

En appel, le juge Aylesworth reconnut la discrétion du juge des faits d'écarter une preuve pertinente et par ailleurs recevable en des termes qui ont fait école:

A notre avis, le juge de première instance a le pouvoir discrétionnaire d'écarter une preuve, même fort probante, s'il considère que la recevoir serait injuste ou inéquitable envers l'accusé ou de nature à discréditer l'image de la justice ²⁵⁸.

Le juge Aylesworth n'indique cependant pas le fondement jurisprudentiel lui permettant d'arriver à ce résultat. Telle que le conçoit le juge Aylesworth la discrétion judiciaire recouvre à première vue deux cas distincts. Le juge peut d'abord exclure

une preuve même fort probante qu'il serait injuste ou inéquitable envers l'accusé de recevoir. En plus, le juge peut ne pas recevoir une preuve qui ternirait l'image de la justice.

Ces deux paliers discrétionnaires suscitent quelques observations préalables à l'analyse de l'arrêt Wray.

Lorsque le juge Aylesworth fait allusion à une discrétion inhérente de rejeter une preuve, même fort probante, dont l'admission serait injuste ou inéquitable envers l'accusé, il méinterprète les principes en cause. Nous avons déjà souligné au paragraphe 1) que la discrétion inhérente, bien établie en Common Law, est celle de rejeter une preuve fort peu probante mais indûment préjudiciable à l'accusé.

D'autre part, à partir de l'obiter de Lord Goddard dans Kuruma c. R., une certaine jurisprudence a étendu l'exercice de la discrétion aux preuves obtenues de l'accusé et dont le mode d'obtention est susceptible, si cette preuve est reçue, de rendre le procès inéquitable pour l'accusé. C'est probablement à cette jurisprudence qu'il faut relier le premier volet de la discrétion telle que la conçoit le juge Aylesworth.

Quant à la preuve qui ternirait l'image de la justice, ce concept n'existe nulle part, sinon par analogie dans l'arrêt King 260. Lord Hodson semble y indiquer qu'il peut exister des cas où le juge pourra exercer sa discrétion de refuser une preuve

par ailleurs recevable quant la poursuite ne devrait pas tirer profit de ses actes illégaux.

Donc des trois palliers discrétionnaires, le juge Aylesworth passe sous silence l'authentique discrétion inhérente (qui sera reconnue par la Cour suprême) et accepte d'une part la conception "généreuse" qui est celle de Lord Parker dans *Callis c. Gunn* 261 (limitée cependant aux preuves obtenues de l'accusé) et d'autre part la spéculation en obiter de Lord Rodson dans l'arrêt *King*.

En appel, la Cour suprême du Canada devait répondre à la question suivante: "La Cour d'Appel d'Ontario a-t-elle fait une erreur de droit en statuant que le savant juge de première instance jouissait de la discrétion de refuser d'admettre la preuve que l'accusé était impliqué dans le repérage de l'arme" 262.

Le juge Aylesworth avait reconnu cette discrétion au nom de deux principes concurrents, l'équité pour l'accusé et la protection de l'image de la justice.

L'appel soulevait donc le problème de la recevabilité des aveux involontaires, celui des preuves matérielles qui en découlent, et par extension celui de la discrétion du juge d'exclure dans certains cas une preuve par ailleurs recevable. En supposant qu'une telle discrétion existe, est-elle d'application gé-

nérale, ou limitée aux preuves obtenues à la suite d'aveux non volontaires. Finalement quelles sont les modalités d'exercice de cette discrétion reconnue par la Cour d'Appel d'Ontario.

Nous avons déjà étudié le droit applicable à la recevabilité des aveux, il nous reste à examiner les conclusions de la Cour au niveau de la portée et des modalités d'exercice du pouvoir discrétionnaire du juge d'exclure une preuve par ailleurs recevable.

Il est probablement opportun de souligner d'abord qu'aucun des juges de la Cour suprême qui se sont exprimés dans R. c. Wray sur le problème de la discrétion judiciaire n'établit de distinctions entre les différents types de discrétion ou, à la rigueur, ne cherche à définir les différentes modalités d'exercice de la discrétion selon le type de preuve qui fait l'objet du litige.

Dans R. c. Sang, dix ans après l'arrêt Wray, Lord Scarman posait la question "Is there one discretion or are there several? What is the scope of it (of each of them)? On what principles should the discretion be exercised in modern conditions? 263". On cherche en vain une telle problématique dans les notes des juges de la Cour suprême.

Pourtant la question est importante, dans la mesure où, comme le juge en chef Cartwright le reconnaît implicitement 264,

et comme les Lords semblent le confirmer dans *R. c. Sang*, le fondement discrétionnaire ou à tout le moins les conditions d'exercice de la discrétion, diffèrent selon que l'on ait affaire à la discrétion inhérente générale ou à la discrétion en matière de déclarations incriminantes ou de preuves assimilables à des aveux.

Le juge Carthwright, dissident, refuse implicitement une extension extra-judiciaire de la maxime *Nemo tenetur debet seipsum accusare*, pour justifier une discrétion s'exerçant pour des considérations non judiciaires. Il donne d'autre part à l'exercice de la discrétion une portée très large qui, au nom de l'équité pour l'accusé, et même dans les cas d'atteinte à l'image de la justice, permet au juge, en matière d'aveux, d'écarter une preuve irrégulièrement obtenue.

Il ne tente cependant pas de distinguer entre ce type de discrétion, dont la nature et la portée ressemblent étrangement, confinée aux aveux, à celle que justifie Lord Parker dans *Callis c. Gunn* ²⁶⁵, et la discrétion inhérente générale que reconnaîtront ses autres collègues de la Cour suprême. Le juge Hall se range du côté du juge Cartwright.

Le juge Spence, dissident, reconnaît une discrétion générale, qui joue contre le Ministère public, de refuser une preuve qui discréditerait l'administration de la justice. Cette discrétion générale, au fondement extrinsèque au procès n'a rien

à voir avec celle, comme l'appréhende le juge Cartwright, qui s'exerce par équité envers l'accusé.

Par ailleurs, et en plus de cette discrétion générale, dont il faut probablement chercher l'origine dans l'arrêt King, lorsque le juge Spence réfère aux faits dans l'affaire en litige, il se réclame de la maxime *nemo debet tenetur seipsum accusare*, donnant une extension extra-judiciaire à celle-ci.

Restent les juges Martland et Judson qui livrent pour la majorité les motifs de la Cour. Eux non plus ne font pas de distinction entre les différents types de discrétion, ou les conditions différentes d'exercice selon les circonstances. De ces circonstances le juge Martland affirme:

Quelle est la mesure de l'aspect "inéquitable" qui rend irrecevables les témoignages des médecins dans les affaires Court et Payne où l'on a induit les accusés en erreur sur le but de l'examen médical, mais tient pour recevable une preuve obtenue par la fouille illégale sur la personne, dans les affaires Kuruma et King, et celle obtenue par la supercherie d'agents provocateurs dans l'affaire Murphy? 266.

Le Conseil privé, dans R. c. Sang, répond en partie à ces questions. La défense d'entrapment n'existe pas en droit anglais et on ne peut arriver au même résultat en invoquant une hypothétique discrétion judiciaire de refuser la présentation d'une preuve dans le cas où un agent provocateur est impliqué.

Dans le cas des affaires Court et Payne, et à la lumiè-

re de l'interprétation qu'on en donne dans *R. c. Sang*, la discrétion s'exerce pour refuser une preuve matérielle assimilable à un aveu au nom d'une extension extra-judiciaire du principe contre l'auto-incrimination, ou, à la limite, au nom de l'équité envers l'accusé.

Finalement dans le cas des arrêts *Kuruma* et *King*, il s'agissait de perquisitions illégales sur la personne de l'accusé. Dans *King*, l'infraction commise n'a pas justifié que l'on "généralise" la poursuite. Dans *Kuruma*, même si Lord Goddard est silencieux en l'espèce, il faut supposer que la fouille elle-même souffrait seulement d'un vice technique, ce qui permettait de recevoir la preuve.

Même si le juge Martland se réclame des faits dans l'affaire *Kuruma* pour se justifier de donner une interprétation très restrictive à la discrétion inhérente, en montant en épingle les irrégularités techniques au niveau de l'enquête, de l'instruction et du procès de *Kuruma*, c'est la fouille illégale qui était invoquée par l'appelant afin de demander l'exclusion de la preuve; or l'illégalité dans ce cas ne provenait que d'un vice technique relativement mineur. La sentence elle, était injustement draconienne et c'est sur celle-ci que le Conseil privé exerça "ses bons offices" pour recommander la clémence.

Il est possible que le résultat eût été tout autre si *Kuruma* avait été torturé par exemple; tel aurait très probable-

ment été le résultat si on accepte l'interprétation que donnent à l'arrêt les Lords dans R. c. Sang.

Ces considérations sont à rapprocher des notes de Lord Cooper dans Lawrie c. Muir sur l'exercice de la discrétion:

(traduction) Le droit doit chercher à concilier deux objectifs très importants qui sont susceptibles d'entrer en conflit: (a) le désir du citoyen d'être protégé des atteintes illégales ou irrégulières à sa liberté par l'administration et (b) celui de l'Etat de garantir que la preuve de la perpétration d'un crime qui est nécessaire pour que justice soit rendue ne soit pas écartée des tribunaux pour de simples motifs de formalité ou de rigidité. On ne peut trop insister sur l'un et l'autre de ces objectifs. La protection du citoyen est essentiellement celle de l'innocent contre toute intervention injustifiée, abusive, ou, peut-être, arbitraire, et dont la sanction ordinaire est un recours en dommages. Cette protection ne vise pas à mettre le coupable à l'abri des efforts du Ministère public pour faire appliquer la loi. Par contre, l'intérêt de l'Etat ne peut aller jusqu'à exiger l'abandon de toutes les garanties de protection du citoyen et constituer une incitation pour l'administration à se servir de méthodes irrégulières 267.

Il faut toutefois garder à l'esprit les dangers d'une analogie trop systématique entre le droit anglais et la jurisprudence écossaise. Cette dernière, de par ses règles discrétionnaires propres est à l'origine des ambiguïtés que soulève l'arrêt Kuruma.

De toute façon, le juge Martland ne répond pas à la question qu'il pose et passe à l'analyse du droit applicable en l'espèce.

Dans l'arrêt Gray, la preuve en litige est fort probante et fort préjudiciable à l'accusé. Elle a cependant été obtenue suite à un aveu irrégulièrement obtenu, ce que tout le monde admet. Ni le juge Martland, ni le juge Judson n'envisagent le problème sous l'angle d'une discrétion en matière d'aveux involontaires. Ils se contentent d'accepter sans les discuter, les résultats de la règle énoncée dans l'arrêt St. Lawrence.

Par ailleurs, les règles générales s'appliquent. Pour le juge Martland: "Le rôle du tribunal, selon notre droit consiste à trancher le litige dont il est saisi d'après la preuve recevable en droit, et ne va pas jusqu'à rejeter, pour tout autre motif, une preuve recevable en droit" 268.

Le principe posé, existe-t-il une discrétion inhérente et quand et comment s'exerce-t-elle?

Il n'y a lieu pour le juge de première instance d'exercer ce pouvoir discrétionnaire que s'il est inéquitable de recevoir la preuve. Recevoir une preuve pertinente à la question en litige et de grande force probante peut avoir un effet défavorable à l'accusé sans être inéquitable. C'est seulement le fait de recevoir une preuve fortement préjudiciable à l'accusé et dont la recevabilité tient à une subtilité, mais dont la valeur probante à l'égard de la question fondamentale en litige est insignifiante, qui peut-être considéré comme inéquitable. Il est également dit (...) que le juge peut à sa discrétion, écarter des éléments de preuve de faible valeur s'ils sont susceptibles de porter préjudice indû, de prendre par surprise ou d'embrouiller le litige. Ce principe (...) n'est pas en cause dans le présent pourvoi 270.

Mais alors qu'elle interprétation convient-il de donner

aux décisions qui, de Kuruma à Payne ont développé le concept d'une discrétion qui permet de rejeter une preuve irrégulièrement obtenue lorsque de la recevoir serait inéquitable envers l'accusé?

Dans les affaires Court et Payne, je crois qu'on a confondu "inéquitable" dans la manière de se procurer la preuve et "inéquitable" dans le fait de la recevoir au procès. (...) Le principe qu'elles expriment remplacerait le critère de l'affaire Noor Mohamed, fondé sur le devoir du juge de première instance de s'assurer que l'opinion des jurés ne soit pas préjugée par une preuve de peu de valeur probante, mais fortement préjudiciable, par celui de savoir si une preuve dont la force probante est irrécusable, a été obtenue par des procédés que le juge de première instance à sa discrétion, considère inéquitables. L'exclusion de la preuve pour ce dernier motif n'a absolument rien à voir avec l'obligation du juge d'assurer un procès équitable à l'accusé 271.

Ou encore:

Aucun pouvoir judiciaire ne permet d'écarter une preuve pertinente, très pertinente dans la présente affaire, parce que la recevoir serait inéquitable envers l'accusé (...). La règle d'exclusion appliquée dans la présente affaire est à rejeter 272.

Mais le juge n'a-t-il pas, en dernier ressort, l'obligation essentielle de protéger l'image de la justice et refuser exceptionnellement une preuve par ailleurs recevable dans ces cas extrêmes où la poursuite ne doit pas "bénéficier" d'actes illégaux commis par les forces de l'ordre?

Les juges Martland et Judson ne voient pas le fondement, ni l'utilité, d'une telle discrétion judiciaire.

Je ne connais aucune jurisprudence, ni loi, ni en Angleterre, qui appuie la proposition que le juge de première instance a le pouvoir discrétionnaire d'écarter une preuve recevable parce qu'à son avis, la recevoir serait de nature à discréditer l'image de la justice.²⁷³

De même:

A mon avis, il n'y a aucune raison d'admettre l'existence de ce pouvoir discrétionnaire dans ces circonstances.²⁷⁴

L'arrêt Wray nous laisse donc sur notre faim dans la mesure où le résultat est conforme à la jurisprudence canadienne dominante mais les motifs de tous les juges escamotent une analyse rationnelle des courants jurisprudentiels anglais et écossais.²⁷⁵

2) En Angleterre

Dans l'arrêt Sang c. La Reine, le Comité judiciaire du Conseil privé se penche sur la portée de la discrétion judiciaire d'écarter une preuve irrégulièrement obtenue.²⁷⁶

Sur une inculpation de contrefaçon, la défense allègue que le juge des faits doit tenir un "voir dire" sur la recevabilité de la preuve présentée par la Couronne. En effet l'infraction aurait été incitée par un agent provocateur. Le juge des

faits décide qu'il ne peut écarter la preuve pour ce motif.

La Cour d'Appel confirme la décision du juge de première instance. Cependant, la Cour élargit ses considérations au problème plus général de la portée de la discrétion judiciaire d'écarter une preuve autre qu'une preuve à valeur probante tenue.

Le Comité judiciaire de la Chambre des Lords avait à son tour à répondre à la question suivante, sur laquelle permission d'appeler fut accordée: "does a trial judge have a discretion to refuse to allow evidence, being evidence other than evidence of admission, to be given in any circumstances in which such evidence is relevant and of more than minimal probative value? 276a.

Le Comité judiciaire refuse d'abord de voir dans la défense d'entrapment la possibilité pour l'accusé d'être acquitté de l'inculpation qui pèse sur lui. L'incidence d'un agent provocateur sur la commission de l'acte criminel n'est qu'un facteur à évaluer dans le processus sentenciel. Reconnaître une discrétion judiciaire d'écarter une preuve lorsque celle-ci est le fait d'un agent provocateur équivaldrait en pratique à reconnaître la défense d'entrapment, et doit en conséquence être rejetée.

Lord Diplock affirme:

I understand your Lordships to be agreed that what-

ever be the ambit of the judicial discretion to exclude admissible evidence it does not extend to excluding evidence of a crime because the crime was instigated by an agent provocateur 277.

Le Comité judiciaire poursuit son étude de la discrétion judiciaire d'écarter la preuve pertinente en établissant la distinction entre les preuves à valeur probante ténue, les preuves autres que celles à valeur probante ténue et finalement les preuves assimilables à un aveu involontaire.

Le Comité judiciaire réitère l'existence d'une discrétion judiciaire d'écarter une preuve à valeur probante ténue et fortement préjudiciable à l'accusé. Recevoir une telle preuve serait inéquitable pour l'accusé.

En ce qui concerne la recevabilité des aveux, la discrétion de les exclure constitue une branche séparée du droit. Cette discrétion a pour fondement des considérations historiques qui peuvent se traduire dans l'état actuel du droit par une extension extra-judiciaire du privilège contre l'auto-incrimination.

Lord Diplock affirme:

The underlying rationale of this branch of the criminal law, though it may originally have been based on ensuring the reliability of confessions is, in my view, now to be found in the maxim, *nemo debet prodere seipsum* (...). That is why there is no discretion to exclude evidence discovered as the result of an illegal search but there is

discretion to exclude evidence which the accused has been induced to produce voluntarily if the method of inducement was unfair. Outside this limited field in which for historical reasons the function of the trial judge extended to imposing sanctions for improper conduct on the part of the prosecution before the commencement of the proceedings in inducing the accused by threats, favour or trickery to provide evidence against himself your Lordships should, I think, make it clear that the function of the judge at a criminal trial as respects the admission of evidence is to ensure that the accused has a fair trial according to law 278.

Le comité judiciaire tente de répondre à la question de savoir s'il existe, en dehors des preuves obtenues de l'accusé, une discrétion judiciaire d'écarter les preuves autres que celles à valeur probante ténue. D'où la ratio decidendi de l'arrêt

Sang:

(1) A trial judge in a criminal trial has always a discretion to refuse to admit evidence if in his opinion its prejudicial effect outweighs its probative value.

(2) Save with regard to admissions and confessions and generally with regard to evidence obtained from the accused after commission of the offence, he has no discretion to refuse to admit relevant admissible evidence on the ground that it was obtained by improper or unfair means. The court is not concerned with how it was obtained 279.

L'arrêt Sang innove cependant en utilisant la formule "preuves obtenues de la personne de l'accusé". Nous avons vu précédemment les justifications au fondement de la discrétion judiciaire d'écarter non seulement les déclarations incriminantes antérieures de l'accusé mais aussi les autres preuves obtenues

inéquitablement de la personne de l'accusé. Il reste maintenant à analyser l'arrêt Sang pour délimiter la portée de cette discrétion judiciaire qui oblige le juge à se pencher sur le mode d'obtention de cette preuve irrégulièrement, ou en l'espèce inéquitablement obtenue.

Mettant en parallèle les règles de recevabilité des aveux antérieurs et l'obligation faite au juge d'assurer à l'accusé un procès équitable, les Lords juges tentent de résoudre les contradictions inhérentes au refus, d'une part, de reconnaître au juge un pouvoir discrétionnaire d'écarter les preuves irrégulièrement obtenues, et l'extension, d'autre part, aux preuves obtenues de la personne de l'accusé, des règles particulières de recevabilité des aveux.

Les Lords dressent, dans l'arrêt Sang, quelques balises sur la portée et l'exercice de la discrétion judiciaire d'écarter une preuve en fonction de considérations extra-judiciaires.

Pour Lord Diplock la discrétion judiciaire d'écarter la preuve pertinente se limite aux deux situations suivantes:

(1) Admissible evidence which would probably have a prejudicial influence on the minds of the jury that would be out of proportion to its true evidential value and,

(2) evidence tantamount to a self-incriminatory admission which was obtained from the defendant, after the offence had been committed, by means which would justify a judge in excluding an actual confession which had the like self-incriminating

effect 279a.

Pour Lord Diplock, l'équité (fairness) est un concept qui demeure intrinsèque au déroulement du procès, sauf pour les preuves obtenues de la personne de l'accusé.

Le Vicomte Dilhorne, lui, semble s'en tenir à l'interprétation restrictive de Lord Diplock:

I referred (...) to the overriding duty of the judge to ensure that a trial is fair. His discretion to control the use of relevant admissible evidence is exercised in the discharge of this duty. It is the use of the evidence, not, save in relation to confessions and admissions by the accused, the manner in which it has been obtained, with which he is concerned 280.

Lord Salmon refuse tout droit de regard judiciaire sur les méthodes d'enquête utilisées par les policiers. Ayant spécifié que ses remarques n'étaient qu'obiter, il ajoute:

I consider that it is a clear principle of the law that a trial judge has the power and the duty to ensure that the accused has a fair trial. Accordingly, amongst other things he has a discretion to exclude legally admissible evidence if justice so requires 281.

Après avoir énuméré les types "classiques" d'exclusion, il ajoute que dans l'affaire Wong Kam-Ming on a exclu au nom de l'équité un aveu involontaire confirmé par l'accusé, sous serment, au procès 282. Lord Salmon s'associe aux conclusions de Lord Diplock en insistant cependant que, pour lui, les catégories de cas où le juge peut au nom de l'équité envers l'accusé exclure

une preuve par ailleurs recevable ne seront jamais autrement limitées que par législation, laissant ainsi la porte ouverte à une interprétation plus large que celle donnée dans l'arrêt proprement dit.

Pour Lord Fraser, il ne fait aucun doute que la discrétion inhérente va plus loin que celle permettant de rejeter une preuve fortement préjudiciable mais de faible valeur probante. Se réclamant des nombreux obiter sur la portée de cette discrétion et surtout des cas où elle fut invoquée, et tentant (comme le fera Lord Scarman) de réconcilier la jurisprudence anglaise avec le case law écossais, il limite en ces termes l'extension extra-judiciaire de la notion d'équité:

(...) I doubt whether they (the dicta) were ever intended to apply to evidence obtained from sources other than the accused himself or from premises occupied by him. Indeed it is not easy to see how evidence obtained from other sources, even if the means for obtaining it were improper, could lead to the accused being denied a fair trial (...) that is enough to preserve the important principle that the judge has an overriding discretion to exclude evidence the admission of which would prevent the accused from having a fair trial. The result will be to leave judges with a discretion to be exercised in accordance with their individual views of what is unfair or oppressive or morally reprehensible 283.

Lord Scarman tente de réconcilier les règles en matière de recevabilité de la preuve irrégulièrement obtenue avec les fins du processus judiciaire. Ce faisant il en arrive à la conclusion que les différents champs d'application de la discrétion judiciaire de refuser une preuve par ailleurs recevable ne sont

que des manifestations différentes d'une même discrétion inhérente qui va plus loin que celle cristallisée dans l'arrêt Noor Mohamed .

De ces extraits, Mes notes de Lord Scarman en particulier, il convient de tirer une première conclusion. Le juge qui veut exercer sa discrétion d'exclure une preuve par ailleurs recevable, doit se demander au préalable s'il s'agit d'une preuve obtenue directement ou indirectement de l'accusé lui-même. Car si tel est le cas les modalités d'exercice en seront différentes. L'extension extrinsèque au procès que tous les Lords acceptent de donner à la maxime *nemo tenetur seipsum prodere*, permet en effet de porter un jugement de valeur sur la méthode par laquelle une preuve a été obtenue et, le cas échéant, d'écarter cette preuve.

La discrétion inhérente joue, elle, en fonction de la valeur probante tenue d'une preuve et de son effet préjudiciable indu sur l'accusé. Le juge peut refuser la preuve s'il estime que son utilisation risque de rendre le procès inéquitable pour l'accusé. Par ailleurs dans le cas des aveux involontaires et des preuves directes ou indirectes assimilables à un aveu, ce n'est pas l'utilisation inéquitable de la preuve au procès qui donne ouverture à la discrétion judiciaire, mais le mode d'obtention de celle-ci. On arrive à ce résultat par deux raisonnements distincts: par une extension extra-judiciaire de la maxime *nemo debet tenetur seipsum accusare*, ou en fonction de l'inéquité pour l'accusé d'admettre une telle preuve.

Dans le cas de l'extension extra-judiciaire du privilège contre l'auto-incrimination, toute preuve obtenue "volontairement" de l'accusé sera recevable. La preuve que des trucs, promesses ou fausses représentations ont été utilisées pour l'obtenir est pertinente à cette détermination mais non essentielle à l'exercice de la discrétion proprement dite.

Si la discrétion s'exerce en fonction de l'équité, la méthode utilisée pour obtenir cette preuve est directement pertinente à l'évaluation de l'inéquité pour l'accusé de recevoir cette preuve 284.

Les fondements juridiques distincts qui sous-tendent ces deux approches, - c'est-à-dire l'équité et le refus de l'auto-incrimination -, sont eux-mêmes distincts de celui qui sous-tend la discrétion inhérente en matière de preuves "techniquement" recevables mais dont la valeur probante est tenue. Cette dernière se justifie par le principe de la pertinence. Dans ce cas, l'équité prend une connotation utilitaire; l'inéquité étant d'employer à l'égard de l'accusé des procédés qui ne sont pas compatibles avec la recherche de la vérité.

Or si le fondement de la discrétion en matière de preuves obtenues de l'accusé, et assimilables à un aveu involontaire, est le privilège contre l'auto-incrimination, il s'agit là d'une exception sui generis obéissant à ses règles propres. Si c'est au contraire l'extension extra-judiciaire du principe d'é-

quité, la règle générale de recevabilité devient sans objet pour les preuves obtenues sans le consentement de l'accusé.

Dans ce dernier cas, il y aurait contradiction absolue entre la règle générale, réitérée dans la *ratio decidendi* de l'arrêt, qui refuse de voir dans le mode d'obtention de la preuve un motif permmissible d'exclusion, et l'exception en matière de recevabilité des preuves obtenues de la personne de l'accusé. Pour recevoir toute preuve obtenue directement ou indirectement de l'inculpé, il faut résoudre cette contradiction. La réaffirmation catégorique du principe de recevabilité dans l'arrêt *Sang* nous oblige à rejeter cette interprétation.

Puisque les Lords reconnaissent comme fondement aux règles de recevabilité des aveux le privilège contre l'auto-incrimination, et qu'ils acceptent d'étendre aux preuves matérielles obtenues de l'accusé la portée de cette exception au régime normal de recevabilité de la preuve pertinente, c'est le caractère involontaire d'une preuve de ce type qui en rend la réception en preuve inéquitable pour l'accusé.

En ce sens le fondement de la discrétion judiciaire et son exercice se situent en dehors des règles générales de recevabilité, au même titre que les autres exceptions issues de la *Common Law*. La contradiction disparaît.

Cependant l'arrêt *Sang* entretient une certaine confusi-

on des critères que le juge doit évaluer dans l'exercice de sa discrétion. Lord Fraser accepte, semble-t-il les lignes directrices qu'énonce Lord Widgery dans *Jeffrey c. Black* pour qui:

"(...) it was open to justices to apply their discretion and to decline to allow evidence to be given if it had been obtained by police officers by trickery, oppressive conduct, unfairly or as a result of behaviour which was morally reprehensible" 285.

Lord Diplock rejette pour sa part le "code" discrétionnaire formulé par Lord Widgery.

On ne peut cependant parler, comme Lord Scarman, "d'une seule discrétion" car il y a bel et bien une discrétion particulière pour les preuves obtenues de l'accusé et assimilables à un aveu involontaire. C'est sans doute, en dernière analyse ce qui incite Lord Scarman à ajouter:

Each case must, of course, depend on its circumstances. All I would say is that the principle of fairness, though concerned exclusively with the use of evidence at trial, is not susceptible to categorisation or classification, and is wide enough in some circumstances to embrace the way in which after the crime evidence has been obtained from the accused 286.

En conclusion, même si le Comité judiciaire dans l'arrêt *Sang* réitère la recevabilité de la preuve pertinente, sans que le juge n'ait à se préoccuper de son mode d'obtention, l'extension extra-judiciaire donnée au privilège contre l'auto-incrimination élargit considérablement le créneau discrétionnaire.

permettant au juge d'écarter une preuve obtenue "inéquitablement" de la personne de l'accusé.

Il reste cependant quelques doutes sur la nature exacte de cette discrétion. En effet selon que cette discrétion s'exercera en fonction de l'aspect volontaire du mode d'obtention de cette preuve obtenue de l'accusé ou de l'inéquité de recevoir une preuve obtenue de l'accusé sous fausses représentations, l'exercice de cette discrétion restera l'objet de spéculations.

Si c'est le caractère volontaire qui sous-tend l'exercice de la discrétion, l'interprétation qu'y donneront les juges sera fonction des critères développés par Lord Sumner dans l'arrêt Ibrahim. En particulier il faudra voir si les "trucs" utilisés par les policiers auront une incidence sur le caractère volontaire.

Puisque les Lords acceptent dans l'arrêt Sang le résultat mais non la ratio decidendi dans Callis c. Gunn, l'état du droit en matière de recevabilité des preuves obtenues non volontairement de l'accusé dépendra de l'interprétation restrictive ou généreuse que la jurisprudence retiendra des critères énoncés dans l'arrêt Ibrahim pour établir le caractère volontaire. Notons, en dernier lieu, qu'en voulant réaffirmer avec conviction la règle de recevabilité de la preuve irrégulièrement obtenue, le Comité judiciaire du Conseil privé se sent obligé à des nuances qui entretiennent les ambiguïtés que les Lords voulaient dissiper.

Chapitre 2
Chapitre 2: La discrétion "légale"

L'article 178.16 du Code criminel dicte le régime de recevabilité en preuve des communications privées interceptées et des preuves qui en découlent 287.

Dans le contexte général de la Partie IV.I du Code criminel, sous la rubrique "Protection de la Vie privée", l'article 178.16 établit la distinction entre deux types de preuves 288.

La preuve directe, la communication privée proprement dite, est "inadmissible en preuve contre son auteur ou la personne à laquelle son auteur la destinait", à moins que certaines conditions soient remplies. C'est le régime d'exclusion qui prévaut, tempéré par le principe de la recevabilité d'une communication privée "légalement" interceptée. De plus le juge jouit de la discrétion de recevoir une preuve irrecevable en vertu de la règle d'exclusion lorsque cette preuve "concerne un des points en litige, et que l'irrecevabilité tient non pas au fond mais uniquement) à un vice de forme ou de procédure dans la demande

d'interception ou dans l'autorisation qui a été accordée à cet effet" 289. Il ne sera pas traité de cette discrétion de recevoir la preuve directe par ailleurs irrecevable 290.

Le régime de recevabilité de la preuve dérivée 291 d'une interception de communication privée peut être déduit du paragraphe (1) de l'article 178.16 in fine: "Les preuves découlent directement ou indirectement de l'interception d'une communication privée ne sont pas inadmissibles du seul fait que celle-ci l'est". La recevabilité de la preuve dérivée d'une interception de communication privée, indépendamment de la légalité de celle-ci, est cependant sujette à la discrétion judiciaire de ne pas recevoir cette preuve si le juge est d'avis que son admission en preuve ternirait l'image de la justice" 292.

Il reste à délimiter le champs d'application de cette discrétion judiciaire, nouvelle en droit, d'écarter la preuve irrégulièrement obtenue. Pour ce faire, nous replacerons le régime de recevabilité des preuves découlant directement ou indirectement d'une interception de communication privée dans le contexte de l'adoption par le législateur des règles régissant l'écoute électronique. Ces règles se retrouvent à la Partie IV.I du Code criminel 293.

Le régime de recevabilité adopté dans la première version de l'article 178.16 fut modifié en 1977. Nous retracerons le cheminement législatif de l'article 178.16 afin de faci-

liter l'établissement des balises nécessaires à l'interprétation de l'alinéa (2) de la version courante 294.

La thèse se terminera par une discussion du sens et de la portée de l'exception discrétionnaire à la recevabilité des preuves découlant directement ou indirectement d'une interception de communication privée.

A- La recevabilité de la preuve et l'interception des communications privées

1) Le droit à l'intimité 294a

La Partie IV.I du Code criminel traite de l'interception des communications privées sous la rubrique "Atteintes à la Vie privée" 295.

La réglementation de l'écoute électronique s'inscrit dans le contexte général du droit à l'intimité. Ce droit à l'intimité était originellement perçu comme un droit à l'intégrité du domicile 296.

La technologie moderne a rendu cette conception désuète. Le droit à l'intimité physique est devenu le droit à l'intimité de la personne.

Le professeur Westin axe le droit à l'intimité sur le

droit à la solitude, lequel se divise en quatre catégories: la solitude, l'intimité, l'anonymat et la réserve 297.

Me Daniel Bellemare dans son ouvrage, "l'écoute électronique au Canada" limite à la solitude physique de l'individu l'atteinte que constitue l'écoute électronique. Et encore, l'écoute électronique n'est qu'une des atteintes à la solitude physique de l'individu, avec l'eavesdropping et le "peeping tom" 298. Ce qui fait dire à Me Bellemare:

L'écoute électronique sera donc perçue comme une atteinte à la vie privée de l'individu et plus spécifiquement comme une intrusion dans sa solitude. (...) L'écoute électronique n'est qu'une forme bien limitée d'intrusion dans la solitude d'un individu. Elle n'opère en effet qu'au niveau des communications privées de cette personne. C'est pourquoi l'étude de l'invasion de la vie privée d'une personne par l'intrusion clandestine dans ses communications privées ne couvre qu'une infime partie de l'obscur notion d'intimité 299.

Me Bellemare brosse un tableau des sanctions législatives du droit à l'intimité. La Loi sur la Protection de la Vie privée en constitue le volet pénal 300.

L'article 178.16 n'est lui-même qu'un créneau de cette sanction pénale du droit à l'intimité. Le législateur a voulu déroger, dans ce domaine, aux règles courantes de recevabilité de la preuve pertinente. Il a en particulier reconnu une discrétion judiciaire d'écarter une preuve par ailleurs recevable si "de la recevoir était susceptible de discréditer l'image de la justice".

301. C'est ce que nous appelons la "discrétion légale".

2) La recevabilité des interceptions de communications privées avant 1974.

Avant la promulgation de la Partie IV.I du Code criminel³⁰², l'écoute électronique n'était à toutes fins utiles pas réglementée au Canada.

Cependant diverses dispositions statutaires réglementaient les communications téléphoniques et télégraphiques. Les législations provinciales ne touchaient cependant qu'aux seules divulgations non autorisées de communications interceptées sans se préoccuper des interceptions proprement dites³⁰³.

Quant à la Loi fédérale d'Incorporation de la Compagnie de Téléphone Bell, elle créait une infraction à l'article 25 pour l'interception des communications téléphoniques³⁰⁴. Cette disposition ne fut cependant pas interprétée dans le sens d'une interdiction de l'écoute électronique dans la mesure où l'interception n'impliquait pas une interruption de la communication³⁰⁵.

Les radiocommunications sont pour leur part régies par la Loi sur la Radio qui interdit l'interception des communications³⁰⁶.

On peut affirmer, malgré l'existence de l'article 25 de

la Loi d'Incorporation de la Compagnie de Téléphone Bell, que l'écoute électronique n'était pas illégale avant l'intervention du législateur en 1973³⁰⁷. Le juge Arnup disait à ce propos:

As yet, Parliament has not passed any legislation with respect to wiretapping or other misuse of private telephone calls. Section 25 of the Bell telephone Act obviously does not constitute such Parliamentary action³⁰⁸.

Il va sans dire que les interceptions de communications privées étaient recevables en preuve conformément aux règles normales de recevabilité de la preuve pertinente³⁰⁹.

En fait les juges ont spéculé à l'effet que même si l'écoute électronique était illégale, les règles de recevabilité étaient telles qu'il n'y avait aucune raison valable d'exclure ces preuves illégalement obtenues³¹⁰.

3) L'intervention législative

De 1964 à 1973, l'utilisation par les forces policières de l'écoute électronique aux fins d'enquêtes criminelles, suscite de nombreuses réactions des milieux intéressés³¹¹.

Plusieurs projets de loi émanant de simples députés et visant la réglementation de l'écoute électronique, furent d'ailleurs lus une première fois au Parlement canadien³¹². Trois d'entre eux furent d'ailleurs référés, en 1968, au Comité permanent de la Justice et des Questions juridiques qui dépose à

la Chambre des communes en 1970 un rapport préconisant l'intervention gouvernementale pour la réglementation de l'interception des communications privées par les forces de l'ordre 313.

Le 28 juin 1971, l'honorable John Turner présente à la Chambre le projet de loi C-252, puis à la Session suivante, le 13 avril 1973 le projet de loi C-176 314.

Une fois adopté, cette loi se trouva incorporée au Code criminel à la partie IV.I sous la rubrique Atteintes à la Vie privée 315.

La Partie IV.I devait à son tour être modifiée suite à l'adoption le 18 juillet 1977 du projet de loi C-51 316.

Le but de la partie IV.I du Code criminel se trouve exposé par le juge McIntyre qui en souligne l'ambiguïté:

The purpose, it has been frequently said, of Part IV.I of the Code was to protect the right to privacy. It may be more realistic to say that the purpose or effect of Part IV.I has been to regulate the method of breach of any such right 317.

En effet le législateur interdit l'interception des communications privées en général, mais l'autorise, tout en la réglementant, pour les fins de l'enquête criminelle 318.

La loi tente de concilier deux valeurs contradictoires que Me Daniel Bellemare nomme intérêt public et intérêt privé

319. Puisqu'il y va de l'intérêt public comme de l'intérêt privé que la société protège le droit à l'intimité des citoyens d'une part, et se donne les outils pour lutter contre le crime d'autre part, la distinction que propose Me Bellemare est peut-être illusoire sinon discutable.

Le juge Ostler écrit à ce propos que:

The legislation (...) appears to attempt an equitable balance between two antithetical prerogatives, the right of the individual to privacy and the right of the state and its citizens to protection from criminal oppression 320.

Me Bellemare a cependant raison de souligner la coexistence de ces deux objectifs contradictoires que le législateur a voulu concilier dans la Loi sur la Protection de la Vie privée en interdisant les "private acts of detection" et en réglementant sévèrement les "public acts of detection".

Ce conflit des valeurs est particulièrement sensible dans le choix d'un régime de recevabilité des preuves obtenues par l'interception des communications privées. Dans son rapport de 1970, le Comité permanent de la Justice et des Questions juridiques coupait la poire en deux et recommandait que:

Statements obtained through interception of communications conducted in contravention of the approved procedure should be inadmissible, but derivative evidence therefrom should be admitted 321.

A la même époque, dans le contexte du débat que suscitait chez les commentateurs comme chez les hommes publics la question de la recevabilité de la preuve découlant d'une interception de communication privée, autorisée ou non, le professeur Allan Mewett préconisait l'inadmissibilité des preuves obtenues grâce à une écoute électronique légale, mais sans rapport avec l'infraction stipulée dans le mandat judiciaire, et l'admissibilité des preuves obtenues grâce à une écoute électronique non autorisée. Il justifiait ainsi son modèle:

In my opinion, (...), the results of such illegal eavesdropping should not be made inadmissible in evidence. It may be objected that it is illogical to provide that if evidence obtained during the course of authorized wiretapping is not relevant to the offence mentioned in the warrant, it should not be admissible whereas if the evidence is obtained in a completely illegal manner it is admissible. The lack of logic is, I suggest, apparent rather than real. There are in fact two fundamentally different issues involved. One is the use of the legal process in order to obtain, under the guise of legality, incriminating evidence. The other is an illegal disregard for the legal process itself. The victim of illegality has a protection - a right of action against the wrongdoer or the right to initiate criminal proceedings against him. In the other case, as in so many other aspects of the whole legal system, we must be concerned with the victim of an abuse of process, for he is the one with no rights and no protection unless we create them for him. We cannot give him a cause of action because no one has acted illegally but we can ensure that he will not suffer because a lawful process has been allowed to be twisted to his detriment ³²².

Ce commentaire du professeur Mewett est à tous égards fort pertinent car il s'inscrit sans peine dans la théorie classique qui sous-tend le modèle adopté par la Common Law anglaise

et canadienne du rôle de la preuve dans l'instance et du refus de voir dans le mode d'obtention de preuve un motif nécessaire de rejet.

De plus, le professeur Mewett ne voit pas dans l'écoute électronique comme technique d'enquête, l'odieux qui incitait d'autres à réclamer un régime plus ou moins strict d'exclusion de la preuve, indépendamment des règles générales que stipule le droit coutumier en la matière 323.

Par ailleurs ce même auteur établit une distinction intéressante entre la preuve illégale et irrégulière, car dans ce dernier cas, à défaut pour la victime de démontrer l'intention coupable du contrevenant, elle n'a pas de recours ultérieur en *Common Law* contre ce dernier. C'est alors qu'il est du ressort du juge, possiblement en équité (Mewett ne précise pas), d'exercer sa discrétion de rejeter cette preuve techniquement légale.

En effet l'utilisation irrégulière d'un processus légal d'autorisation équivaut à un abus que le juge doit sanctionner.

Le professeur Mewett reconnaît cette dimension de la discrétion judiciaire d'écarter la preuve pertinente au nom de l'abus de procédure sans spécifier s'il s'agit d'éthique judiciaire ou d'inéquité envers l'accusé. Ce serait là donner une extension extra-judiciaire à une doctrine qui, nous l'avons vu, ne joue qu'un rôle régulateur des seules procédures judiciaires 324.

Le professeur Mewett représente un courant de pensée qui préconise le maintien des règles de recevabilité de la preuve indépendamment de l'irrégularité ou l'illégalité de son mode d'obtention. Cependant, dans les cas où les recours civils ou criminels ne seraient pas accessibles à la victime, on reconnaîtrait au juge la discrétion d'intervenir pour protéger l'intégrité judiciaire en écartant la preuve irrégulièrement obtenue.

Les limites qu'imposait la Cour suprême dans l'arrêt Wray à la discrétion judiciaire d'écarter une preuve pertinente rendaient cependant illusoire les efforts créateurs des commentateurs qui, comme le professeur Mewett, auraient préféré laisser au juge des faits le soin d'exclure, dans les cas exceptionnels, une preuve irrégulièrement obtenue 325.

Parallèlement à cette première école de pensée, proche de la Common Law, se développait un courant plus radical pour lequel la protection des droits individuels devait prendre le pas sur les objectifs internes à l'instance judiciaire proprement dite.

L'écoute électronique étant une forme pernicieuse d'invasion de l'intimité des citoyens, tout abus doit être sanctionné par une règle d'exclusion de la preuve obtenue par cette technique d'enquête.

Le conflit des objectifs, entre la recherche de la vérité et la protection des droits individuels doit se traduire par

une prépondérance du droit à l'intimité ³²⁶.

Le professeur Burns dit à cet égard:

In the last resort privacy, like any other value must rely on the support it receives from the community. If state agencies and private groups are not subject to social condemnation, as well as legal sanctions, for infractions of the privacy legislation, the advantages of ignoring it will tend to outweigh those of observing it. The community must be alert to attacks on its privacy values and be prepared to expand or modify its systems of regulation as each new threat becomes apparent. ³²⁷.

Il faut relier ce passage aux commentaires du professeur Beck en 1968:

[the Steinberg] case raises vital issues affecting the administration of criminal justice in Canada. The first and most obvious issue is the use by the police of electronic surveillance wiretapping and eavesdropping. A related but much broader, and ultimately more important issue, is the role of the judiciary in controlling police practices whether through giving content to the Bill of Rights or using their discretion to exclude evidence. ³²⁸.

A l'occasion du débat de 1977 portant sur les amendements proposés au régime adopté dans la loi originale de 1973, un député affirmait avec force le rôle régulateur de la règle exclusionnaire en matière de preuves découlant d'une interception non autorisée de communication privée:

There is no reason why police should be rewarded for illegal conduct. We should support our police in every way. They have a difficult job. However, when they cut a corner (...) that little

review process of going to a judge is very important to avoid abuses. As a result of a breach of the wiretap provisions the police obtain illegal evidence. The tape is not admitted in Court, but everything they learn from the tape goes into evidence. If that is the case, there will be a law for the police and a law for the other people, because they can introduce illegal evidence as a result of illegal activity, but the rest of the population must abide by the law. That is an unsound principle in our law 329.

Nous sommes ici clairement devant une conception de l'instance qui ne peut se réconcilier avec l'approche objective de la Common Law. Le contrôle judiciaire, par la règle d'exclusion, ou à la rigueur la discrétion judiciaire de rejeter une preuve par ailleurs recevable, prime sur la recherche de la vérité qui demande d'examiner toute preuve pertinente non autrement exclue.

Il n'est pas aisé de résoudre le conflit des valeurs qu'exprime ce débat entre la recevabilité de la preuve pertinente afin d'aider le juge à "rendre justice" et l'exclusion de la preuve illégalement obtenue, afin de protéger le droit à l'intimité et sanctionner les abus des forces de l'ordre.

Par exemple le droit à l'intimité est-il plus fondamental que le privilège contre l'auto-incrimination? Il nous faut nous poser cette question quand les commentateurs réclament une règle d'exclusion des preuves dérivées d'une interception non légalement faite de communication privée, et que le droit stipule d'autre part la recevabilité des preuves matérielles découlant d'une confession involontaire.

Une règle d'exclusion totale, comme le préconisaient plusieurs intervenants, aurait exacerbé ce conflit des valeurs. Par ailleurs, durant les débats parlementaires, les diverses permutations imposées au régime de recevabilité de la preuve directe et de la preuve dérivée d'une interception de communication privée traduisent les difficultés de trouver une solution de compromis ³³⁰.

A cet égard, la version finale de l'article 178.16(2), telle qu'adoptée en 1977, a fait école, et représente peut-être le compromis recherché entre les différentes valeurs contradictoires en présence lorsque s'opposent intérêt public et intérêt privé, ou plus spécifiquement lorsque deux composantes de l'intérêt public commandent des solutions divergentes ³³¹.

L'intervention législative proprement dite réglementant l'interception des communications privées est un effort de compromis qui fait dire à Me Daniel Bellemare:

(...) l'intervention législative ne se limitait pas seulement à la protection individuelle du citoyen, mais embrassait aussi une protection plus globale, celle de la société en général, et ce, par le biais de la lutte contre le crime ³³².

La loi stipule une prohibition générale d'interception des communications privées ³³³, tempérée par un processus d'autorisation pour les fins d'enquête à l'intérieur d'infractions délimitées ³³⁴. Les autorisations sont limitées dans le temps; elles ne sont accordées par un juge que lorsque les autres métho-

des d'enquête ont été jugées infructueuses. La personne dont les communications privées ont été interceptées doit, en principe, en être avisée ³³⁵.

Le régime prévoit la divulgation annuelle au Parlement par le Solliciteur général des informations pertinentes à l'application du régime ³³⁶.

La loi prévoit des recours criminels et civils contre les contrevenants, en plus d'un régime particulier de recevabilité de la preuve ³³⁷. Celui-ci est étudié plus en détail dans les paragraphes suivants.

B- Le choix d'un régime de recevabilité de la preuve découlant directement ou indirectement d'une interception de communications privées

1) Le contexte législatif

Rappelons le rapport du Comité permanent de la Justice et des Questions juridiques qui recommandait, en 1970, un régime d'exclusion de la preuve directe découlant d'une interception illégale de communication privée, et un régime de recevabilité de la preuve dérivée d'une interception de communication privée sans égard à la légalité de celle-ci ³³⁸.

Le législateur, en décidant d'intervenir pour règlemen-

ter l'écoute électronique, avait en matière de recevabilité des preuves en découlant, à décider d'un régime approprié: Il pouvait suivre les règles de la Common Law, les preuves pertinentes étant recevables sans égard à la légalité de leur mode d'obtention. En d'autres mots, la réglementation de l'écoute électronique n'aurait aucun effet sur la recevabilité de la preuve en découlant, le législateur préférant s'en tenir, pour réprimer les abus, aux sanctions pénales et civiles prévues dans la loi proposée.

Par ailleurs, le législateur pouvait décider d'un régime d'exclusion de ces preuves découlant d'une interception non autorisée de communication privée, à titre de sanction additionnelle des abus des forces de l'ordre.

Le législateur pouvait aussi décider d'emboîter le pas au Comité de la Justice et des Questions juridiques et proposer des régimes de recevabilité distincts pour la preuve directe et la preuve dérivée.

Enfin, indépendamment du régime de recevabilité finalement retenu, le législateur pouvait en outre décider de donner au juge des faits la discrétion de recevoir, ou d'exclure selon le cas une preuve découlant d'une interception illégale ou irrégulière de communication privée.

Durant les délibérations parlementaires sur les projets

de loi C-176, puis C-83 et C-51 339, la recevabilité des preuves découlant d'une interception de communication privée s'est prêtée à des propositions contradictoires ayant suscité débats et amendements.

L'article 178.16 original du projet de loi C-176 endossait les propositions émanant du Comité permanent de la Justice des Questions juridiques 340. La preuve directe que constitue l'interception elle-même n'était recevable en preuve que si elle était légalement faite. Quant à la preuve dérivée, sa recevabilité suivait les règles de *Common Law*, l'illégalité de l'interception dont elle découlait n'ayant aucune incidence à ce sujet.

En comité parlementaire, le projet de loi fut modifié. Le Gouvernement, minoritaire à l'époque, ne put empêcher l'adoption d'un amendement à l'article 178.16 qui étendait à la preuve dérivée le régime d'exclusion des interceptions non légalement faites 341.

À l'étape du rapport, le Ministre de la Justice fit approuver par la Chambre des communes un amendement visant à atténuer les conséquences de la règle d'exclusion des interceptions non légalement faites et des preuves en découlant 342.

Le nouveau régime reconnaissait l'exclusion de principe des interceptions non légalement faites et des preuves en découlant.

Le juge des faits pouvait cependant les recevoir. Cette discrétion s'étendait, pour les interceptions non légalement faites, aux irrégularités tenant à un vice de forme ou à une déficience technique. La preuve dérivée pouvait être jugée recevable dans les cas où "son exclusion pouvait empêcher que justice soit rendue" 343.

C'est sous cette forme que l'article 178.16 fut incorporé au code criminel et les tribunaux durent tenir d'interminables voir dire, dans les cas où une preuve découlant d'une interception non légalement faite était présentée en preuve, pour décider dans quel sens exercer leur discrétion judiciaire 344.

En 1975, à l'occasion de la révision des dispositions de la Loi sur la Protection de la Vie privée, le Ministre de la Justice tenta de modifier le régime de recevabilité, prévu à l'article 178.16 345.

Réintroduites le 20 avril 1977 dans le projet de loi C-51, ces propositions prévoyaient des régimes distincts pour la preuve directe et la preuve en découlant 346.

L'interception non légalement faite restait soumise au régime d'exclusion, tempéré cependant par la discrétion du juge des faits de la recevoir lorsque cette preuve "concerne un des points en litige" et que "l'irrecevabilité tient à un vice de forme ou de procédure".

La preuve dérivée n'était plus soumise à la règle d'exclusion, la recevabilité redevenant la règle indépendamment de la légalité de l'interception dont elle découle ³⁴⁷.

En comité parlementaire, suite à de longs débats, le Ministre faisait adopter un amendement à l'article 178.16 pour ajouter un nouvel alinéa (2) qui venait tempérer la règle générale de recevabilité de la preuve dérivée ³⁴⁸.

Le juge se voyait conférer la discrétion d'écarter une preuve par ailleurs recevable si de la recevoir était susceptible de "ternir l'image de la justice".

L'article 178.16 est demeuré inchangé depuis ³⁴⁹.

2) La recevabilité des interceptions non légalement faites de communications privées, et des preuves en découlant

a) La preuve directe

La preuve directe, l'interception proprement dite, est irrecevable en preuve à moins qu'elle n'ait été légalement faite, ou que sa divulgation en ait été autorisée par une des parties à l'interception ³⁵⁰. Ce régime constitue a priori une exception au droit coutumier en matière de recevabilité de la preuve pertinente.

L'article 178.15(3) permet au juge de recevoir discrétionnairement une preuve directe souffrant d'un vice de forme ou de procédure, donc non légalement faite et irrecevable en vertu du paragraphe (1) du même article 351.

La portée de cette discrétion judiciaire n'est pas de notre propos 352.

b) La preuve dérivée

La Loi sur la Protection de la Vie privée, adoptée en 1973, stipulait un régime d'exclusion de la preuve dérivée 353 d'une interception non légalement faite, tempéré par une discrétion judiciaire de recevoir cette preuve si de l'exclure était susceptible d'empêcher que justice soit rendue 354.

Le régime s'inverse suite à l'adoption en 1977 des amendements à la Partie IV.1 du Code criminel 355.

La preuve dérivée d'une interception non légalement faite n'est pas irrecevable du seul fait que l'interception l'est. Par ailleurs le juge a la discrétion d'exclure cette preuve si de la recevoir est susceptible de ternir l'image de la justice.

1- Le régime de recevabilité de la preuve dérivée avant l'entrée en vigueur des amendements de 1977

L'ancien article 178.16(2)(c) donnait au juge des faits la discrétion de recevoir une preuve dérivée d'une interception non légalement faite de communication privée si "son exclusion pouvait empêcher que justice soit rendue".

Il y avait deux interprétations possibles à cette discrétion; tout dépendait du sens que donneraient à l'expression "rendre justice" les tribunaux canadiens 356.

L'ambiguïté était sans doute inévitable à la lumière du cheminement législatif tortueux subi par l'article 178.16. Nous avons déjà souligné les permutations successives du régime de recevabilité de la preuve dérivée d'une interception non légalement faite de communication privée.

La 29ième législature était caractérisée par un gouvernement minoritaire qui a dû composer avec l'opposition pour pouvoir conserver la confiance du Parlement.

Il ne fait aucun doute que le Gouvernement n'a jamais eu l'intention d'étendre aux preuves dérivées d'une interception non légalement faite de communication privée le régime d'exclusion auquel était astreinte la preuve directe de l'interception illégale proprement dite 356a.

Les néo-démocrates ont forcé la main du Gouvernement, en comité parlementaire, en renversant l'opinion exprimée par ce

comité de la Justice et des Questions juridiques en 1970 sur le même sujet, et en imposant l'exclusion de la preuve dérivée.

Ces considérations politiques expliquent l'introduction par le Gouvernement à l'étape du rapport d'un amendement qui, sans revenir au régime d'admissibilité de la preuve dérivée introduisait une exception au régime d'exclusion adopté en comité parlementaire.

Cette exception était cependant rédigée de telle façon qu'elle plaçait dans une position très difficile le juge invité à exercer sa discrétion de recevoir la preuve dérivée par ailleurs irrecevable.

En effet, le but de l'instance étant la recherche de la vérité, toute preuve pertinente utile au tribunal dans l'exercice de sa fonction principale doit être reçue. "Rendre justice" est le fondement de la règle de recevabilité.

Mais dans le cas de la preuve dérivée d'une interception non légalement faite de communication privée, ce fondement premier du rôle de la preuve dans l'instance devient la justification d'une exception à une règle d'exclusion, elle-même une exception à la règle générale de Common Law qui stipule la recevabilité de la preuve pertinente sans égard à son mode d'obtention.

Il y a donc contradiction entre la règle d'exclusion de

la preuve dérivée et l'exception discrétionnaire permettant de la recevoir pour "rendre justice". Cette contradiction tient à ce que l'intérêt public s'exprime dans deux directions différentes qui se traduisent par des conséquences divergentes sur la recevabilité de la preuve irrégulièrement obtenue.

La première hypothèse postule que l'exclusion de la preuve obtenue suite à une écoute illégale est une exception à la règle du droit coutumier stipulant la recevabilité de toute preuve pertinente non autrement exclue. Cette exception est tempérée par une discrétion du juge de recevoir la preuve autrement exclue si son exclusion risque de ne pas permettre au tribunal de "rendre justice". L'exception à l'exception si l'on peut dire, ramène le juge à la conception de Common Law de la fonction judiciaire: "le rôle du tribunal consiste à trancher le litige dont il est saisi d'après la preuve recevable en droit". L'exclusion de la preuve étant susceptible d'empêcher le tribunal de rendre justice, cette preuve doit être reçue même si la règle que stipule l'exception statutaire à la règle de droit coutumier devient lettre morte. Voici ce que disait Beck à ce propos:

It can be argued that the courts will interpret this subsection in light of Wray as follows: if evidence is relevant when as a matter of law its exclusion would result in justice not being done, it therefore should be admitted ³⁵⁷.

C'est la parfaite tautologie que reprend à son tour le juge Spencer dans R. c. Wai Ting Li:

Whilst s. 178.16 and its adoption of the doctrine well known in U.S. law as the "fruit of the poisonous tree" is a new departure in Canadian law, I do not choose to rely upon the U.S. authorities to interpret its meaning or decide its application. Until directed otherwise by Courts of higher authority I prefer to interpret and apply s. 178.16 in the light of the tradition of the Common Law as it has been applied in Canada rather than to borrow from the U.S. cases where the development of their Common Law has taken place within the context of their constitution (...). 358.

Si l'approche fonctionnelle prime, devant deux règles aux fondements contradictoires, on ne peut blâmer le juge de donner priorité à l'objectif intrinsèque à l'instance, tel que le préconise le droit coutumier. Le régime discrétionnaire nie alors la règle d'exclusion 359.

Par contre il faut garder en mémoire la règle d'interprétation voulant qu'on donne une portée restreinte à une exception à la norme générale. "Rendre justice" étant la règle fondamentale, le régime d'exclusion devient une exception qui doit être interprétée restrictivement. C'est ce que semble indiquer le juge Spencer dans l'affaire Wai Ting Li.

Par contre le régime d'exclusion est la règle générale dans le cadre de la Partie IV.1 du Code criminel. Le régime discrétionnaire qu'énonce l'article 178.16(3)(c) constitue à son tour une exception qui doit s'interpréter restrictivement!

Dans la même veine, voici ce qu'en disait le juge Wetmore dans l'affaire Cheng:

Parliament has created a new right of privacy of communication and provided for heavy penalties upon the transgressors of that right. It has gone further and dealt with the transgression of that right by precluding evidence obtained by the breach of that right. This is a marked departure in the approach to criminal justice taken by the Common Law in Canada and in the United Kingdom. It is a radical approach and in my view a dangerous one should the Courts attempt to expand beyond the precise wording of the statute. To do otherwise is to run the very considerable risk that the machinery for the administration of justice could frustrate the attainment of justice itself 359a.

Par contre, le législateur n'étant pas censé parler pour ne rien dire, la règle d'exclusion, même tempérée par son exception discrétionnaire, doit se démarquer du modèle de Common Law en matière de recevabilité de la preuve pertinente sans égard à son mode d'obtention.

La deuxième interprétation du sens de la discrétion de recevoir la preuve dérivée "pour faire justice" rejoint donc la Common Law écossaise. Cette dernière postule dans un premier temps que la preuve illégalement obtenue n'est pas nécessairement irrecevable. Le juge doit évaluer les différentes caractéristiques de chaque cas pour ensuite décider discrétionnairement du sort de la preuve en litige. Voici ce que dit le professeur Burns à ce sujet, après avoir énoncé le premier volet de l'interprétation à donner de l'article 178.16(2)(c):

The better view (...) is that the section does give the Court a discretion not to admit relevant evidence that may be exercised with regard to issues other than the ultimate factual issue of guilt or innocence. For example a court would be entitled to reject evidence if it would unduly

prejudice the defendant's case or where it felt that police conduct was so outrageous that the ends of justice would be better served by discouraging it rather than by convicting a guilty accused. Whether or not a Court could do that at Common Law, in the light of Wray must be regarded as questionable even by resorting to the abuse of process doctrine.³⁶⁰

Le jugement de valeur de cet auteur sur l'influence des critères énoncés dans l'arrêt Wray pour l'exercice de la discrétion en vertu de l'article 178.16(2)(c), est probablement valable ³⁶¹. Et pourtant, voici ce qu'ajoutait le juge Spencer dans l'affaire Wai Ting Li en tentant de dégager les critères que doit considérer le juge dans l'exercice de sa discrétion:

The public interest in having all the relevant evidence for and against the proposition that an accused is guilty of the crime charged, considered by the Court. The more serious the crime charged the more important that issue may become, but I do not think it can ever become the exclusive issue. The public interest in upholding the law which now includes both the prohibition against obtaining evidence by an unauthorized interception and the possibility of including the derivative evidence if justice may otherwise not be done. The public interest in ensuring that its servants, in this case, the police behave in a manner which does not bring discredit upon them in the eyes of right thinking persons ³⁶².

C'est sans doute un obiter comme celui-là qui incitera certains commentateurs à dire de l'actuel article 178.16(2) qu'il s'inspire de la version précédente et de la Common Law écossaise et qu'il devrait être interprété en conséquence ³⁶³.

2- Les amendements de 1977 à la Partie IV.1 inversent le régime de recevabilité

1) La règle

L'article 178.16, tel que modifié par les amendements de 1977 au Code criminel, n'énonce pas comme tel un régime de recevabilité de la preuve dérivée d'une interception de communication privée ³⁶⁴. Le paragraphe (1), in fine dit ce qui suit: "toutefois les preuves découlant directement ou indirectement de l'interception d'une communication privée ne sont pas inadmissible du seul fait que celle-ci l'est ³⁶⁵."

Il faut traduire cette disposition, sous réserve du paragraphe (2) sur lequel nous reviendrons, comme un renversement du régime d'exclusion que stipulait la version originale de l'article 178.16, telle qu'adoptée en 1973, et un retour au régime issu de la Common Law avec toutes les conséquences qui en découlent ³⁶⁶.

Pour mieux circonscrire les difficultés de réconciliation entre les objectifs de l'instance et ceux qui sous-tendent la Loi sur la Protection de la Vie privée, nous soulèverons trois problèmes en regard du régime de recevabilité de la preuve dérivée d'une interception non légalement faite de communication privée.

- a- L'importance relative de la présentation des preuves directes et indirectes d'interceptions

L'article 178.22 du Code criminel requiert du Solliciteur général du Canada qu'il dépose au Parlement un rapport annuel faisant état de l'utilisation de l'écoute électronique par les forces de l'ordre ³⁶⁷. Le rapport indique entre autres renseignements, "le nombre de poursuites pénales engagées sur l'instance du Procureur général du Canada, dans lesquelles des communications privées révélées par une interception faite en vertu d'une autorisation ont été produites en preuve et le nombre de ces poursuites qui ont entraîné une condamnation" d'une part et d'autre part "le nombre d'enquêtes en matière pénale au cours desquelles des renseignements obtenus par suite de l'interception d'une communication privée faite en vertu d'une autorisation ont été utilisés bien que la communication privée n'ait pas été produite en preuve dans des poursuites pénales intentées sur l'instance du Procureur général du Canada par suite des enquêtes". Or le rapport indique pour l'ensemble des années couvertes une forte prépondérance d'utilisation de preuves dites dérivées par opposition à la preuve directe que constitue l'interception proprement dite ³⁶⁸.

La conclusion est évidente; s'il était de l'intention du législateur de réprimer les abus des forces de l'ordre par une sanction additionnelle à celles prévues par ailleurs au niveau de la recevabilité de la preuve, il semble illusoire d'y arriver en faisant la distinction que le paragraphe 178.16(1) du Code criminel énonce entre l'exclusion de la preuve directe et la recevabilité de la preuve dérivée. Ce problème bien réel est à l'origine

de l'introduction du paragraphe 178.16(2) et est indispensable pour en élucider un des objectifs, éviter les abus. Voici ce que l'auteur disait à ce propos, à la suite du dépôt de l'amendement introduisant le paragraphe 178.16(2):

(traduction) Naturellement, nous allons condamner la personne, et nous voulons d'ailleurs le faire, pour le délit qu'a commis cette personne, et le fait que nous avons obtenu la preuve d'une façon ou d'une autre ne semble pas être en cause. Cependant, bien des fois le Ministre nous a assuré qu'il n'y a jamais eu de causes d'écoute électronique illégale présentées devant les tribunaux. C'est vrai. Il n'y a pas eu de cas où la police savait et où les autorités savaient qu'il y avait eu écoute clandestine illégale présentée lors d'un procès. Personne n'a envie d'être condamné à cinq ans de prison pour avoir fait de la surveillance électronique illégale. C'est, je suppose la raison pour laquelle il n'y en a pas eu. Mais si vous établissez que cette façon de procéder n'a rien à voir avec le procès, alors, la motivation pour utiliser cette écoute clandestine est beaucoup plus forte, car la police se sent protégée, sachant que, de toute façon, elle ne pourra être présentée lors d'un procès. Cette façon de procéder devient alors un processus interne, propre à la police, qui peut en décider 369.

Cette question de l'attitude des corps policiers est fondamentale, quoique difficile à démontrer. Pourtant dans le Rapport de la Commission d'Enquête sur certaines activités de la Gendarmerie royale du Canada, on y fait allusion dans le contexte de la règle de recevabilité de la preuve irrégulièrement obtenue 370.

b- La recevabilité de la preuve et la police

Nous avons déjà dit que la dissuasion est une notion

complexe, mais essentielle dans le contexte d'une règle d'exclusion de la preuve illégalement obtenue, comme aux Etats-Unis. Nous nous contenterons ici de faire référence à l'attitude que révèle la Commission McDonald des membres de la Gendarmerie royale du Canada dans le contexte de la règle stipulant la recevabilité de la preuve dérivée d'une interception illégale de communication privée 371.

Sans entrer dans une discussion exhaustive de la relation fonctionnelle entre la dissuasion des actes illégaux ou irréguliers des forces de l'ordre et une sanction judiciaire des abus par le biais d'une règle d'exclusion absolue ou relative de la preuve obtenue par des méthodes irrégulières, on peut prétendre que les règles de recevabilité de la preuve dérivée d'une interception de communication privée, ne sont pas pour "encourager" les policiers à s'en tenir à la lettre de la loi 372. Tenons nous en là, puisque nous prétendons plus loin que le paragraphe 178.16(2) "corrige" les conséquences extrêmes de la règle énoncée au paragraphe (1).

c- L'obligation de faire état d'une interception de communication privée

Le législateur interdit à la partie IV.1 du Code criminel les "private acts of detection" et réglemente les "public acts of detection". Aux sanctions pénales qui s'appliquent aux contrevenants le législateur a ajouté un recours civil en faveur

de la victime et la sanction additionnelle que constitue le régime d'exclusion de la preuve directe issue d'une interception non légalement faite. La preuve dérivée obéit pour sa part au régime normal de recevabilité de la preuve pertinente.

Or nous venons de montrer que les preuves dérivées sont de loin les plus nombreuses et que les policiers ont interprété dans certains cas le régime de recevabilité de la preuve indépendamment de son mode d'obtention comme une licence les justifiant à agir dans l'illégalité.

Par ailleurs les sanctions pénales et civiles aux contraventions à la Partie IV.1 du Code criminel sont, par leur sévérité un facteur de dissuasion qui vise les forces de l'ordre comme les individus. Ces sanctions n'ont cependant de valeur que si les interceptions illégales de communications privées sont révélées publiquement.

Il n'existe pas d'obligation légale de révéler durant une instance le fait qu'une preuve est dérivée d'une interception de communication privée.

De plus les tribunaux n'ont pas voulu imposer à la Couronne l'obligation de produire les rubans d'enregistrement lorsqu'une preuve découle d'une interception de communication privée

Finalement, puisque la preuve dérivée est recevable et que la Common Law ne reconnaît pas de lien entre la recevabilité de la preuve et son mode d'obtention, la question de savoir si une preuve est issue d'une interception de communication privée n'est pas pertinente à la recevabilité de cette preuve et, comme telle, ne peut être soulevée au procès.

Du moins est-ce là le résultat pratique du régime de recevabilité de la preuve dérivée lorsque la défense n'invoque pas la discrétion judiciaire en vertu de l'art. 178.16(2).

On peut donc prétendre que le régime de recevabilité de la preuve dérivée consacre l'étanchéité de l'instance à l'égard de toute considération extra-judiciaire.

Cette situation par trop rigide incita le législateur à adopter le paragraphe (2) qui introduit une exception discrétionnaire à la recevabilité de la preuve dérivée. On a ainsi voulu tempérer les conséquences extrêmes d'une règle de recevabilité pouvant aller jusqu'à nier les sanctions adoptées pour la protection du droit à l'intimité.

ii) L'exception

L'alinéa (2) de l'article 178.16 stipule, par dérogation au paragraphe (1), que le juge ou le magistrat qui préside à une instance quelconque peut refuser d'admettre en preuve des

preuves découlant directement ou indirectement de l'interception d'une communication privée qui est elle-même inadmissible s'il est d'avis que leur admission en preuve ternirait l'image de la justice 374.

Cet alinéa introduit en droit canadien une notion complètement nouvelle, la discrétion judiciaire d'exclure une preuve dont la réception risquerait de "ternir l'image de la justice".

Rappelons que le juge Aylesworth de la Cour d'Appel de l'Ontario avait affirmé qu'une telle discrétion faisait partie du droit coutumier. En appel à la Cour suprême du Canada, cette décision fut infirmée 375.

Cependant dans la même affaire le juge Spence, dissident, acceptait les arguments du juge Aylesworth. Le champ d'exercice de cette discrétion n'était cependant délimité par aucun des deux juges.

L'alinéa (2) de l'article 178.16 du Code criminel prévoit pour sa part que cette discrétion n'existe que pour les seules preuves découlant directement ou indirectement d'une interception de communication privée, elle-même inadmissible en vertu de l'alinéa (1).

Par ailleurs la doctrine a recommandé à plusieurs reprises que le critère énoncé au paragraphe 178.16(2) du Code cri-

minel soit incorporé au droit de la preuve, et que soit consacrée la discrétion judiciaire de rejeter, le cas échéant, une preuve dont l'admission ternirait l'image de la justice 376.

L'analyse la plus complète que nous connaissions de la portée de l'article 178.16(2) a été faite par Me Daniel Bellemare dans son traité sur l'écoute électronique 377.

Dans R. c. McLean, la Cour d'Appel d'Alberta dit de l'ancien article 178.16(2)(c):

The test set out in the section requires consideration of the public interest as well as interest of the accused in his privacy and this brings in the balancing of the interest of the accused and the public in a manner that will not bring the administration of justice into disrespect in the minds of reasonable members of the public 378.

Me Daniel Bellemare se justifie de cet arrêt pour préconiser une interprétation analogue de l'article 178.16(2). Pourtant faut-il rappeler qu'entre les deux régimes il y a eu un renversement de la règle générale de recevabilité. Me Bellemare ajoute:

Le nouvel article 178.16(2) perpétue dans notre droit en regard de la preuve dérivée certains relents de la règle d'exclusion américaine du "fruit of the poisonous tree". Mais le législateur a-t-il voulu ainsi incorporer dans notre droit les règles particulières dégagées aux Etats-Unis en regard de cette doctrine? 379.

Voilà qui est curieux car la règle d'exclusion américaine s'oppose à la règle que stipule l'article 178.16(1) du Code

criminel. De plus la discrétion judiciaire n'existe pas aux Etats-Unis, la règle exclusionnaire étant absolue. Quant à la portée exacte de la discrétion, Me Bellemare spécule en ces termes:

L'admission d'une preuve ternirait donc l'image de la justice, lorsque son obtention fut le fruit d'une illégalité commise de propos délibéré par les forces policières, celles là même qui sont chargées de faire respecter la loi. L'article 178.16(2) pourrait donc justifier l'exclusion d'une preuve dérivée obtenue grâce à une interception nettement illégale au sens de l'article 178.11(1) du Code criminel, c'est-à-dire une interception réalisée sans aucune apparence de droit. Il serait toutefois difficile d'affirmer que l'admission d'une preuve dérivée découlant d'une interception faite avec une apparence de droit puisse ternir l'image de la justice au sens de l'article 178.16(2). Le législateur revient donc à l'un des critères qui avaient été dégagés par la jurisprudence en regard de l'ancien article 178.16(2)(c) du Code criminel 380.

Soit, mais est-il certain, dans le désert jurisprudentiel qui entoure l'article 178.16(2) que c'est là la seule dimension que puisse prendre son interprétation? En effet la notion de discréditer l'image de la justice n'est pas pas nouvelle, au moins pour la doctrine et on peut sans doute s'autoriser de certaines analogies avec la Common Law écossaise et australienne qui reconnaissent la discrétion judiciaire de rejeter une preuve de par son mode d'obtention, sans que cela aille jusqu'à la règle d'exclusion américaine. Qu'en est-il par exemple du poids relatif de l'illégalité et de la gravité de l'accusation portée contre l'accusé, critère important de la Common Law écossaise?

381.

Nous avons vu au premier chapitre les diverses acceptions que pouvait prendre la discrétion judiciaire de ne pas recevoir une preuve pertinente dans le cadre d'un modèle qui incorpore la dimension extra-judiciaire de l'intégrité de la justice. Pour délimiter l'exercice de la discrétion judiciaire en vertu de l'article 178.16(2) du Code criminel, il faudra étudier les conditions d'ouverture à cette discrétion.

C- L'ouverture à la discrétion judiciaire d'écarter la preuve dérivée d'une interception non légalement faite de communication privée

1) La preuve qu'il y a eu interception: l'obstacle de la pertinence

Vous avons soumis au paragraphe précédent la thèse à l'effet que le régime de recevabilité de la preuve dérivée d'une interception non légalement faite de communication privée, rendait non pertinent au litige le fait de l'interception proprement dite et de sa légalité lorsque la poursuite ne met pas l'interception en preuve ³⁸².

L'alinéa (2) de l'article 178.16 introduit une exception au régime de recevabilité de la preuve dérivée d'une interception non légalement faite de communication privée ³⁸³.

L'accusé qui se réclame de cette exception pour deman-

der au juge d'exclure une preuve doit démontrer qu'il s'agit d'une preuve dérivée d'une interception de communication privée, et que cette interception a été non légalement faite 384.

En invoquant cette exception, la question de l'interception d'où découle la preuve en litige devient pertinente à l'exercice de cette discrétion "légale" du juge des faits d'exclure une preuve susceptible de "ternir l'image de la justice" 385.

Reste que l'accusé doit convaincre le juge par prépondérance de preuve que la preuve en litige est dérivée d'une interception non légalement faite de communication privée 386.

Pour établir le caractère dérivé de la preuve en litige, il y a deux cheminements possibles qui s'offrent à la partie qui invoque le paragraphe (2) de l'article 178.16.

Si la défense doit d'abord démontrer au juge par prépondérance de preuve que la preuve introduite par la poursuite est dérivée d'une interception de communication privée, pour ensuite obliger la Couronne à présenter en preuve le fait de l'interception et sa légalité, l'obstacle devient quasi-insurmontable. En effet comment la défense pourrait-elle prouver la nature dérivée de la preuve en litige sans avoir sous les yeux le contenu de l'interception?

L'alternative nous semble plus équitable: la défense, en invoquant l'exception du paragraphe (2) pourrait demander à la poursuite s'il y a eu dans l'instruction de l'affaire une interception de communication privée, et si oui, si cette interception a été autorisée. Si l'interception n'a pas été autorisée, la défense pourrait ensuite démontrer que la preuve en litige est dérivée de cette interception non autorisée de communication privée.

En supposant que la défense rencontre cette dernière obligation, le juge pourrait ensuite passer à l'appréciation des faits pour exercer sa discrétion judiciaire selon des modalités à définir, et sur lesquelles nous reviendrons au chapitre suivant.

Reste le cas de l'interception qui, bien qu'autorisée, n'est pas légalement faite au sens du paragraphe (1) de l'article 178.16 et donc non recevable en preuve. Le paragraphe (2) réfère explicitement aux critères de recevabilité énoncés au paragraphe (1).

Pour que la preuve directe soit recevable, il faut:

- a) que l'interception ait été légalement faite
- b) que l'auteur de la communication privée ou la personne à laquelle son auteur la destinait ait expressément consenti à ce qu'elle soit admise en

preuve 387.

Nous reviendrons sur le critère énoncé au sous-alinéa b).

L'importance du critère énoncé au sous-alinéa a) apparaît dans l'extrait suivant du jugement dans R. c. Miller and Thomas (no.4).

... if there was evidence before this Court that the crown has applied for, and obtained an authorization against a person for offence "A", an offence listed under 178.1 of the criminal code with the express purpose of obtaining evidence against that person on offence "B", an offence not listed in s. 178.1 of the criminal code, the Crown would be doing indirectly what it could not do directly. In a sense it would be subverting the Act and deceiving the Court and I would think that where an authorization is obtained under these circumstances, the evidence obtained under the authorization should not be admitted 388.

Rappelons que nous en sommes toujours à la détermination des conditions d'ouverture à la discrétion de l'article 178.16(2), et non à l'exercice de cette discrétion. Il ne s'agit donc pas maintenant d'établir si la conduite des policiers est telle que de recevoir la preuve dérivée d'une interception non légalement faite de communication privée serait susceptible de discréditer l'image de la justice.

Il n'en reste pas moins qu'une fois soulevée la question de l'interception, et la poursuite ayant produit une autorisation, la défense peut-elle chercher à prouver que l'intercep-

tion n'est pas conforme à l'autorisation, donc non légalement faite au sens du paragraphe (1)? Au contraire, devant une écoute a priori légale, le juge doit-il mettre fin au voir dire et recevoir la preuve en litige?

Me Daniel Bellemare affirme que la discrétion en vertu de l'article 178.16(2) ne peut s'exercer que dans les cas où les policiers ont agi "sans aucune apparence de droit" ³⁸⁹. Le juge pourra dans ces seuls cas décider que de recevoir une preuve dérivée d'une écoute non autorisée pourrait être susceptible de ternir l'image de la justice.

Mais qu'en est-il alors des écoutes irrégulières, au sens d'une volonté des policiers de contourner la loi? N'est-il pas hasardeux de ne pas distinguer entre l'étape préliminaire que doit franchir la défense de montrer qu'il y a eu interception de communication privée, que celle-ci ne serait pas recevable en vertu de l'article 178.16(1) et finalement que la preuve en litige est dérivée de cette interception, et la seconde étape qui est celle de l'évaluation des critères permettant au juge d'exercer sa discrétion.

Nous favorisons quant à nous ce cheminement qui soulève cependant une difficulté supplémentaire. Une fois admise par la poursuite l'existence d'une interception de communication privée, qui doit démontrer qu'elle est légalement faite, donc recevable, en vertu du paragraphe (1) de l'article 178.16(1)? ³⁹⁰ La juris-

prudence nous dit que dans le cas où elle soumet une preuve d'interception de communication privée, la poursuite doit démontrer que cette interception a été légalement faite pour qu'elle soit recevable.

Par ailleurs, la preuve dérivée d'une interception de communication privée étant a priori recevable, le mode d'obtention de cette preuve n'a aucune incidence sur sa recevabilité. Est-il équitable d'obliger la poursuite dans tous les cas où la défense invoque le paragraphe (2) de l'article 178.16, et qu'il appert que les enquêteurs ont pratiqué l'écoute électronique, à démontrer que l'interception a été légalement faite? Il faut répondre à cette question par l'affirmative. La nécessité de donner à l'accusé la possibilité d'une défense pleine et entière, la prohibition générale qui touche l'interception des communications privées et les règles d'autorisation très strictes qui précèdent les public Acts of detection méritent, dans les cas où il appert que les enquêteurs ont utilisé l'écoute électronique, que la poursuite démontre la légalité de l'interception dont émane la preuve dérivée 391.

Il est cependant nécessaire d'éviter les pratiques dilatoires de la part de défense. Si la Couronne dépose une autorisation judiciaire, le juge pourrait présumer celle-ci conforme. La défense aurait à démontrer que la preuve en litige est dérivée de cette interception. Le juge devrait alors s'assurer que l'interception est "légalement faite" au sens où l'entend

l'article 178.16(1). Nous préférons quant à nous que les conditions d'ouverture à la discrétion en vertu de l'article 178.16(2) se prennent dans l'ordre: .

- a) La défense invoque la discrétion judiciaire de rejeter la preuve dérivée d'une interception non légalement faite, donc irrecevable.
- b) La poursuite doit, s'il y a eu interception de communication privée, rencontrer les conditions de recevabilité prévues à l'article 178.16(1), à savoir que l'interception doit avoir été légalement faite, ou qu'une des parties à la communication privée interceptée en a autorisé la divulgation.
- c) A défaut pour la Couronne de rencontrer pour la preuve directe les exigences prévues à l'article 178.16(1), la défense doit alors démontrer que la preuve en litige est dérivée de cette interception non légalement faite de communication privée.

En tout état de cause, la question de l'écoute électronique est pertinente au litige à partir du moment où la défense invoque l'article 178.16(2). Le Ministre de la Justice l'affirmait devant le Comité permanent de la Justice et des Questions juridiques au sujet de l'article 178.16(2) en réponse à la ques-

tion d'un député:

(traduction) M. Leggatt: Est-ce que le présent amendement permet maintenant un contre-interrogatoire ouvert et total, au sujet de la procédure du voir dire et de la procédure qui est utilisée actuellement pour déterminer si des activités d'écoute clandestine illégale ont été utilisées pour obtenir les preuves présentées?

M. Basford: Oui, c'est très clair (...), car ce qui est pertinent à l'admission de cette preuve directe ou indirecte, c'est la façon d'obtenir un ruban magnétique et la façon d'obtenir les renseignements pour établir s'il y a là quelque chose de contraire à l'intérêt de la justice ou quelque chose qui va ternir l'image de la justice. Donc la façon dont on a obtenu le ruban magnétique, les renseignements, est quelque chose de tout à fait pertinent sur lequel on peut construire une preuve ou au sujet duquel on peut faire un contre-interrogatoire ³⁹².

L'article 178.16(2) a donc au moins le mérite de divulguer le cas échéant le fait d'une interception illégale ou irrégulière de communication privée, corrigeant ainsi les conséquences de la règle de recevabilité de la preuve dérivée. Soulignons que cette divulgation ouvre accès aux recours criminels et civils prévus dans la Partie IV.I du Code criminel ³⁹³.

**2) La recevabilité des preuves dérivées d'interceptions
légalement faites de communications privées**

Nous venons de voir comment la défense doit établir le lien entre la preuve et l'interception de communication dont elle est dérivée. Par définition la discrétion de 178.16(2) ne s'applique qu'aux preuves dérivées d'interceptions de communications

privées non autrement recevables en vertu de l'article 178.16(1).

Cette restriction soulève deux difficultés. Le voir dire peut révéler que l'interception de communication privée, bien qu'autorisée, est affligée d'un vice de forme. Ce vice de forme la rend alors irrecevable.

Par ailleurs l'alinéa b) de l'article 178.16(1) permet de "légaliser" la communication privée non légalement interceptée mais dont la divulgation est autorisée par une des parties à la communication.

Ces deux questions peuvent avoir une incidence sur l'exception du paragraphe 178.16(2) à la recevabilité de la preuve dérivée.

a) L'écoute souffrant d'un vice de forme

L'alinéa (3) de l'article 178.16 stipule que:

Par dérogation au paragraphe (1), le juge ou le magistrat qui préside à une instance quelconque peut déclarer admissible en preuve une communication privée qui serait irrecevable en vertu du paragraphe (1), s'il estime, a) qu'elle concerne un des points en litige, b) que l'irrecevabilité tient non pas au fond mais uniquement à un vice de forme ou de procédure dans la demande d'interception ou dans l'autorisation qui a été accordée à cet effet.³⁹⁴

L'affaire Miller and Thomas met en lumière un cas de

vice technique dans l'interception:

... the Crown in investigating say an offence of breaking and entering in good faith applied for and obtained an authorization order to intercept private communications in respect of that offence and while intercepting, obtained information about another offence that they had not contemplated would arise. I would say that in such circumstances that the evidence should be admitted ... 395.

Le problème se pose en ces termes: dans une affaire donnée, la défense invoque l'article 178.16(2) et met en lumière une interception de communication privée; la Couronne ne peut démontrer qu'elle a été légalement faite au sens de l'article 178.16(1). La défense démontre à la satisfaction du juge que la preuve en litige est dérivée de cette interception non légalement faite.

Il y a deux possibilités qui s'offrent. Si les critères d'ouverture à la discrétion judiciaire de l'alinéa (2) sont nécessaires et suffisants, le juge peut immédiatement passer à l'exercice de cette discrétion selon des balises à définir. C'est ce que le libellé de l'alinéa (2) laisse supposer puisqu'il s'agit d'une exception à la règle générale de recevabilité de la preuve dérivée. L'alinéa (2) se réclame des conditions de recevabilité de la preuve directe énoncées à l'alinéa (1). Le juge, dans l'exercice de sa discrétion devra évaluer dans quelle mesure un simple défaut technique dans l'interception serait de nature à "ternir l'image de la justice".

D'autre part, et s'inspirant des faits dans l'affaire **Miller and Thomas** précitée, le juge pourrait distinguer entre le vice de fond et le défaut technique, ce dernier étant susceptible d'être corrigé. Dans ces conditions, le juge se trouverait devant une interception illégale au sens de l'alinéa (1), mais susceptible d'être reçue en vertu de l'alinéa (3). La légalité de l'interception proprement dite étant décidée par le juge, il n'y aurait plus de recours en vertu du paragraphe (2).

Résumons. Le voir dire révèle:

- a) Une écoute non légalement faite
- b) et qui ne souffre que d'un vice technique susceptible d'être corrigé en vertu de la discrétion judiciaire de l'alinéa (3).

Le juge décide alors qu'il s'agit d'une irrégularité technique, et donc qu'il n'a pas à exercer sa discrétion de refuser la preuve qui en découle, puisque l'interception devient "légale".

La preuve dérivée d'une interception de communication privée affectée d'un vice de forme ou de procédure ne sera certainement pas exclue en vertu de l'exception discrétionnaire que stipule l'alinéa (2) du paragraphe 178.16. Il y a deux justifications possibles à ce résultat.

Si les conditions d'ouverture à la discrétion judiciaire en vertu du paragraphe (2), - une preuve dérivée d'une interception non légalement faite au sens du paragraphe (1) - sont objectivement remplies, il est peu probable que le juge décide que la réception en preuve d'une preuve dérivée d'une interception affectée d'un vice de forme ou de procédure soit susceptible de ternir l'image de la justice.

Si d'autre part le juge "corrige" le vice de forme ou de procédure qui entache l'interception de communication privée révélée durant un voir dire sur le paragraphe (2), cette interception deviendra "légalement faite" au sens du paragraphe (1) en conjonction avec le paragraphe (3) et il n'y aura plus ouverture à la discrétion de ne pas recevoir la preuve dérivée.

Dans un cas comme dans l'autre, la nature de l'irrégularité devra être examinée par le juge. Si cette irrégularité dénote une volonté des forces de l'ordre de contrecarrer le processus d'autorisation, le juge refusera de "corriger" l'irrégularité. La nature et la gravité de l'irrégularité seront des facteurs parmi d'autres à évaluer dans l'exercice de la discrétion judiciaire de ne pas recevoir la preuve dérivée, si de la recevoir est susceptible de "ternir l'image de la justice".

Notons que cette évaluation subjective de la nature de l'irrégularité se démarque du régime d'exclusion adopté par les tribunaux américains en vertu de la "théorie du fruit de l'arbre

empoisonné" 396. Aux Etats-Unis la simple démonstration d'une irrégularité dans le mode d'obtention de la preuve suffit à faire exclure les preuves en découlant. Cependant le concept de preuve dérivée est moins étendu qu'au Canada et les tribunaux ont mis au point certains aménagements leur permettant de recevoir dans certains cas la preuve obtenue irrégulièrement 397.

b) La divulgation autorisée par l'une des parties à la communication privée

L'irrecevabilité de l'interception est une des conditions préalables à l'exercice de la discrétion judiciaire de ne pas recevoir une preuve en découlant. La preuve dérivée d'une interception légalement faite ne sera donc pas sujette à la discrétion énoncée au paragraphe (2) de l'article 178.16.

D'autre part le paragraphe (1)(b) prévoit la recevabilité d'une interception de communication privée, légalement faite ou non, lorsqu'une des parties à la communication en accepte la divulgation 398.

Dans ce cas, le paragraphe (2) est sans objet.

Si durant un voir dire sur le paragraphe (2) il appert que les forces policières ont utilisé l'écoute électronique durant l'enquête et que la preuve en litige découle d'une interception non légalement faite de communication privée, il suffira

que la poursuite obtienne le consentement d'une des parties à la communication interceptée pour que celle-ci soit recevable, rendant sans objet la discrétion d'exclure la preuve en découlant.

La jurisprudence a en effet décidé que le consentement à la divulgation par l'une des parties à la communication interceptée n'avait pas à être donné avant l'interception 399.

Le consentement pouvant donc être donné après l'interception légalise ainsi post facto cette dernière: "Consent by one of the basic communicants will always make even an illegal interception of a private communication admissible" 400.

Quelle que soit la gravité des irrégularités commises par les policiers dans l'obtention de la preuve directe, le consentement d'une des parties à la communication privée rendra celle-ci recevable, éliminant tout recours à l'alinéa (2). On voit sans peine les abus divers qui sont susceptibles "de ternir l'image de la justice", par les pressions indues exercées par la Couronne, dans le cas d'un recours en vertu de l'article 178.16 (2), sur un co-conspirateur pour qu'il donne le consentement requis 401. Il y aurait sans doute lieu de modifier l'alinéa (1) b) de l'article 178.16 pour corriger cette interprétation jurisprudentielle qui va clairement à l'encontre de l'esprit de la Partie IV.1 du Code criminel.

Le consentement de l'une des parties à une communication privée, devrait être donné préalablement à l'interception.

D- L'exercice de la discrétion judiciaire d'écarter la preuve dérivée d'une interception non légalement faite de communication privée

Une fois établies les conditions d'ouverture à la discrétion judiciaire de rejeter une preuve dérivée d'une interception de communication privée elle-même irrecevable, il reste à délimiter l'exercice de la discrétion. Le législateur ne nous donne à cet effet qu'une seule balise: le juge doit écarter cette preuve s'il est d'avis que la recevoir est susceptible de déconsidérer l'image de la justice. Le législateur n'indique pas les facteurs susceptibles de "déconsidérer l'image de la justice", qui sont eux aussi laissés à la discrétion du juge.

Comparons le nouvel alinéa (2) à celui qui l'a précédé. L'ancien article 178.16(2)c) énonçait à partir d'une règle d'exclusion de la preuve dérivée au paragraphe (1), une exception permettant au juge de recevoir cette preuve par ailleurs irrecevable si son exclusion était susceptible "d'empêcher que justice soit rendue" 402.

Empêcher que justice soit rendue, c'est la raison principale pour laquelle la Common Law refuse tout lien entre la recevabilité de la preuve pertinente et son mode d'obtention. Ce critère connu redonnait pleine valeur au fondement objectif des

règles de recevabilité issues de la Common Law; le seul élément subjectif étant pour le juge d'évaluer la valeur probante essentielle de la dite preuve par ailleurs irrecevable. A l'extrême on peut prétendre que l'exception de l'ancien article 178.16(2) b) à la règle générale d'exclusion de la preuve dérivée au paragraphe (1) ne faisait entrer dans l'évaluation subjective inhérente à l'exercice de la discrétion judiciaire que les seules considérations intrinsèques à l'instance. Il est tout à l'honneur de certains juges d'avoir été plus loin dans leur analyse 403.

Avec le nouvel article 178.16(2), la situation s'est inversée. Le caractère objectif de l'instance est reconnu au paragraphe (1) puisque la preuve dérivée d'une interception de communication privée, légale ou non, n'est pas irrecevable en preuve du seul fait que l'interception dont elle découle puisse l'être 404.

Par contre l'exception que stipule le paragraphe (2) fait appel à des considérations extra-judiciaires. C'est sans doute ce qui fait dire à Me Daniel Bellemare que le législateur a conservé pour la recevabilité de la preuve dérivée "des relents de la théorie du fruit empoisonné" 405. Or nous avons vu au chapitre premier la gamme des considérations qu'implique l'adoption du modèle "intégré" de la conception du rôle de l'instance. Malheureusement le législateur ne donne au juge aucun repère quant au sens de l'expression "ternir l'image de la justice", quant aux

actes susceptibles de le faire, et quant à la gamme de facteurs à prendre en considération dans l'exercice de sa discrétion.

Partant de l'hypothèse que le législateur n'a pas retenu la règle d'exclusion en vertu d'une approche institutionalisée de contrôle par les tribunaux des méthodes d'enquête des forces de l'ordre, il faut cerner le sens de l'expression "ternir l'image de la justice" à l'alinéa (2) de l'article 178.16. Pour ce faire il faudra s'appuyer sur la doctrine et, par analogie, à une certaine jurisprudence, australienne, écossaise et canadienne qui serait à mi-chemin entre la règle d'exclusion et la règle de recevabilité. Nous tenterons ainsi de délimiter les conditions d'exercice de la discrétion proprement dite de ne pas recevoir la preuve dérivée d'une interception de communication privée.

1) La doctrine

La rigueur excessive de la règle canadienne en matière de recevabilité de la preuve illégalement ou irrégulièrement obtenue est peut-être à l'origine des nombreuses recommandations pour en assouplir les termes. La doctrine canadienne semble vouloir donner la préférence à une discrétion judiciaire de ne pas recevoir une preuve par ailleurs recevable au nom de l'éthique judiciaire 406.

On se souvient que le professeur Allan Mewett proposait d'étendre la notion d'abus de procédure à la discrétion de rejeter une preuve légale mais irrégulière, lorsque la victime d'un

d'un abus n'a aucun recours en Common Law 407. On peut présumer que cette recommandation du professeur Mewett s'inspire d'un souci d'équité envers la victime. M. Rolland Penner énonce pour sa part trois assises à une règle discrétionnaire: le contrôle des forces de l'ordre (par la divulgation des interceptions de communications privées), l'équité (par l'abus de procédure) envers l'accusé et l'intégrité judiciaire. Cet auteur favorise ce dernier fondement:

(...) In my view, (...), deterrence is not the issue; judicial integrity and the role of the courts as guardians of civil liberties are. The work of the federal law Reform Commission in this area has done much to advance the notion that our law of evidence ought to be concerned with limiting the admissibility of anything which may bring the law into disrepute (...) s.178.16(2) recognizes the imperative of judicial integrity in the wiretap legislation. (We) ought to be prepared to do so with illegally obtained evidence generally. (We) need not do so by enacting a full exclusionary rule. The remedy in s.178.16(2) is clearly exclusionary. S.15 in the proposed evidence code is discretionary. They are both in a form which, in effect, embodies the main features of Scots law, and avoids the political pitfall of providing basis for freeing accused persons on mere irregularities 408.

Pour M. Penner, la règle discrétionnaire tente de répondre à l'objection à l'effet qu'une règle d'exclusion libère des "coupables" pour des irrégularités techniques 409.

Dans trois rapports d'organismes ou de commissions d'enquête qui se sont penchés sur la question de la recevabilité de la preuve illégalement ou irrégulièrement obtenue, on recommande l'adoption d'une règle d'exclusion discrétionnaire ⁴¹⁰. C'est la technique adoptée par le législateur pour la preuve dérivée d'une interception de communication privée elle-même irrecevable. Cependant l'article 178.16(2) ne prévoit pas de modalités d'exercice de la discrétion ⁴¹¹. Il pourrait donc être utile de se référer aux différents modèles proposés par la doctrine.

Dans le rapport Ouimet, on suggère trois critères d'appréciation:

2- Le tribunal dans l'exercice de son pouvoir discrétionnaire de rejeter ou d'admettre la preuve recueillie illégalement, doit tenir compte des facteurs suivants:

I) La violation des droits est-elle délibérée, s'est-elle produite par inadvertance, ou est-elle le résultat d'une méprise d'ignorance ou d'une erreur de jugement.

II) Existait-il une situation d'urgence qui obligeait à agir pour empêcher la destruction ou la perte d'éléments de preuve, ou d'autres circonstances qui justifiaient, en l'espèce, les mesures qu'on a prises?

III) L'admission de la preuve en question serait-elle injuste pour l'accusé ⁴¹².

Le professeur Mewett critique ces critères proposés dans le rapport Ouimet. Pour lui la dissuasion n'est pas en cause dans le cadre de la discrétion d'écarter la preuve irrégul-

lièrement obtenue. Par contre, il étend la doctrine de l'abus de procédure aux cas qui n'ouvrent pas de recours alternatifs à l'accusé ⁴¹³. Cela recoupe sans doute en partie le troisième critère proposé dans le rapport Ouimet.

Pourrait-on aussi prétendre que ce troisième critère englobe la discrétion judiciaire à laquelle il est fait allusion dans l'arrêt R. c. Sang de ne pas recevoir une preuve obtenue irrégulièrement de la personne de l'accusé, au nom de l'équité? De toute façon le problème ne se pose pas en ces termes dans le cadre de l'article 178.16(2) et c'est plutôt, nous l'avons vu, l'extension, extra-judiciaire du privilège contre l'auto-incrimination qui permet à la Common Law anglaise de rejeter, le cas échéant, ce type de preuves ⁴¹⁴.

Les deux autres critères proposés dans le rapport Ouimet suggèrent une évaluation technique de l'irrégularité. Le premier est pertinent pour l'interception non légalement faite, qui peut être corrigée post facto en invoquant l'article 178.16(3). On ne sait pas cependant quel poids relatif donner à cette "violation des droits" par rapport à d'autres critères, comme l'importance du droit, et la gravité de l'accusation portée contre l'accusé.

Quant au troisième critère, il n'est sans doute pas pertinent dans le contexte de la Partie IV.I du Code criminel qui prévoit les mécanismes d'autorisation appropriés pour les cas

d'urgence et stipule l'illégalité de principe de l'écoute électronique, tout en réglementant étroitement les public acts of detection. La justification d'une écoute illégale au prétexte qu'il "fallait faire vite" ne devrait pas être retenue comme circonstance atténuante.

La Commission de Réforme du Droit du Canada dans son rapport de 1975 sur la preuve, propose à son tour, à l'article 15 de son Code de la preuve, un régime discrétionnaire d'exclusion de la preuve pertinente:

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

15(2) Aux fins de l'application de la règle prévue 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 ⁴¹⁵.

La Commission de Réforme du Droit, fait entrer dans la notion "ternir l'image de la justice", "toutes les circonstances de l'instance et du mode d'obtention de la preuve". Curieusement cependant, et ce n'est pas un blâme, la dissuasion proprement dite n'est pas mentionnée.

Par ailleurs la Commission reconnaît au juge le soin de

veiller à toutes les étapes du processus pénal au respect de la dignité humaine et des valeurs sociales. On peut se demander si cette vigilance judiciaire s'inscrit dans une perspective institutionnelle, comme aux Etats-Unis, - pour les seuls droits "reconnus" constitutionnellement ou statutairement -, ou éthique - par un jugement de valeur subjectif du seuil acceptable des normes de conduite permises. Eu égard à l'aspect exceptionnel de la discrétion judiciaire de rejeter une preuve par ailleurs recevable, il faut pencher, en ce cas, pour l'approche restrictive. Le juge qui exerce sa discrétion devrait pouvoir identifier le droit ou la conduite auxquels la société attache une importance primordiale, et qui a été bafoué.

Nous reviendrons par ailleurs sur la notion subjective développée et rejetée aux Etats-Unis du "shock the conscience test" 416. En réglementant l'écoute électronique le législateur a clairement identifié une activité répréhensible. Les abus sont sévèrement réprimés et cette réprobation peut aller le cas échéant jusqu'à ne pas recevoir une preuve dérivée d'une interception non légalement faite de communication privée.

La Commission en évoquant les deux dimensions objectives contradictoires qui s'affrontent dans l'exercice de la discrétion judiciaire de ne pas recevoir de par son mode d'obtention une preuve par ailleurs recevable, - la gravité du litige et l'importance de la preuve, d'une part et l'atteinte aux valeurs sociales reconnues d'autre part, - reprend un critère essentiel à

l'exercice de la discrétion, critère d'ailleurs reconnu par la **Common Law** écossaise 417.

Selon M. Mewett, le dernier critère, le caractère volontaire ou non du dommage causé à l'accusé, n'est pas pertinent. Dans le contexte de l'article 178.16(2), ce critère ne l'est sans doute pas non plus.

Le rapport McDonald est l'ouvrage le plus récent qui reprenne la question de l'exercice de la discrétion judiciaire de ne pas recevoir de par son mode d'obtention une preuve par ailleurs recevable 418.

(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 ⁴¹⁹.

Voilà sans doute la formulation la plus claire des critères par l'évaluation desquels le juge exerce sa discrétion.

Faisons abstraction pour les fins de l'article 178.16(2) du Code criminel du critère b) qui prévoit la prise en considération du tort causé à l'accusé ou à d'autres personnes. Dans la Partie IV.1 du Code criminel, puisqu'il s'agit d'interceptions de communications-privées, c'est le droit à l'intimité qui est violé. La prohibition des private Acts of detection rehausse l'importance que la société accorde au droit de l'intimité. Éliminons aussi, pour les motifs évoqués précédemment, le critère prévoyant les circonstances atténuantes que constitue la nécessité urgente d'empêcher la destruction ou la perte d'éléments de preuve.

Voyons maintenant dans quel ordre le juge doit évaluer les critères pertinents à l'exercice de sa discrétion en vertu de l'article 178.16(2) du Code criminel.

La défense invoque l'article 178.16(2) pour l'exclusion d'une preuve qu'elle a établie être dérivée d'une écoute irrecevable en vertu du paragraphe (1). Si l'écoute est autorisée mais non légalement faite, le juge doit décider en premier lieu si

c'est une irrégularité de forme qui l'empêche d'être intrinsèquement recevable. Dans un tel cas, le juge peut par analogie se réclamer de l'article 178.16(3) et conclure le voir dire en recevant la preuve dérivée.

S'il s'agit d'un défaut de fond, le juge devra décider s'il s'agit d'une tentative délibérée ou non de contourner la loi. Si ce n'est pas une tentative délibérée de contourner la loi, il pourra évaluer la gravité de l'infraction commise pour obtenir la preuve, par rapport à la gravité du délit dont l'accusé est inculpé. A ce sujet nous verrons l'application pratique de cette évaluation en *Common Law* écossaise et australienne.

S'il s'agit d'une tentative délibérée de contourner la loi, les recours prévus à la Partie IV.1 du Code criminel peuvent ou non être disponibles. Si l'on se trouve dans la situation exposée dans l'affaire *Wai Ting Li*⁴²⁰ ou par le professeur Mewett⁴²¹ d'un abus délibéré mais "non illégal", la discrétion devrait s'exercer en tout état de cause puisqu'il y a abus de droit et qu'il y va de l'éthique judiciaire de ne pas recevoir la preuve qui en découle. Si l'écoute bien qu'autorisée est non légalement faite (parce que non conforme à l'autorisation), on se trouve dans la même situation qu'une écoute non autorisée.

Dans le cas d'une écoute non autorisée, une valeur sociale reconnue, le droit à l'intimité, est bafouée. Par ailleurs le caractère exceptionnel de ce moyen d'enquête qu'est l'écoute

électronique ne peut se justifier d'une défense de "bonne foi" 422. La gravité de l'infraction commise se mesure à l'importance que la société accorde au droit à l'intimité et de l'opprobre qui accompagne l'interception illégale des communications privées.

Par ailleurs, la divulgation judiciaire de cette interception illégale pourra faire jouer les sanctions pénales et civiles appropriées et le bien de la société réclame aussi la condamnation des coupables. Le juge devra donc mettre respectivement dans la balance la valeur sociale bafouée par l'illégalité commise et la gravité du délit dont l'accusé est inculpé.

2) La jurisprudence

Au Canada, il ne semble pas que les tribunaux aient rejeté une preuve dérivée d'une interception non légalement faite de communication privée en vertu de l'article 178.16(2) du Code criminel.

Dans l'affaire *R. c. Robinson et Al* (no.9) 423, la poursuite voulait introduire une preuve dérivée d'une interception non légalement faite au sens de l'article 178.16(1), celle-ci outrepassant, par une erreur d'interprétation, le cadre de l'autorisation. La défense ayant invoqué l'article 178.16(2) pour exclure la preuve dérivée, le juge Mackoff refusa d'exercer sa discrétion en excluant cette preuve au motif que le seul fait

qu'une preuve dérivée découle d'une interception irrecevable n'est pas suffisant pour la rendre elle-même inadmissible: "therefore to argue that administration of justice would be brought into disrepute by merely doing what Parliament intended and authorized to be done is a proposition that I am unable to agree with" 424.

Il est dommage que le juge Mackoff n'ait pas jugé bon d'être plus explicite.

Dans R. c. Verigin⁴²⁵, le juge D'Andrea arrivait à une conclusion similaire tout en reprenant à son compte les critères énoncés sous l'empire de l'ancien article 178.16(2) c) par le juge Spencer dans l'affaire Wai Ting Li et Al (no.2) pour guider le juge dans l'exercice de sa discrétion. Rappelons à nouveau les critères suggérés par le juge Spencer:

I am of the view that involved in those second (178.16(2)b) c. cr.) and third steps (178.16(2)c) c. Cr.) is a weighing of the following issues:

- 1- The public interest in having all the relevant evidence for and against the proposition that an accused is guilty of the crime charged, considered by the Court. The more serious the crime charged, the more important that issue may become, but I do not think it can ever become the exclusive issue.
- 2- The public interest in upholding the law which now includes both the prohibition against obtaining evidence by an authorized interception and the possibility of including the derivative evidence if justice may otherwise not be done.
- 3- The public interest in protecting an accused from unfairness or oppression.
- 4- The public interest in ensuring that its servants, in this case, the police, behave in a manner which does not bring discredit upon them in the eyes of right thinking persons 426.

Les critères mis de l'avant par le juge Spencer rejoignent l'essence des propositions de la Commission McDonald; le premier critère suppose une évaluation subjective des avantages de la recevabilité par opposition à l'intérêt public de la protection judiciaire des droits de l'accusé contre l'oppression ou l'injustice. L'intérêt public exige de dissuader les forces policières de pratiques d'enquête inacceptables 427.

Le juge Spencer accorde beaucoup d'importance à la nécessité pour la Cour d'avoir devant elle toutes les preuves pertinentes à l'affaire. Cette nécessité devient impérieuse lorsque le crime dont est accusé le prévenu est grave. A l'époque, la règle générale stipulait l'exclusion de la preuve dérivée d'une écoute illégale. Le juge avait la discrétion de recevoir cette preuve par ailleurs irrecevable si de l'exclure était susceptible de ne pas permettre de rendre justice. Entre temps, les amendements de 1977 ont apporté un renversement de la règle générale. L'importance pour le juge d'avoir devant lui toutes les preuves pertinentes, critère que souligne le juge Spencer est d'autant plus primordiale à l'intérieur de l'actuel régime de recevabilité de la preuve dérivée.

Le troisième critère proposé par le juge Spencer préconise la discrétion judiciaire de ne pas recevoir une preuve par ailleurs recevable en faisant déborder les garanties procédurales d'équité envers l'accusé en fonction de considérations extrajudiciaires. Nous avons vu que la Common Law canadienne rejette

cette idée, et il en va probablement de même de la Common Law anglaise.

En l'espèce la doctrine de l'abus de procédure se justifie du rôle du juge de ne pas permettre l'utilisation inéquitable envers l'accusé du processus légal d'autorisation. Elle ne joue cependant pas en matière de recevabilité de la preuve, quoiqu'en disent certains auteurs. Si l'injustice ou l'oppression à laquelle fait allusion le juge Spencer est celle qui découle du non respect par les forces de l'ordre d'une valeur sociale ou d'un droit reconnu, c'est cette valeur ou ce droit qui, parmi les critères proposés par la Commission McDonald sont en cause dans l'évaluation respective de l'intérêt de la société de "rendre justice" et de "faire respecter le droit" (au sens où les valeurs sont reconnues).

La discrétion qui se justifierait d'une extension extra-judiciaire de l'équité envers l'accusé, irait à l'encontre des principes qui sous-tendent le modèle de la Common Law. L'article 178.16(2) étant une exception à la règle générale, la discrétion d'exclure doit être interprétée restrictivement.

C'est plutôt la contravention aux règles régissant les public Acts of detection qui trouve une sanction additionnelle dans la discrétion d'écarter la preuve dérivée d'une interception de communication privée irrecevable. Le droit à l'intimité trouve ici une sanction exceptionnelle.

Le quatrième critère justifie l'exclusion de la preuve dans l'intérêt public d'une police "responsable". La sanction judiciaire par l'exclusion de la preuve d'une contravention à une valeur sociale bafouée par les forces de l'ordre sert l'intérêt public. La dissuasion n'est pas nécessairement en cause dans le pouvoir discrétionnaire de ne pas recevoir la preuve découlant directement ou indirectement d'une interception non légalement faite de communication privée. En effet l'exclusion sert à réaffirmer la valeur sociale bafouée par les forces de l'ordre.

On ne peut nier cependant que la divulgation possible, par le biais d'un voir dire tenu en vertu du paragraphe (2) de l'article 178.16, des interceptions non autorisées de communications privées, peut jouer un rôle de dissuasion à l'endroit des forces de l'ordre ⁴²⁸. Rappelons que la Partie IV.I prévoit des sanctions criminelles et un recours civil contre les personnes coupables d'écoute électronique non autorisée. L'exclusion n'est plus alors un facteur de dissuasion. C'est la divulgation et l'ouverture aux recours pénaux et civils qui dissuadent les abus. On rejoint ainsi le modèle traditionnel favorisé par la Common Law. Le modèle discrétionnaire n'est pas à cet égard en contradiction avec ce dernier.

Les critères proposés par le juge Spencer sont donc à la fois incomplets et imprécis. Le juge Spencer cependant raison d'insister sur l'importance de préserver l'objectif primordial de l'instance, la recherche de la vérité, en plaçant les preuves

pertinentes devant le tribunal. L'éthique judiciaire ne permettra cependant pas que cet objectif prime de façon absolue les autres objectifs sociaux.

En Ecosse, la discrétion judiciaire de rejeter de par son mode d'obtention une preuve par ailleurs recevable est clairement délimitée. Les critères que propose Lord Cooper dans *Lawrie c. Muir* sont à rapprocher de ceux énumérés par la Commission McDonald 429.

- (Traduction) 1. L'illégalité commise a-t-elle fait partie d'un plan délibéré en vue de se procurer la preuve?
2. L'illégalité commise est-elle sérieuse?
3. Existait-il des circonstances d'urgence qui obligeaient à agir rapidement pour éviter la destruction ou la perte de la preuve?
4. Les auteurs de l'acte illégal agissaient-ils à titre d'officiers de justice ou de simples individus?
5. Était-il facile et possible dans les circonstances de se conformer aux prescriptions et dispositions de la loi?
6. Le crime reproché à l'accusé et pour la démonstration de l'existence duquel on tente de produire la preuve illégalement obtenue, est-il un crime grave?
7. Le moyen employé pour obtenir la preuve est-il sur le plan pratique l'un des seuls permettant la détection efficace du crime? 430.

En Australie, l'état du droit en la matière est énoncé dans l'affaire *R. c. Ireland*:

(traduction) Lorsque l'illégalité ou l'injustice est apparente, le juge a le pouvoir de rejeter la preuve. Il doit en étudier l'application et, ce faisant, tenir compte des exigences divergentes de l'intérêt public et les peser les unes par rapport aux autres. D'une part, le public souhaite que les personnes qui ont commis des infractions cri-

minelles soient condamnées. D'autre part, il est dans l'intérêt public de protéger les individus contre un traitement illégal et injuste. C'est peut-être payer trop cher les condamnations que de recourir à des actes illégaux ou injustes. D'où le pouvoir discrétionnaire dont jouit le juge ⁴³¹.

Ce type de discrétion, au nom de l'équité, n'est pas reconnu en Common Law anglaise ou canadienne. Le juge Spencer dans l'affaire R. c. Wai Ting Li et al (no.2) ⁴³², accepte cependant que la discrétion puisse s'exercer en regard de la nature "oppressive" de la conduite des policiers qui ont obtenu la preuve. Cette conduite oppressive s'applique-t-elle à toutes les preuves ou seulement à celles obtenues de l'accusé? Bien que la jurisprudence australienne ne soit pas claire à ce sujet, l'analyse de celle-ci faite précédemment montre que cette discrétion ne s'est exercée en pratique que pour les seules preuves obtenues de façon injuste ou oppressive de la personne de l'accusé.

Dans le cas de la discrétion en vertu de l'article 178.16(2) du Code criminel, d'écartier une preuve dérivée d'une interception non légalement faite de communication privée, nous avons déjà dit que le critère faisant appel à l'équité est inutile puisque l'écoute électronique, en tant que moyen d'enquête, est règlementée par ailleurs. La preuve obtenue par l'écoute reste cependant une preuve obtenue de la personne de l'accusé. Bien qu'au Canada, l'état du droit permette de dire que le privilège contre l'auto-incrimination est purement intrinsèque à l'instance, les règles différentes en vigueur en Angleterre et en Australie laissent planer un doute sur l'utilité du caractère oppressif

de l'obtention de la preuve en tant que critère d'évaluation en vertu de l'article 178.16(2).

En résumé, il ressort de cette analyse de la doctrine et de la jurisprudence que le juge qui doit exercer sa discrétion en vertu de l'article 178.16(2) devra prendre en considération l'aspect volontaire de l'infraction, - la volonté de contrecarrer la loi, - puis, eu égard à l'importance primordiale de recevoir toute preuve pertinente par ailleurs recevable, de confronter cet objectif à celui de l'intérêt de la société que les droits et prohibitions spécifiquement reconnus par la loi ne soient pas impunément bafoués.

En confrontant ces objectifs contradictoires, le juge devra évaluer la gravité respective de l'infraction des forces de l'ordre et de l'inculpation de l'accusé, pour finalement décider si la société, et non l'accusé, sera mieux servie par la réception de la preuve ou son exclusion.

3) Les limites à l'application de l'article 178.16(2) du Code criminel

La discrétion judiciaire en vertu de l'alinéa (2) de l'article 178.16 du C. Cr. d'exclure une preuve dérivée d'une interception de communication privée non recevable en preuve en vertu de l'alinéa (1) joue un double rôle.

Par la divulgation du fait de l'interception de communication privée, préalable nécessaire à l'exercice de la discrétion proprement dite, la victime d'une interception et la société s'assurent que les sanctions statutaires, pénales et civiles, que prévoit la Partie IV.1 du Code criminel pourront être mises en oeuvre contre les auteurs d'interceptions illégales de communications privées.

On peut prétendre que la possibilité toujours présente d'une telle divulgation puisse jouer un rôle de dissuasion à l'encontre des forces de l'ordre et de ses membres. Son efficacité réelle est cependant ouverte aux spéculations à la lumière des attitudes que révèle le rapport McDonald⁴³³. Si la dissuasion était le principal motif d'une discrétion judiciaire de ne pas recevoir la preuve dérivée d'une interception irrégulière, il y a lieu de se demander si l'exigence légale du dépôt d'une attestation à l'effet que durant l'enquête sur une affaire donnée il y a eu interception de communication privée, indépendamment de l'utilisation en preuve de l'interception elle-même, n'aurait pas permis d'arriver à un résultat plus direct. Une telle obligation de déposer une attestation rendrait pertinente au procès la question de l'utilisation de l'écoute électronique.

Le libellé de l'article 178.16(2) laisse à penser que la discrétion d'écarter la preuve dérivée d'une écoute irrégulière va plus loin que la simple dissuasion. Le juge, s'aidant des critères appropriés développés par la jurisprudence pertinente et

la doctrine canadienne, doit évaluer subjectivement dans quelle mesure, la recevabilité de la preuve irrégulièrement obtenue pour "rendre justice" dans un cas individuel, ou l'exclusion pour protéger l'intégrité du système, protégera au mieux dans chaque cas d'espèce les intérêts de la société.

Par définition l'exclusion de la preuve sera exceptionnelle ⁴³⁴. Son existence seule est cependant une garantie du respect par toutes les composantes du processus pénal de normes minimales de conduite.

Le créneau discrétionnaire ouvert par l'article 178.16 (2) est très étroit et, certains commentateurs ont fait remarquer que le législateur eut été mieux avisé d'énumérer les critères que le juge doit prendre en considération dans l'exercice de sa discrétion ⁴³⁵. Le contexte particulier qui a prévalu à l'introduction statutaire de la discrétion judiciaire dans le cadre spécifique de la Partie IV.I du Code criminel ne s'y prêtait peut-être pas ⁴³⁶.

Il faut malheureusement souligner que les propositions récemment déposées devant le Parlement pour modifier la Loi sur la Preuve au Canada n'incorporent pas l'essence de l'article 15 du Code de la Preuve proposé par la Commission de Réforme du Droit ⁴³⁷.

Parmi les nombreux critères susceptibles d'être consi-

dérés par le juge qui doit exercer sa discrétion dans le cadre de l'article 178.16(2), ceux proposés par la Commission McDonald nous semblent s'harmoniser avec le rôle de l'instance issu de la **Common Law**, tout en reconnaissant au juge un rôle subjectif d'appréciation du bien supérieur de la société dans des circonstances exceptionnelles. La discrétion exceptionnelle d'écarter une preuve par ailleurs recevable en fonction de considérations éthiques tenant à l'intégrité judiciaire, plutôt qu'à l'équité envers l'accusé, rejoint l'analyse, à laquelle nous souscrivons, du juge Lamer dans l'affaire *Rothman c. La Reine* 438.

L'exclusion de la preuve" constitue dans les cas exceptionnels une "soupape" permettant au tribunal de ne pas s'associer à des pratiques que la société ne peut tolérer. Nous soumettons que ce développement du droit de la preuve est souhaitable en tout état de cause, malgré les lacunes internes, et les limites d'application, de l'article 178.16(2) du Code criminel.

Conclusion

Nous avons cherché à délimiter, en droit canadien, l'exercice de la discrétion judiciaire de ne pas recevoir de par son mode d'obtention la preuve pertinente et par ailleurs recevable. La **Common Law** canadienne ne reconnaît aucune discrétion de ce genre. La **Common Law** anglaise permet au juge par une extension extra-judiciaire du privilège contre l'auto-incrimination d'écartier une preuve obtenue de l'accusé sous fausses représentations ou sans son consentement. Les tribunaux supérieurs canadiens pourraient incorporer au droit des aveux le modèle anglais et renverser le courant jurisprudentiel caractérisé par les arrêts *Bégin*, *St. Lawrence*, *Wray* et *Curr* ⁴³⁹.

Le droit canadien connaît cependant des exceptions à la règle de recevabilité. L'article 178.16(2) du Code criminel permet au juge d'instance de rejeter une preuve dérivée d'une interception non légalement faite de communication privée si de l'admettre était susceptible de "ternir l'image de la justice". L'existence de cette discrétion, par la divulgation des écoutes

non autorisées, contribue à dissuader les pratiques policières illégales en matière d'écoute électronique.

Quant à l'exercice de la discrétion proprement dite, le juge doit décider dans l'intérêt de la société de recevoir ou d'exclure, selon le cas, une preuve obtenue dans des conditions inacceptables. L'exclusion ne sera décrétée qu'exceptionnellement.

La Partie IV.I du Code criminel sanctionne le droit à l'intimité par une interdiction des *private Acts of detection* et réglemente les *public Acts of detection*. Le juge doit veiller au respect de l'équilibre entre deux composantes contradictoires de l'intérêt public.

L'article 178.16(2) n'énumère cependant aucun des critères nécessaires au juge dans l'exercice de sa discrétion de ne pas recevoir la preuve dérivée d'une interception non légalement faite de communication privée.

Il y aurait lieu d'incorporer dans le droit de la preuve, les critères à être pris en considération pour l'application de la règle prévue à l'article 178.16(2) du Code criminel et à l'article 24(2) de la Charte canadienne des Droits et Libertés.

L'article 24(2) de la Charte canadienne des Droits et Libertés étend aux droits qu'elle protège la discrétion judiciai-

re d'exclure une preuve irrégulièrement obtenue. Le juge pourra exclure une preuve susceptible de déconsidérer l'administration de la justice. Les conditions d'ouverture à la discrétion judiciaire d'exclure une preuve obtenue en contravention de la Charte sont cependant liées au recours d'une victime d'une violation d'un droit enchâssé.

RENVOIS

- 1- La Reine c. Wray, 1971 R.C.S. 272; par ailleurs nous ne ferons pas la distinction entre le droit pénal et les affaires civiles. Voir L. Grossman, Protection of Privacy, Illegally Obtained Evidence in Civil Cases, Uniform Law Conference of Canada, appendice R of the proceedings of the fifty-ninth annual meeting held at Saint Andrews, N.B., August 1977: "It is settled law in Canada that illegally obtained evidence is admissible in civil matters. There has been no hesitation to apply criminal case law relating to illegally obtained evidence to civil matters and vice versa. The leading case, Kuruma v. Regina holds that there is no difference in principle in civil and criminal cases where illegally obtained evidence is tendered" p. 366; Aux Etats-Unis, la règle d'exclusion automatique ne s'applique qu'aux affaires criminelles Sackler c. Sackler, (1964) 255 N.Y.S. 2d 622; Kassner c. Fremont, (1973) 47 Mich. App. 264, 209 N.W. 2d 490.-
- 2- La Reine c. Wray, ibid.
- 3- R. c. Wai Ting Li et Al., no.2 (1977) 33 C.C.C. (2d) 108.
- 4- Paul Weiler, The Control of Police Arrest Practices: Reflections of a Tort Lawyer, in Linden (ed.) Studies in Canadian Tort Law, Butterworths, Toronto 1968.
- 5- Dallin H. Oaks, Studying the Exclusionary Rule in Search and Seizure, (1969-70) 37 U. of Ch.L.R. 665.
- 6- T.B. Smith, British Justice: The Scottish Contribution, Stevens & Son, London 1961: "Evidence secured by improper or unwarranted search will not be excluded in all circumstances. The High Court of Justiciary has stated that each case must be decided on its own facts, having regard to the circumstances" p. 133, voir Lawrie c. Muir, 1950 S.C.(J) 19; R. c. Ireland, (1970) 126 C.L.R. 321; Burning c. Cross, (1978) 52 A.L.J.R. 561.
- 7- Code criminel S.R.C. 1970, c. C-34; mod. Loi modifiant le Code criminel, la Loi sur la Responsabilité de la Couronne et la Loi sur les Secrets officiels, S.C. 1973-74, 21-22-23 Eliz. II, c. 50, sanctionnée le 14 janvier 1974; mod. Loi modifiant le Code criminel, le Tarif des Douanes, la Loi sur les Libérations conditionnelles, la Loi sur les Pénitenciers et la Loi sur les Prisons et les Maisons de Correction, S.C. 1976-77, 25 Eliz. II vol. 2 c. 53, sanctionnée le 5 août 1977.
- 8- Loi constitutionnelle de 1982, c. 11 des statuts de 1982 adoptée par le Parlement de Westminster le 29 mars 1982, suite à une résolution concernant la Constitution du Canada

adoptée par la Chambre des communes le 2 décembre 1981 et par le Sénat le 8 décembre 1982, proclamée le 17 avril; la Charte se trouve à la partie I de l'annexe B.

9-

Inter alia: A. Allen, The exclusionary Rule in the American Law of Search and Seizure, (1961) 52 J.Crim.L.C. & P.S. 246; American Bar association, Exclusionary Rule Wins Approval, 1973 A.B.A.J. 387; J. Auld, The Admissibility of Tape Recordings in Criminal Proceedings, 1961 Crim.L.Rev. 598; F.G. Bennet, Judicial Integrity and Judicial Review: An Argument for Expanding the Scope of the Exclusionary Rule, (1973) 20 P.C.L.A. Law Rev. 1129; W. Burger, Who Will Watch the Watchman, (1971) 14 Am. U.L. Rev. 1; W. Clemens, The Exclusionary Rule Under Foreign Law, Germany, (1961) 52 Crim.L.C. & P.S. 277; H. Cohn, The Exclusionary Rule Under Foreign Law, Israel, (1961) 52 J. Crim.L.C. & P.S. 282; R. Gibson, Illegally Obtained Evidence, 1973 U. of T.L.R. 23; J. Gray, The Admissibility of Evidence Illegally or Unfairly Obtained in Scotland, (1966) 11 Jur.Rev. 89; R.G. Groom, The Admissibility of Evidence Illegally Obtained, (1964) 13 Chitty's L.J. 54; J. Heydon, Illegally Obtained Evidence, 1973 Crim.L.R. 603; R. Hoenig and L. Walker, The Tort Alternative to the Exclusionary Rule in Search and Seizure, (1972) 63 J.Crim.L. 256; G. Killens, Recent Developments in the Law of Evidence, (1975-76) 18 Crim.L.Q. 103; W. Lafave, Improving Police Performance Through the Exclusionary Rule, (1955) 30 Mo.L.R. 391; A. Martin, The Exclusionary Rule Under Foreign Law: Canada, (1961) 52 J.Crim.L. & P.S. 271; F. McGarr, The Exclusionary Rule: An Ill Conceived and Ineffective Remedy, (1961) 52 J.Crim.L.C. & P.S. 266; P.K. McWilliams, Canadian Criminal Evidence, Canada Law Book Ltd. Agincourt 1974; A. Mewett, Law Enforcement and the Conflict of Values, (1970) 16 McGill L.J.1; L. Murray, Admissibility of Evidence Illegally Obtained, 1958 Scot. Law Rev.73; F. Nagel, Testing the Effects of Excluding Illegally Seized Evidence, 1965 Wisc.L.R. 283; J. Oaks, Studying the Exclusionary Rule in Search and Seizure, (1969) 37 U. of Ch.L.R. 665; P. Patenaude, De l'Admissibilité Devant les Tribunaux civils des Preuves illégalement obtenues, (1973) R. du B. 27; R. Penner, Illegally Obtained Evidence and the Right to Privacy: Some Policy Considerations, in Aspects of Privacy Law, ed. by Dale Gibson, Butterworths, Toronto 1980; W.M. Reisman and Eric E. Freedman, The Plaintiff's Dilemma: Illegally Obtained Evidence and Admissibility in International Adjudications, (1982) 76 Am.J. of Int. Law 737; D. Roberts, The Legacy of R. v.Wray, (1972) 50 C.B.R. 19; C. Sowle, The Exclusionary Rule Regarding Illegally Seized Evidence, Aldine Publ. C. 1962; J. Spiotto, The Search and Seizure Problem: Two Approaches: the Canadian Tort Remedy and the U.S. Exclusionary Rule, (1973) 1 J. of P.S. & A. 36; M.S. Weinberg, The Judicial Discretion to Exclude Evidence (1975) 21 McGill L.J. 1; G. Williams, Evidence Obtained by Illegal Means, 1955 Crim. L.R. 339.

- 9a- En particulier le juge Aylesworth de la Cour d'Appel d'Ontario dans Wray c. La Reine, 11 C.R.n.s. 235; le juge Spence de la Cour suprême dans La Reine c. Wray, supra note 1; le juge Lamer dans Rothman c. La Reine, (1981) 1 R.C.S. 640.
- 9b- Voir par exemple un article paru dans le Christian Science Monitor du 3 décembre 1982 p. 1: "Should tainted evidence be in court"; voir aussi un article récent paru dans le même quotidien: "Pressures mount to limit U.S. safeguards against search and seizure" par Curtis J. Sitomer, p. 12, mercredi le 19 janvier 1983.
- 9c- Voir en particulier D. Bellemare, L'Ecoute électronique au Canada, Ed. Yvon Blais Inc., Montréal, 1981; M. Manning, Wiretap Law in Canada: A Supplement to Protection of Privacy Act, Butterworths, Toronto, 1978; D. Watt, Law of Electronic Surveillance in Canada, Carswell, Toronto, 1979.
- 10- Kuruma c. La Reine, 1955 A.C. 197, 203.
- 11- C'est ce qui justifie pour certains commentateurs américains la règle d'exclusion connue sous la vocable "fruit of the poisonous tree". Voir en particulier l'article de Dallin H. Oaks, Studying the exclusionary rule in Search and Seizure, op. cit. note 5.
- 12- Alan W. Mewett, Proof of Guilt in a Changing Society, (1967-68) 10 Crim.L.Q. 270, p. 274 et suivantes: the police role in the context of the process of proof of guilt in the accusatorial system is two fold: "In the first place, they must investigate the crime with the purpose in mind of identifying the offender - not of proving his guilt which is not their task, but of establishing to their own satisfaction who he is. No question arises at this stage of any presumption of innocence or any of the rules of evidence relating to hearsay or admissibility or the like. In the second place, they must be aware that, for the criminal process to be completed, it is not sufficient of them to know who the offender is; he must also be proved to be guilty, and this process of proof is, indeed, governed by many very complicated rules which can be employed in establishing guilt (...). If there is a confusion between the investigative process and the process of proof, the argument runs as follows: if a rule forbids the admissibility of certain evidence at trial, then that rule also applies to the investigation and renders certain investigative techniques are illegal. Conversely, if those investigative techniques are illegal, then any matter discovered through them must be inadmissible (...). In this way, of course, the courts, by using the rules of evidence, control not only the admissibility of evidence but also attempt to control the methods of police investigation. If the distinction between investigation and process of trial is maintained, the argument is as follows; the question of the admissibility or inadmissi-

bility of evidence depends not upon the method used during the investigation to obtain that evidence, but upon a consideration of whether that piece of evidence is relevant and reliable and probative within the accusatorial system for the purpose of proving guilt. The adoption of this argument does lead to the very important question: What then does control the police in their investigative methods if it is not the courts in ruling on the admissibility or inadmissibility of the evidence? A number of things: Criminal and civil liability, internal discipline, exposure and morality".

- 13- Alan W. Mewett, ibid., p. 280: "the rigid evidentiary rules derive for the most part from the 19th century when it was felt necessary to compensate in favor of the accused the enormous investigative recourses of the State"; voir aussi les notes de Lord Diplock dans R. c. Sang, (1979) 2 All.E.R. 1222, 1230.
- 14- Paul Weiler, The Control of Police Arrest Practices: Reflections of a Tort Lawyer, dans Linden (ed.), Studies in Canada Tort Law, Toronto, Butterworths, 1968, pp. 443 et suivantes.
- 15- Mapp c. Ohio, (1961) 367 U.S. 643.
- 16- Supra, note (12).
- 17- People c. Defore, 242 N.Y. 1321 (C.A.) 1926, juge Cardozo; voir l'article de Charles Alan Wright, Must the Criminal go Free if the Constable Blunders, (1971-72) 50 Texas L. Rev. 736.
- 18- Rothman c. La Reine, (1981) 1 R.C.S. 640, 697.
- 19- Ibid.
- 20- R. c. Wray, 1971 R.C.S. 272, 304, juge Spence.
- 21- L. Grossman, loc. cit. note 1 p. 362.
- 22- R. c. Wray, op. cit. note 20 p. 288.
- 23- Id. p. 300.
- 24- Frank J. McGarr, op. cit. note 9: "I disagree that the criminal trial has any other function except to determine the applicability of the criminal law to the particular fact situation then before the court; in other words, to determine the guilt or innocence of the individual then standing before the bar of justice; it is its only function" p. 267; voir aussi the Position Paper Re the Canadian Constitution by the Canadian Association of Police, 1981: "The anglo-canadian experience is that the function of the courts is to search for truth by having all relevant evidence and the

best way to supervise and discipline police is by before the fact direction to the police and by subsequent prosecution and/or disciplinary hearings for police who act illegally or improperly" p. 2 non publié.

- 25- Commission de Réforme du Droit au Canada: Les Poursuites pénales, Responsabilité politique ou judiciaire. Document de travail 15, Information Canada, Ottawa 1975: "Pour être en mesure de comprendre ou de réformer le système actuel, il ne faut pas s'intéresser uniquement aux objectifs secondaires du processus pénal, ou aux droits et intérêts des parties à une poursuite. Il faut évaluer les règles de procédure en fonction de leur répercussion sur l'ensemble du système de justice pénale et, en fin de compte, de leur capacité de favoriser la réalisation des objectifs fondamentaux de la société. Pour juger de la valeur d'une règle de procédure, il ne suffit pas de se demander si elle protège le prévenu contre les pouvoirs de l'Etat. Il ne faut pas non plus être obsédé par les répercussions d'une règle particulière. Notre interrogation doit être d'ordre plus général: le droit de la procédure réalise-t-il, de concert avec les autres branches du droit pénal, un sain équilibre entre l'application de la loi et la liberté de l'individu? (...) la procédure pénale ne concerne donc pas la seule profession juridique. Les règles de procédure ne font pas que régir la conduite de ceux qui sont mêlés à une poursuite. Elles déterminent le caractère du système de justice pénale, et celui de la société dans laquelle il s'insère" p. 35 et 36; Francis A. Allen, op. cit. note 9 p. 263: "Opponents say that the exclusionary rule interferes with the process of getting the truth at a trial. They are right, some evidence may be excluded which could have helped to establish the facts. Yet, surely, a trial has purposes other than to lay reality bare. A trial is a part of government's teaching apparatus. Social values of the greatest importance receive expression in the court room. To reach a decision in accordance with the truth is only one value which in some circumstances may have to bow before others"; voir aussi les débats parlementaires sur le projet de loi C-176, 1ère Session, 29ième Parlement, Hansard du 27 novembre p. 8212 par Mark MacGuigan: "(...)Justice is not to be so narrowly construed as to be confined to what takes place in the Court room. Justice, rather, refers broadly to rectitude in the legal process, ranging from the time of apprehension and arrest through trial and conviction to final release from parole. The general rectitude of the legal system includes the good faith of those who administer and enforce the law".

- 26- Mary Jo White, The Impeachment Exception to the Constitutional Exclusionary Rules, (1973) 73 Col.L.R. 1476: "The constitutional exclusionary rules bar the admission of evidence in criminal trials that has been obtained in violation of the fourth (Weeks and Mapp) fifth (Miranda v. Arizona) and sixth amendments (Escobedo v. Illinois). The

rules are designed to safeguard the individual rights contained in these provisions by deterring police conduct contravening constitutional proscriptions and to preserve judicial integrity by avoiding the involuntary sanctioning of illegal police activities".

- 27- McNabb c. United States, (1943) 318 U.S. 332, 347.
- 28- S. Freedman, Admissions and Confessions dans R.F. Salhany et R.J. Carter (ed.), Studies in Canadian Criminal Evidence, 1972 c. 4 p. 95, 99, traduction donnée dans Rothman c. La Reine, op. cit. note 9a p. 648.
- 29- Pearse c. Pearse, 1846 De G. & S.M. 12,28 per Knight Bruce V.-C. Perry Meyer, dit dans Evidence in the Future, (1973) 51 C.B.R. 107: "The courts have a fundamental role as one of the more important institutions on which the credibility and legitimacy of democratic society depends (...). It is of extreme importance that the courts perform their functions in a manner which satisfies the values of both Truth and Justice" p. 118; voir aussi la discussion de ce que Meyer appelle, The Conflict that Exists Between the Values of Truth and Justice, p. 107-109; à ce sujet voir John Rawls, A Theory of Justice, The Belknap Press of Harvard, University Press, Cambridge, Massachusetts 1971.
- 30- R. c. McCorkell, cité à "Notes and Comments" (1964-65) 7 Crim. L.Q. 395, 397: "Je refuse cependant d'encourager pour l'avenir les personnes en situation d'autorité à circonvvenir la position de l'avocat d'un accusé en communiquant directement avec l'accusé". Traduction donnée dans Rothman c. La Reine, op. cit. note 9a p. 689.
- 31- Kuruma c. La Reine, supra note 10, p. 203.
- 32- Regina c. Leatham, (1861) 8 Cox c.c. 498; voir aussi Derington 2 C. & p. 418; (1826) 172 E.P. 189; Lloyd c. Rattray, 1897 Rettie 315; Jones c. Owens, (1870) 34 J.P. 759; soulignons que dans R. c. Sims, (1946) 31 W. app. R. 158, p. 164, Lord Goddard avait dit de la règle: "All evidence which is logically probative is admissible unless excluded by established rules". Au Canada voir R. Cross, Evidence, 4th ed., Butterworths, London, 1974 p. 282; R. c. Doyle, (1886) 12 O.R. 347; Ibrahim c. La Reine, 1914 A.C. 599; Procureur général du Québec c. Bégin, (1955) 12 C.C.C. 209; Cuthbertson c. Cuthbertson, 1951 O.W.R. 843; Lighthouse c. Lighthouse, (1927) 1 W.W.R. 393; Rex c. Honan, (1913) 20 C.C.C. 10; sur la distinction entre les affaires civiles et criminelles voir C.E.D., Ontario no.9 p. 20... "the principles of the law of evidence are the same whether applied in civil or criminal cases, although not enforced with the same rigidity against a person accused of a criminal offence as against a party to a civil action". Voir aussi C.E.D. Western, 1978 p. 44.

- 33- Wigmore dans son traité (*Evidence*, McNaughton, Rev. 1961, art. 2175) fait en matière d'admissibilité, la distinction entre deux catégories de cas. La majorité des règles touchent la valeur probante mais il existe des règles reconnues qui sanctionnent des considérations extra-judiciaires, et parmi celles-ci on retrouve des preuves, qui, pour être non-recevables, n'en ont pas moins une valeur probante indiscutable. C'est le cas des règles en matière de privilèges par exemple. C'est ce qui fait dire à L. Grossman, *op. cit.* note 1 p. 374: "Exclusion of illegally obtained evidence is no more suspect in principle than the rule which excludes privileged communications".
- 34- Comme le font les tribunaux écossais. Voir en particulier *Lawrie c. Muir*, 1950 S.C. (J.) 19; J. Gray, The Admissibility of Evidence Illegally or Unfairly Obtained in Scotland, (1966) 11 Jur. Rev. 89.
- 35- Il est rare que les tribunaux se soient prononcés sur les considérations de politique pénale qui prévalent à la règle d'admissibilité sans égard au mode d'obtention de la preuve. La plupart du temps, on se contente de réénoncer la règle sans en discuter le bien fondé. Ce qui fait dire à L. Grossman, *op. cit.* note 1 p. 368: "The failure of English and Canadian Courts to fully consider the policy issues underlying the admission of illegally obtained evidence perpetuates a rule of evidence which may never have been adequate".
- 36- *R. c. Sang*, (1979) 2 All E.R. 1222 p. 1242.
- 37- *R. c. Wray*, *supra* note 20 pp. 299-300 par le juge Judson. Lord Diplock dit de même dans *R. c. Sang*, *supra* note 36 p. 1230: "the function of the judge at a criminal trial as respects the admission of evidence is to ensure that the accused has a fair trial according to law".
- 38- *R. c. Sang*, *supra* note 36 p.1237, Lord Salmon.
- 38a- Dans le contexte de l'ancien art. 178.16(2)b) du Code criminel, S.C. 1973-74 ch. 50, mod. S.C. 1976-77 vol. 2 c. 53; voir *R. c. Wai Ting Li et Al.*, no 2 (1976) 6 W.W.R. 146, 157: "Since every judge is bound by office to do justice, it is difficult to understand what Parliament intends by conferring that residual discretion; *R. c. Kalo et Al.*, 28 C.C.C. (2d) 1, par le juge Borins p. 9: "In my view, the interpretation of the word "Justice" (...) may provide serious difficulty (...)" ; "I must confess to an inability to see any obvious or clear meaning of "Justice" in s. 178.16(2)b)": Lory, Seminar on Electronic Devices and the Law, avril 1976 inédit p. 18, cité dans D. Bellemare, L'Ecoute électronique au Canada, éd. Y. Blais, Montréal, 1981 p. 417 note 70.
- 39- *Rothman c. La Reine*, *supra* note 18 p.688.

- 40- Ontario Law Reform Commission, "Report on the Law of Evidence, Ministry of the Attorney General, 1976". La Commission ajoutait à ce propos du fondement des exceptions à la règle de recevabilité de la preuve p.58: "Wigmore has divided the rules governing the admissibility of evidence into two groups: those which may be said to be designed to improve the quality of proof, and those which are not concerned with an inquiry into truth but are based on extrinsic policy. In the latter group, evidence may be disallowed where certain values are considered to predominate over the truth inquiry; marital communications, confidential communications between a solicitor and his client, and secrets of state, illustrate rules coming within this category (...). Where improperly obtained evidence has been excluded in Canada, it has generally been on the basis, not of extrinsic policy considerations, but rather because of the danger that such evidence might be untrue".
- 41- Hogan c. La Reine, 18 C.C.C. 24 65, 80.
- 42- Dans Procureur général du Québec c. Bégin, 1955 R.C.S. 593 le juge Fauteux affirme p. 602: "La méthode employée pour l'obtention de certaines de ces preuves peut, dans certains cas, être illégale et même donner lieu à des recours d'ordre civil ou même criminel, contre ceux qui l'ont utilisée, mais on ne discute plus de la proposition voulant qu'en ces cas l'illégalité entachant la méthode d'obtention de la preuve n'affecte pas, per se, l'admissibilité de cette preuve au procès". Dans Hogan c. La Reine, supra note 41 le juge Laskin dit des recours de Common Law: p. 80: "Illegalities or improprieties attending the eliciting or discovery of relevant evidence are, on the orthodox Common Law view, res inter alios acta. They are said to have their sanction in separate criminal or civil proceedings, of which there is little evidence, either as to recourse or effectiveness; or perhaps, in internal disciplinary proceedings against offending constables, a matter on which there is no reliable data in this country".
- 43- Loi constitutionnelle de 1982, supra note 8
- 44- Voir Glanville Williams, The Proof of Guilt, 2, éd. Stevens, London, 1958 pp. 37 et 38.
- 45- R. c. Sang, supra note 36 p. 1247.
- 46- Ibid. p. 1242.
- 47- La Reine c. Wray, supra note 20.
- 48- Voir Paul Weiler, The Control of Police Arrest Practices: Reflections of a Tort Lawyer, loc. cit. note 4.
- 49- En particulier le juge Beetz dans Horwath c. La Reine, (1979) 2 R.C.S. 376; voir aussi les notes du juge Estey

- dans Rothman c. La Reine, (1981) 1 R.C.S. 640.
- 50- Voir l'article du juge Rand, Except by Due Process of Law, (1961) 2 Osgoode L.J. 171.
- 51- Ontario Law Reform Commission, op. cit. note 40 p. 69, "(...) Where a court admits evidence that has been illegally obtained without any regard for that fact, the contention is that this implicates the court in the illegality. This is said to breed disrespect for the law and for the judicial process. The response by Wigmore that the illegality is by no means condoned, but merely ignored (Wigmore no.2183) is an unsatisfactory legal nicety. Illegality that is ignored by the institution whose very existence is premised on obedience to the law amounts to illegality condoned in the mind of the public the institution serves. This is a strong argument for the adoption of some evidentiary rule of exclusion. In the narrow context the test of relevance of evidence produced is all that concerns the court; in its larger role, the court must ensure that the judicial process is not abused. However in this area there are no absolutes. In some cases grave injustice would be done if evidence illegally obtained were not admitted, and the respect for the courts as courts of justice, would be lowered much more than if the evidence were rejected. There are many degrees of illegality, and there may be cases of illegality for which no party to the action is responsible".
- 52- En Ecosse Lawrie c. Muir, (1950) S.C. (J) 19; en Australie Burning c. Cross, (1978) 52 A.L.J.R. 561.
- 53- Commission de Réforme du Droit: op. cit. note 25 p. 22 "Au plan technique, on a invoqué cette doctrine de plusieurs façons: par une requête en suspension des procédures ou en cassation de l'accusation lors du procès par l'une des voies de recours extraordinaires, dans un motif d'appel à l'encontre d'une condamnation, voir même par une requête en cassation avant l'option et le plaidoyer". Voir les notes du juge Pigeon dans R. c. Rourke, (1977) 35 C.C.C. (2d) 129 à 144-147.
- 54- F.G. Bennet, Judicial Integrity and Judicial Review: An Argument for Expanding the Scope of the Exclusionary Rule, (1973) 20 U.C.L.A. Law Rev. 1129; R. Hoenig and L. Walker, The Tort Alternative to the Exclusionary Rule in Search and Seizure, (1972) 63 J.Crim.L. 256; W. Lafave, Improving Police Performance Through the Exclusionary Rule: An Ill Concerned and Ineffective Remedy, (1961) 52 J.Crim.L. and P.S. 266; David Rudovsky, The Criminal Justice System and the Role of the Police in The Politics of Law, a Progressive Critique, ed. par David Kairys, Pantheon Books, New-York, 1982, p. 242; consulter aussi un article intitulé Should "Tainted" Evidence be in Court, vendredi le 3 décembre 1982, the Christian Science Monitor, New England Edition, dans

lequel on fait état de propositions de l'Administration Reagan pour que les tribunaux créent une exception à la règle d'exclusion dans les cas où les policiers ont agi "de bonne foi" p. 1.

- 55- Code criminel, supra, note 7.
- 56- Loi constitutionnelle, supra, note 8.
- 57- R. c. Sang, supra, note 36.
- 58- Ce qui est retenu par la Commission de Réforme du Droit du Canada qui disait dans son Rapport sur la Preuve, Information Canada, Ottawa 1975 p. 69: "Ce n'est vraisemblablement pas par le biais des règles de preuve qu'on parviendra à exercer un contrôle efficace sur le comportement des policiers. Et pourtant, il faut doter les tribunaux des moyens voulus pour garantir l'intégrité du processus judiciaire. Aussi convient-il d'exclure une preuve dont l'obtention s'est faite dans des conditions telles que sa réception ternirait l'image de la justice et empêcherait le processus judiciaire d'atteindre les buts qui lui sont fixés et singulièrement celui de promouvoir les objectifs du système pénal".
- 59- Id., "(...) Le monde judiciaire pourrait diverger d'opinion quant aux circonstances dans lesquelles l'admission d'une preuve obtenue de façon irrégulière pourrait ternir l'image de l'administration de la justice. Aussi l'art. 15 met-il à la disposition du juge des critères susceptibles de l'aider à exercer son pouvoir discrétionnaire. 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 (droit coutumier) anglais". A propos de cette dernière affirmation, la deuxième partie cherche à délimiter la portée de la discrétion inhérente en droit coutumier anglais.
- 60- R. c. Cheng, (1976) 33 C.C.C. (2d) 441.
- 61- Commission de Réforme du Droit, Les Poursuites pénales: Responsabilité politique ou judiciaire, document de travail 15, Information Canada, Ottawa, 1976 p. 20: "Les tribunaux ont tendance à interpréter restrictivement les garanties reconnues par la Déclaration (canadienne des droits) en matière de procédure, lorsque le poursuivant détient un pouvoir conféré par une loi ou par la Common Law. Quelles que soient les possibilités d'évolution jurisprudentielles dans l'interprétation de la Déclaration canadienne des Droits, il faut reconnaître qu'elle n'a pas joué jusqu'à ce jour un rôle particulièrement important dans ce domaine"; p. 7.

Steinberg, (1967) 3 C.C.C. 48.

- 62- McFarlane y réfère dans Drug Offences in Canada, Canada law book, 1979 c. 19, "(...) a number of american courts have, with reference to wiretap evidence adopted the following exclusionary test: Does the conduct, of the police shock the conscience?"; Birdsell c. U.S., 346 F. (2d) 775 (1965) U.S. c. Nagelberg, 434 F. (2d) 585 (1970), cité dans Daniel Bellemare, L'Ecoute électronique au Canada, Ed. Yvon Blais Inc. Montréal, note 102a p. 424; voir p. 6 d'une allocution prononcée le 5 mars 1983 par l'honorable Mark MacGuigan, Ministre de la Justice, lors du second symposium annuel sur l'avenir du Droit pénal.
- 63- Code criminel, supra, note 7, Partie IV.I, "Atteintes à la Vie Privée".
- 64- Id., art. 178.18 et 178.21.
- 65- Id., art. 178.16.
- 66- Id., art. 178.16(2).
- 67- Azt c. Andrews, 84 F.L.A. 43, 52; 94 S.O. 329, 332 (1922).
- 68- Entick c. Carrington, (1765) 19 State trials 1029.
- 69- Loi constitutionnelle, supra, note 8.
- 70- Idem, article 24(2).
- 71- J. Gray, The Admissibility of Evidence Illegally or Unfairly Obtained, (1966) 11 Jur. Rev. 89.
- 72- Rothman c. La Reine, (1981) 1 R.C.S. 640, 697.
- 73- La Reine c. Wray, 1971 R.C.S. 272, pp. 299-300.
- 73a- Nous utilisons l'expression anglaise due process of law, son équivalent en français, "l'application régulière de la loi" suscitant les difficultés d'interprétation qui sont exposées dans ce chapitre.
- 74- Dans Curr c. La Reine, 1972 R.C.S. 889 le juge Laskin affirme p. 898: "dans les précédents anglais, et particulièrement dans 28 Edw. III, C-3 de 1355 ("aucun individu, quel que soit son statut ou son état, ne doit être privé de ses biens, fonds ou possessions, ni emprisonné, ni déshérité, ni mis à mort sans avoir été appelé à présenter sa défense par l'application régulière de la loi") étayé par la Magna Carta, C-29, révision de 1225 (fameuse pour l'expression "per legem terrae"), c'est de la procédure qu'il s'agit, bien que certains donnent à ces arrêts une portée plus étendue.

74a- M.D. Copithorne dans un article intitulé What are Human Rights, donnait le contenu "moderne" suivant de la notion de due process, in International Perspective, November/December 1978 p. 32: "Today, in its procedural sense it includes three essential elements: a) the individual's right to a meaningful day in court to challenge the exercise of judicial or administrative decisions against his interests; b) equality before the law of both individuals and officials, including the full independence of the Court; and c) the recognition that judicial remedies need to be rationally justified in terms of both general principles and the particular situation".

75- Aux Etats-Unis, le due process of law a débordé les garanties procédurales pour prendre une dimension normative que le juge Frankfurter définit en ces termes dans Rochin c. California (1952) 342 U.S. 165: "States in their prosecutions (must) respect certain decencies of civilized conduct. Due process of law, as a historic and generative principle precludes defining, and therefore confining, these standards of conduct more precisely than to say that convictions cannot be brought about by methods that offend a sense of justice"; Louis Henkins dans Privacy and Autonomy, (1974) 74 Col. L.R. 1410 réfère à Snyder c. Massachussets, (1934) 291 U.S. 97 p. 105: "The court developed due process to include those procedures, particularly for criminal cases, required by "a principle of justice so rooted in the traditions and conscience of our people as to be ranked fundamental"; les tribunaux américains, dans le contexte des 5^e et 14^e amendements se sont investis d'un droit de regard judiciaire sur la validité des lois: Marbury c. Madison, (1803) 1 cr.137, 2 L. ed. 60; le due process of law est l'étalon qui permet d'évaluer si les atteintes législatives aux garanties constitutionnelles sont "acceptables". Marina Angel, Substantive due process and the criminal law, 9 Loyola Un.L.J. 61 définit ainsi le cadre d'application du Substantive due process, p. 63-64: "State enactments, however, will fall under substantive due process analysis in two situations: first, if the state's purpose (end) is prohibited by a specific section of the Constitution, or, in the cases which have caused the greatest controversy and have traditionnally been the only ones denominated substantive due process decisions, a fundamental, right inherent in the guarantee of due process, and second, even if the state's purpose (end) is not prohibited by the Constitution, if the state's method (means) of achieving its purpose (end) does not bear a constitutionnally permissible relationship to that end. Whichever aspect of substantive due process analysis is applied, an initial determination of legislative purpose must be made by the Court". D'autres auteurs préfèrent confiner le rôle des tribunaux aux éléments procéduraux de l'application des lois pour lesquels ils sont mieux habilités. Leonard S. Ratner, The Function of the Due Process Clause, 116 U. Pa L. Rev. 1048 affirme p. 1049: "The for-

mulation of conduct regulating policy is perhaps the most difficult, sensitive, and encompassing of governmental functions. Ultimate formulation of such policy, consistent with constitutional limitations, is entrusted to the legislature. The conduct of litigation, on the other hand, is clearly the special province of the judiciary. While the legislature participate in the fashioning of litigation policies, for the most part they are a product of judicial experience. Procedural legislation commonly ratifies that experience, or confirms the judicial rulemaking authority. Courts are particularly qualified not only to formulate policies for the efficient conduct of litigation but to perceive the essentials of a fair trial, and the community is likely to accord substantial deference to that judicial expertise.

- 76- Mc Ilwain, Due Process of Law in Magna Carta, (1914) 14 Col. L. Rev. 27.
- 77- Rand, Except by due Process of Law, (1961) 2 Osgoode L.J. 171 at 187: "(...) confining that limitation to the broadest sense of procedure is incompatible with the provisions of the Bill of Rights (...) What, on its face is indicated by the Act is the setting up for all infringing rights, privileges and liberties, a standard of rational acceptability in the regulation of human conducts and relations (...) and it supports the inclination to hold that the theory of the social contract necessarily places limits to the exercise of power entrusted to government".
- 78- Curr c. La Reine, supra note 74.
- 79- Rochin c. California, op. cit. note 75; Stanley M. Beck, Electronic Surveillance and the Administration of Criminal Justice, (1968) 46 C.B.R. 643, 644; contra Hogan c. La Reine, (1975) 2 R.C.S. 574, juge Ritchie: "Whatever remedies exist for breaches of the Canadian Bill of Rights, there is no warrant for adopting a rule of absolute exclusion of evidence whenever there has been a breach of one of its provisions" juge Pigeon: "Even if the Canadian Bill or Rights be given the same effect as a constitutional instrument, this does not mean that a rule of absolute exclusion, which is in derogation of the Common Law rule, should govern the admissibility of evidence obtained whenever there has been a breach of one of that Bill's provisions". Les juges Laskin et Spence, dissidents, auraient préconisé l'exclusion des preuves obtenues en contravention des dispositions de la déclaration; ces dissidences sont commentées par Dale Gibson, La Mise en Applications de la Charte canadienne des Droit et Libertés, ed. G.A. Beaudouin et Walter S. Tarnopolsky, Wilson et Lafleur (1982).
- 80- Comité spécial de la Chambre des communes sur les Droits de l'Homme et les Libertés fondamentales, 24^e Législature, 3^e session, fascicule 12 (1^{er} rapport) 1960, pp. 441 et 442.

- 81- Loi avant pour objet la reconnaissance et la Protection des Droits de l'Homme et des Libertés Fondamentales, c. 44 S.C. (1960) 8-9 Elizabeth II, vol. I, sanctionnée le 10 août 1960.
- 82- Stanley M. Beck, Electronic Surveillance and the Administration of Criminal Justice, (1968) 46 Can.R.R. 643, p. 659.
- 82a- Walter Tarnopolsky, The Canadian Bill of Rights, 1966 p. 158. Voir plus généralement les incidences de la Déclaration sur le Due Process, p. 148 à 158.
- 82b- Curr c. La Reine, supra, note 74 p. 899.
- 82c- Ibid, p. 902.
- 82d- Voir en particulier Walter S. Tarnopolsky, The Canadian Bill of Rights, Carswell, Toronto, 1966.
- 82e- Loi constitutionnelle, supra, note 8.
- 82f- Loi constitutionnelle, supra, note 8, art. 7: Chacun a droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de sa personne; il ne peut être porté atteinte à ce droit qu'en conformité avec les principes de justice fondamentale.
- 82g- Loi constitutionnelle, supra, note 8, article 52.1: La Constitution du Canada est la loi suprême du Canada; elle rend inopérantes les dispositions incompatibles de toute autre règle de droit. Soulignons cependant la clause "non-obstant" à l'article 33(1): Le Parlement ou la législation d'une province peut adopter une loi où il est expressément déclaré que celle-ci ou une de ses dispositions a effet indépendamment d'une disposition donnée de l'article 2 ou des articles 7 à 15 de la présente charte.
- 82h- Témoignage de B.L. Strayer, procès verbaux et témoignages du Comité spécial mixte du Sénat et de la Chambre des communes sur la Constitution du Canada; fascicule 46, 27 janvier 1981, p. 36.
- 82i- Loi constitutionnelle, supra, note 8.
- 83- Pallin H. Oaks, op. cit. note 9 p. 709: "The concept of deterrence embodies all of the forces that unite to discourage a person from violating a rule".
- 84- Ontario Law Reform Commission, op. cit. note 40: "This argument (deterrence) assumes that the adoption of the exclusionary rule will remove the incentive to break the law to obtain evidence, and that there is no other effective way to enforce the law (...) There are criminal sanctions and tort remedies available in place of a rule of exclusion which will deter private individuals from obtain-

ing evidence illegally, punish those who do, and give civil redress to the person against whom the illegal conduct was directed (...) We have found little evidence that the present state of the law is inadequate to deter illegal conduct in the collection of evidence in this country. Seldom has the issue of illegally obtained evidence arisen in civil cases in Canada. We do not think it would be wise to adopt an evidentiary rule of absolute exclusion based on deterrence without the evidence to support its necessity, and at the expense of not having all relevant evidence at the disposal of the court deciding an issue.

- 85- R. c. Sang, (1979) 2 All E.R. p. 1245 par Lord Scarman.
- 86- Id., p. 1246.
- 87- Hogan c. La Reine, (1974) 18 C.C.C. (2d) 65; 80.
- 88- R. c. Sang, supra, note 85.
- 89- Id., p. 1236.
- 90- Dallin H. Oaks, Studying the Exclusionary Rule in Search and Seizure, (1969-70) 37 U. of Ch. L.R. 663.
- 91- Voir la thèse de R. Grondin, Le Sursis de Procédure pour Abus en Matière pénale, déposée en février 1981 et soutenue en septembre de la même année, Faculté de Droit, Section Droit civil, Université d'Ottawa.
- 92- Commission de Réforme du Droit au Canada, Les Poursuites pénales, Responsabilité politique ou judiciaire, document de travail 15, Information Canada, Ottawa, 1975 p. 30 et s.: "A la source du pouvoir judiciaire se trouve le principe voulant qu'en vertu de la constitution, des lois et de la Common Law, les tribunaux ont pour fonction de rendre la justice, ce qui ne va pas sans une certaine forme de surveillance sur la conduite des poursuites." p. 20-21: "Certains (tribunaux) ont affirmé qu'ils détenaient le pouvoir inhérent à leurs fonctions d'interdire la continuation d'une poursuite lorsqu'à leur avis, la Couronne avait utilisé des procédures oppressives. Ceux qui ont exercé ce pouvoir de mettre fin à une poursuite, ont invoqué le fait que des procédures injustes ou oppressives constituent une utilisation abusive du système judiciaire".
- 93- Id., p. 22: "Au plan technique, on a invoqué cette doctrine de plusieurs façons: par une requête en suspension des procédures ou en cassation de l'accusation lors du procès par l'une des voies de recours extraordinaires, dans un motif d'appel à l'encontre d'une condamnation, voir même par une requête en cassation avant l'option et le plaidoyer". Voir les notes du juge Pigeon dans R. c. Rourke, (1977) 35 C.C.C. (2d) 129 pp. 144-147.

- 94- R. c. Rourke, id. p. 139.
- 95- Re Regina and Carpenter, (1972) 5 C.C.C. (2d) 28; R. v. R. (1972) 5 C.C.C. (2d) 46; R. c. Thorpe, (1973) 11 C.C.C. (2d) 502; Re Vroom & Lacey and the Queen, (1974) 14 C.C.C. (2d) 23; Regina c. McAnish & Cook, (1974) 15 C.C.C. (2d) 494; R. c. Benteau, (1976) 24 C.C.C. (2d) 96.
- 96- La Reine c. Wray, 1971 R.C.S. 272, 287.
- 97- La Reine c. Wray, 1971 R.C.S. 272; R. c. Pettipiece, (1972) 7 C.C.C. 133; Rothman c. La Reine, (1981) 1 R.C.S. 640.
- 98- Voir en particulier les notes du juge Aylesworth de la Cour d'Appel d'Ontario dans Wray c. La Reine, (1970) 9 C.R.n.s. 131, 133.
- 99- Ibid.
- 100- Voir les notes des juges Estey et Lamer dans Rothman c. La Reine, (1981) 1 R.C.S. 640; la même formule se retrouve à l'art. 15 du Code de la Preuve proposé par la Commission de Réforme de Droit dans son Rapport sur la Preuve, Information Canada, Ottawa, 1975.
- 101- 1955 A.C. 197.
- 102- Voir à ce sujet Dale Gibson, La Mise en Application de la Charte canadienne des Droits et Libertés dans Charte canadienne des Droits et Libertés sous la direction de Gerald A. Beaudoin et Walter S. Tarnopolsky, Wilson et Lafleur, Sorej, Montréal, 1982 p. 644, note 87.
- 103- La Reine c. Wray, supra, note 96 p. 304.
- 104- Id., p. 305.
- 105- (1981) 1 R.C.S. 640.
- 106- Id., p. 655.
- 107- Id., p. 647.
- 108- Id., p. 646.
- 109- 1968 R.C.S. 902, 911.
- 110- Rothman c. La Reine, supra, note 105, pp. 647 et 648.
- 111- Ibid.
- 112- Id., p. 650.
- 113- R. c. Sang, supra, note 85.

- 114- Rothman c. La Reine, supra note 105, p. 682.
- 115- C'est ce qui permet au juge Lamer de déduire qu'il importe (...) de se rappeler que l'enquête ne porte pas sur la fiabilité mais sur la conduite des autorités relativement à la fiabilité id., p. 691.
- 116- Id., p. 689-690.
- 117- R. c. McCorkell, cité à Notes and Comments, (1964-65) 7 Crim.L.O. 398.
- 118- Rothman c. La Reine, supra, note 105, p. 666.
- 119- Loi constitutionnelle, supra, note 8.
- 119a- L'art. 178.16(2) utilise l'expression "discréditer l'image de la justice". Le juge Estey parle de "l'administration de la justice": La Reine c. Wray, op. cit. note 103, tout comme la version française utilisée par la Cour suprême des notes du juge Aylesworth utilise les mêmes termes: Wray c. La Reine, supra, note 98. La Commission de Réforme du Droit, op. cit. note 25 utilise dans son Code sur la Preuve l'expression "ternir l'image de l'administration de la justice". L'alinéa (2) de l'art. 24 de la Charte canadienne des Droits et Libertés utilise l'expression "déconsidérer l'administration de la justice". Le juge Lamer préfère quant à lui l'expression "ternir l'image de la justice": Rothman c. La Reine, supra, note 105. Nous soumettons, et rien ne permet de penser le contraire, que toutes ces expressions recourent une même réalité juridique. Le vocabulaire approprié a probablement été fixé dans la Charte canadienne des Droits et Libertés.
- 120 Dale Gibson, loc. cit. note 102, p. 649.
- 121- Id., p. 650.
- 122- Rothman c. La Reine, supra, note 105 p. 696.
- 122a- Rothman c. La Reine, supra, note 105; R. c. Sang, supra, note 85.
- 122b- Wigmore, Evidence, McNaughton, 3rd ed. rev. 1981; voir noté 40.
- 123- Sidney Lovell Phipson, On Evidence, 12^e éd. 1976 p. 337 paragraphe 792, Sweet & Maxwell, London; le juge Martland dit de cette déclaration qu'elle a été adoptée par la Cour suprême du Canada dans les arrêts Boudreau c. Le Roi, 1949 R.C.S. 262 et R. c. Fitton, 1956 R.C.S. 958, Rothman c. La Reine, supra, note 105 p. 662.
- 124- Ibrahim c. Le Roi, 1914 A.C. 599, 610-611, traduction donnée dans Rothman c. La Reine, supra, note 105.

- 125- (1783) l. Leach, 263, traduction donnée dans Rothman c. La Reine, Ibid.
- 126- R. c. Sang, 1980 A.C. 402, 436, traduction donnée dans Rothman c. La Reine, Ibid.
- 127- Ibid.
- 128- De Clercq c. La Reine, 1968 R.C.S. 902, 906 par le juge en chef Cartwright, (traduction) "(...) on dit que la raison d'être de cette règle est le danger que la confession, obtenue par des menaces ou des promesses faites par une personne ayant autorité, puisse être fausse (...)"; dans un art. intitulé Admissions and Confessions reproduit dans Salhany et Carter, Studies in Canadian Criminal Evidence, Butterworths, 1972 c. 4 le juge Freedman dit p. 99: (traduction) "(...) le danger qu'elles soient fausses est le motif principal de leur rejet"; dans Evidence of Guilt, Restrictions upon its discovery or compulsory disclosure, 1959 réimprimée en 1982, F.B. Rothman, Littleton, 295 p., John MacArthur Maguire dit p. 109 (traduction) "Deux raisons évidentes incitent à la prudence lorsque se pose la preuve de confessions: premièrement, la raison invoquée le plus souvent est la crainte qu'une confession "involontaire" de culpabilité soit fausse"; dans Alward et Mooney c. La Reine, (1976) 32 C.C.C. (2d) 416, le juge Limerick de la Cour d'Appel du Nouveau Brunswick dit p. 432 (traduction) "Le principe qui sous-tend la règle est que l'accusé peut avoir été incité ou amené à faire une fausse déclaration et, dans l'incertitude quant à l'exactitude de la déclaration, il serait imprudent d'accepter une déclaration faite sous l'influence de la crainte ou de l'espoir". D'autres juges se refusent de limiter le fondement de la règle d'exclusion à la seule considération du danger qu'un aveu "involontaire" ne soit faux: le juge Estey, dissident dans Rothman c. La Reine, (1981) 1 S.C.R. 640 souligne à ce propos pp. 646-647: "Les règles de preuve en droit pénal, et même en droit civil, portent toutes sur la pertinence, la véracité et l'impartialité, ainsi que sur d'autres préoccupations telles l'économie relative et l'efficacité du procès. Les règles relatives aux confessions ont un élément supplémentaire, soit la préoccupation du public pour l'intégrité du système de l'administration de la justice. Si la véracité des déclarations d'un accusé était le seul aspect à examiner pour établir leur recevabilité, les cours n'auraient pas adopté des principes applicables uniquement aux déclarations faites aux personnes ayant autorité et non aux déclarations incriminantes en général. La véracité ne peut être le seul critère de recevabilité, parce que des déclarations peuvent paraître assez véridiques pour assurer que le juge des faits s'y réfère, et être quand même écartées suivant les normes de la confession". Le juge Laskin souscrit aux notes du juge Estey. Le juge Beetz, dissident dans Horwath c. La Reine, (1979) 2 R.C.S. 376 disait p. 433: "Mis à part la suspicion que soulèvent des aveux ex-

torqués par la menace ou les promesses, on a également invoqué d'autres raisons de principe pour expliquer le rejet d'aveux obtenus incorrectement. Mais la raison fondamentale demeure le droit absolu de l'accusé de garder complètement ou partiellement le silence et de ne s'incriminer que s'il le veut". Finalement le juge Lamèr après une longue analyse du fondement de la règle en venait à la conclusion suivante exprimée dans Rothman c. La Reine, p. 692: "La première raison d'être d'une règle de recevabilité en matière de confession est la répression, chez les autorités, d'une conduite qui neutralise indirectement le droit d'un accusé à ne pas témoigner"; les traductions proviennent de l'arrêt Rothman.

- 129- Rothman c. La Reine, supra, note 105 p. 656.
- 130- Id., p. 659.
- 131- Fred Kaufman, Admissibility of Confessions in Criminal Matters, 2nd ed, Toronto Carswell, 1974 p. 81; dans Rothman c. La Reine, (1978) 42 C.C.C. (2d) 377, le juge Jessup de la Cour d'Appel dit p. 380 (traduction) "A mon avis l'agent de police en l'espèce n'était pas une personne ayant autorité parce qu'il n'était pas considéré comme tel par l'intimé"; voir aussi Freedman, Admissions and Confessions, op. cit. note 128 p. 118. Le critère subjectif a été appliqué dans Metenko c. La Reine, (1951) 101 C.C.C. 312 (C.A. Québec), R. c. Pettipiece, (1972) 7 C.C.C. (2d) 133 (C.A. C.-B.), R. c. Muisi, no.1 (1974) 11 N.S.R. (2d) 104 (C.A.N.E.), R. c. Stewart, (1980) 21 A.R. 300 (C.A. Alta.). Cependant le juge Branca dans Pettipiece condamne l'action des policiers, tout en s'estimant lié par l'arrêt Wray.
- 132- Rothman c. La Reine, supra, note 105 p. 666: "A mon avis, le juge du procès ne pouvait fonder son refus de recevoir en preuve la confession sur sa seule désapprobation de la méthode par laquelle elle avait été obtenue. La question en litige était de savoir si la confession était volontaire.
- 133- De Clerq c. La Reine, 1968 R.C.S. 902, juge Cartwright, p. 906 et juge Martland, p. 911.
- 134- (1979) 2 R.C.S. 30 pp. 39-40.
- 135- (1979) 2 R.C.S. 376 p. 402.
- 136- 1956 O.R. 696.
- 137- 1949 R.C.S. 262.
- 138- R. c. Fitton, 1956 R.C.S. 958, pp. 962-963.
- 139- Rothman c. La Reine, supra, note 105 p. 674.

- 140- Ward c. La Reine, (1979) 2 R.C.S. 30.
- 141- Rothman c. La Reine, supra, note 105 p. 672; pour un exemple de circonstances où les agissements de policiers ont suscité la crainte chez l'accusé, ce qui a rendu sa déclaration non volontaire voir R. c. McLeod, 1968 S.C.R.N.S. 101. Parlant des stratagèmes que la police utilise, le juge Laskin dit p. 104 (traduction) "Dans chaque cas, la question du droit applicable doit être de savoir s'ils suscitent (...) chez la personne l'espoir d'un avantage ou la crainte d'un préjudice, ou si leur caractère oppressif (...) soulève un doute quant à savoir si une déclaration inculpante qui en découle a été obtenue de façon régulière".
- 142- (1978) 1 R.C.S. 559.
- 143- Rothman c. La Reine, supra, note 105 pp. 685-686.
- 144- La Reine c. Wray, 1971 R.C.S. 272, p. 279.
- 145- Voir à ce propos l'éparpillement des motifs des juges dans Horwath c. La Reine, (1979) 2 R.C.S. 376.
- 146- Dans Rothman c. La Reine, supra, note 105.
- 147- Id., il ajoute p. 656: "Tout cela se distingue nettement de la décision relative à la recevabilité d'une déclaration que l'accusé a faite à une personne n'ayant pas autorité. Dans ce cas, la présence ou l'absence de menaces, de violence, de crainte, d'espoir, d'artifices, de drogues etc... touche à la valeur, non à la recevabilité.
- 148- La Reine c. Wray, supra, note 144, R. c. St. Lawrence, (1949) 93 C.C.C. 376..
- 149- Le juge en chef Cartwright, dissident dans La Reine c. Wray, Ibid. ajoute à ce propos p. 280: "(...) Il est difficile de ne pas en reconnaître la logique si le seul motif pour écarter une confession forcée est le risque qu'elle soit fausse. Si, par contre, l'exclusion d'une confession forcée se fonde aussi sur la maxime nemo tenetur seipsum accusare, la véracité ou la fausseté de la confession devient logiquement sans importance. Il serait vraiment étrange que la loi voulant qu'aucun accusé ne soit tenu de s'incriminer et ne puisse être contraint de témoigner à une enquête du Coroner, à une enquête préliminaire ou à un procès, il soit quand même possible pour les policiers ou d'autres personnes ayant autorité de la forcer à faire une déclaration qui soit recevable (...) en preuve contre lui. La solution qui semblerait à imposer, si l'exclusion se fonde sur la maxime, serait qu'on ne peut aucunement se servir d'une confession forcée, même vérifiée par une preuve découverte subséquentment".

- 150- Supra, note 3.
- 151- D. Gibson, loc. cit. note 102.
- 152- Contra: S. Freedman, Admissions and Confessions in R.E. Salhany and R.J. Carter, Studies in Canadian Criminal Evidence, 1972 c. 4 p. 99.
- 153- R. c. Sang, 1980 A.C. 402.
- 154- La Reine c. Wray, supra, note 144 pp. 285-287.
- 155- (1965) 3 All E.R. 677.
- 156- Loi sur la Preuve au Canada, S.R.C. 1970 c. E-10 par. 4(5) et 5(2).
- 157- Le juge Beetz dans Horwath c. La Reine, (1979) 2 R.C.S. 376, 433; le juge Dubin de la Cour d'Appel d'Ontario dans Rothman c. La Reine, (1978) 42 C.C.C. (2d) 377, 386; les juges Estey et Laskin dans Rothman c. La Reine, (1981) 1 R.C.S. 640, 659.
- 158- Supra, note 152 p. 99.
- 159- Supra, note 105 p. 688.
- 160- Cité à Notes and Comments, (1964-65) 7 Crim.L.Q. 395, 397.
- 161- Rothman c. La Reine, supra, note 105 pp. 690-691.
- 162- Id., p. 682.
- 163- Id., pp. 687-688.
- 164- Id., pp. 690-691.
- 165- Voir les notes du juge Lamer dans Rothman c. La Reine, supra, p. 68.
- 166- Id., pp. 691-692.
- 167- La notion "d'esprit conscient" développé sans véritable fondement juridique dans Horwath c. La Reine, (1979) 2 R.C.S. 376, serait plutôt couverte par le juge Lamer à l'intérieur de la notion générale de protection du système.
- 168- Rothman c. La Reine, supra, note 105 pp. 692-693.
- 169- Id., p. 682.
- 170- Ibrahim c. La Reine, 1914 A.C. 599.
- 171- Rothman c. La Reine, supra, note 105 pp. 693-694.

- 172- R. c. McCorkell, supra, note 160.
- 173- Loi constitutionnelle, supra, note 8.
- 174- E. Ratushny, Self-Incrimination in the Canadian Criminal Process, Carswell, Toronto, 1979. Selon cet auteur le privilège contre l'auto-incrimination connaît plusieurs formulations: "droit de l'accusé au silence", "nemo tenetur seipsum prodere", "nemo tenetur seipsum accusare", "nemo tenetur armare adversarum contra se" etc... Plus souvent qu'autrement les tribunaux utilisent indifféremment l'une ou l'autre selon les circonstances. Ratushny les considère interchangeables p. 2.
- 175- Voir note 156.
- 176- Le juge Lamer dit ceci du "droit au silence" dans Rothman c. La Reine, 1981 R.C.S. 640, 683: "Au Canada, le droit d'un suspect de ne rien dire à la police ne découle pas d'un droit de ne pas s'incriminer, mais n'est que l'exercice, de sa part, du droit général dont jouit toute personne de ce pays de faire ce qui lui plaît, de dire ce qui lui plaît ou de choisir de ne pas dire certaines choses à moins que la loi ne l'y oblige. C'est parce qu'aucune loi ne dit qu'un suspect (...) doit dire quelque chose à la police que nous disons qu'il a le droit de garder le silence; c'est une façon positive d'expliquer que la loi ne l'oblige pas à agir autrement. Son droit de garder le silence s'appuie alors sur le même principe que celui qui lui accorde la liberté de parole, mais non sur un droit de ne pas s'incriminer. Par conséquent, la violation de son choix de ne rien dire n'est pas une atteinte à un droit de ne pas s'incriminer puisqu'il jouit de ce droit seulement en tant que "témoin" et "accusé" comme on l'explique dans Salomon".
- 177- Marcoux et Salomon c. La Reine, (1976) 1 R.C.S. 763, 768-769; voir aussi Procureur général du Québec c. Bégin, 1955 R.C.S. 593, Rothman c. La Reine, op. cit. note 105 par les juges Martland et Lamer; et voir l'ouvrage de E. Ratushny op. cit. note 174.
- 178- Rothman c. La Reine, supra, note 105 p. 653.
- 179- Id., p. 647-648.
- 180- Par le juge Estey dans Rothman c. La Reine, supra, pp. 65-66.
- 181- S. Freedman, op. cit. note 152 p. 99; Soulignons que le juge Estey s'appuie dans sa thèse sur la doctrine américaine, pp. 648-649. Nous avons cité le juge Freedman, supra, pp. 95-96.
- 182- Horwath c. La Reine, (1979) 2 R.C.S. 376, 433.

- 182a- Supra, pp. 95-96.
- 183- Rothman c. La Reine, supra, note 105 pp. 650-651.
- 184- Id., p. 651; le juge Martland accepte lui aussi sans l'expliquer la notion "d'esprit conscient" p. 675.
- 185- Id., p. 654; E. Ratushny, op. cit. note 174, p. 97: (traduction) "S'il existe des motifs de ne pas contraindre un accusé à témoigner à son procès, il faudrait aussi tenir compte de ces motifs à l'égard des déclarations faites avant le procès".
- 186- Rothman c. La Reine, supra, note 105 p. 659.
- 187- Voir les notes du juge Lamer dans Rothman, pp. 689-690; contra, le juge Dubin de la Cour d'Appel d'Ontario et le cas particulier de la jurisprudence anglaise i.e. R. c. Sang, supra, note 36.
- 188- Supra, pp. 94 et s. et 104 et s.
- 188a- Rothman c. La Reine, supra, note 105 p. 691.
- 189- R. c. Sang, supra, note 36 p. 1237 par Lord Scarman: "In English law the confession is inadmissible not because it is unreliable (its reliability is established by what has been found), but because to admit it would be unfair".
- 190- (1963) 1 All E.R. 848; contra Rex c. Nowell, 32 C.A.R. 173 sur lequel s'appuie la Cour suprême dans Procureur général du Québec c. Bégin, 1955 R.C.S. 593.
- 191- R. c. Sang, supra, note 36 p. 1229.
- 192- R. c. Sang, 1980 A.C. 402, 436.
- 193- 1955 R.C.S. 593.
- 194- Rex c. Nowell, 32 C.A.R. 173.
- 195- Marcoux et Salomon c. La Reine, (1976) 1 R.C.S. 763, Rothman c. La Reine, (1981) 1 R.C.S. 640.
- 196- (1955) 1 All E.R. 236.
- 197- R. c. Sang, supra, note 36 p. 1233.
- 198- Rothman c. La Reine, supra, note 105 p. 654.
- 199- (1963) 1 All E.R. 848.
- 200- (1963) 3 All E.R. 677, 680.
- 201- R. c. Sang, supra, note 36 p. 1233-1234.

- 202- Id., p. 1245.
- 203- Supra, note 105.
- 204- R. c. Sang, supra, note 36 p. 1244-1245.
- 205- Id. p. 1243, par Lord Scarman: "The second and merciful face of the law is the criminal judge's discretion to exclude admissible evidence if strict application of the law would operate unfairly against the accused".
- 206- Kuruma c. Regina, (1955) 1 All E.R. 236, 239.
- 207- Id.; la discrétion judiciaire dont il est question dans ce chapitre est à distinguer de celle en matière d'exclusion des preuves obtenues de l'accusé et assimilables à un aveu involontaire.
- 208- 1914-15 All E.R. 63; 1914 A.C. 545.
- 209- Harris c. Director of Public Prosecution, (1952) 1 All E.R. 1044, 1952 A.C. 694; Selvey c. Director of Public Prosecution, (1968) 2 All E.R. 497; R. c. Sang, supra, note 36.
- 210- Criminal Evidence Act, (1898) 61-62 Vict., c. 36.
- 211- R. c. Noor Mohamed, 1949 A.C. 182, 192.
- 212- Op. cit. note 209 p. 515.
- 213- Id., p. 528.
- 214- R. c. Sang, supra, note 36 p. 1232.
- 215- 1971 R.C.S. 272.
- 216- Kuruma c. La Reine, 1955 A.C. 197, 203-204.
- 217- Supra, note 211.
- 218- Callis c. Gunn, supra, note 200; R. c. Payne, supra, note 190; R. c. Court, 1962 Crim.R. 697; R. c. Ireland, no.1 1970 S.A.S.R. 416; R. c. Demicoli, 1971 Q.D.R. 358; R. c. Ameer, R. c. Lucas, 1977 Crim.L.R. 104; King c. La Reine, (1968) 2 All E.R. 610 voir aussi les décisions écossaises, et en particulier Lawrie c. Muir, 1950 S.C.(J.) 19; H.M. Advocate c. Turnbull, 1951 J.C. 96.
- 219- La Reine c. Wray, 1971 R.C.S. 272; R. c. Sang, supra, note 36; La Reine c. Sigmund et Al., (1968) 1 C.C.C. 92, 60 W.W. R. 257.
- 220- Il faut souligner qu'en égard aux nombreuses irrégularités procédurales, le Conseil privé fit des représentations ap-

propriétés pour mitiger la sentence.

221- Voir note 216.

222- Supra, notes 209 et 211.

223- Voir Kuruma c. R., supra, note 216.

224- Ibid.

225- Ibid.

226- R. c. Sang, supra, note 36 p. 1240.

227- T.B. Smith, British Justice: The Scottish Contribution, Stevens and Sons, London 1961.

228- R. c. Sang, supra, note 36 p. 1240.

229- Callis c. Gunn, supra, note 200.

230- Ibid.

231- R. c. Wray, supra, note 219 p. 298.

232- 1951 J.C. 96.

233- Id., p. 103-104.

234- (1978) 1 All E.R. 555.

235- R. c. Sang, supra, note 36 pp. 1228-1229.

236- R. c. Payne, supra, note 199; Callis c. Gunn, supra, note 200.

237- Jeffrey c. Black, supra, note 234.

238- Browning c. J.W.H. Watson (Rochester) Ltd., (1953) 2 All E.R. 775.

239- R. c. Sang, supra, note 36 pp. 1229-1230.

240- Supra, note 200.

241- 1965 N.I. 138.

242- R. c. Court, 1962 Crim.R. 697; R. c. Payne, supra, note 199; à comparer avec les faits dans Procureur général du Québec c. Bégin, 1955 R.C.S. 593 et Curr c. La Reine, 1972 R.C.S. 889.

243- R. c. Ireland, 1970 S.A.S.R. 416; A.L.R. 727.

244- R. c. Demicoli, 1971 Q.D.R. 358.

- 245- R. c. Faulder, Faulkes and Johns, 1973 Crim.L.R. 45; R. c. Burnett and Lee, 1973 Crim.L.R. 748; R. c. Ameer, R. c. Lucas, 1977 Crim.L.R. 104; contra R. c. Sang, supra, note 36.
- 246- R. c. McEirilly, R. c. Lee, (1973) 60 Cr.App.R. 150; R. c. Mealey, R. c. Sheridan, (1974) 60 Cr.App.R. 59.
- 247- R. v. Sang, supra, note 36 par Lord Diplock p. 1227. "If he exercised the discretion in favour of the accused, he would then have to direct the jury to acquit. How does this differ from recognizing entrapment as a defence...".
- 248- Ibid.
- 249- Callis c. Gunn, supra, note 200.
- 250- Ibid.
- 251- (1968) 2 All E.R. 610,617; (1969) 1 A.C. 304, 319.
- 252- Supra, note 36 p. 1237, Lord Salmon.
- 253- Supra, note 199.
- 254- R. c. Sang, op. cit. note 36.
- 255- Id., p. 1241, Lord Fraser.
- 256- La Reine c. Wray, (1970) 4 C.C.C. 1, 11 C.R.n.s. 235, 11 D.L.R. (3rd) 673, 3 C.C.C. 122, 1971 R.C.S. 272.
- 257- R. c. St. Lawrence, 1949 O.R. 215, 93 C.C.C. 376⁸, (1950) 7 C.R. 464.
- 258- (1970) 9 C.R.n.s. 131, 133.▲
- 259- Voir aussi D. Gibson, loc. cit. note 102 p. 643 et s.
- 260- King c. La Reine, (1969) 1 A.C. 304.
- 261- Supra, note 200.
- 262- La Reine c. Wray, 1971 R.C.S. 272, 277.
- 263- R. c. Sang, supra, note 36, p. 1243.
- 264- Dans La Reine c. Wray, supra, note 256.
- 265- Supra, note 200.
- 266- La Reine c. Wray, supra, note 262 p. 295.
- 267- 1950 S.C.(J) 19.

- 268- La Reine c. Wray, supra, note 262, p. 288.
- 269- Id., p. 299.
- 270- Id., pp. 293-297.
- 271- Id., p. 295, juge Martland.
- 272- Id., pp. 299-300, juge Judson.
- 273- Id., p. 287.
- 274- Id., p. 299.
- 275- L'arrêt Wray a été abondamment commenté. Voir André Jodouin (1970) 1 Rev. gén. de Droit 390; B. McDonald, (1971) 29 U. of T. Fac. of Law R. 99; D. Roberts, The Legacy of R. v. Wray, 1972 C.B.R. 19; A. Sheppard, Restricting the Discretion to Exclude Admissible Evidence - An Examination of R. v. Wray, (1972) 14 Crim.L.O. 334.
- 276- R. c. Sang, (1979) 2 All E.R. 1222.
- 276a- Id. p. 1225.
- 277- Id., p. 1229.
- 278- Id., p. 1230.
- 279- Id., p. 1231.
- 279a- Id., pp. 1229-1230.
- 280- Id., p. 1232.
- 281- Id., p. 1237.
- 282- Wong Kam Ming c. La Reine, (1979) 1 All E.R. 939.
- 283- R. c. Sang, supra, note 276 p. 1241.
- 284- Ratio decidendi dans l'affaire Wong Kam Ming, supra, note 282.
- 285- (1978) 1 All E.R. 555.
- 286- R. c. Sang, supra, note 276 p. 1247.
- 287- Code criminel S.R.C. 1970, c. C-34; mod. Loi modifiant le Code criminel, la Loi sur les Secrets officiels, S.C. 1973-74, 21-22-23 Eliz. II, c. 50, sanctionnée le 14 janvier 1974; mod. Loi modifiant le Code criminel, le Tarif des Douanes, la Loi sur les Libérations conditionnelles, la Loi sur les Pénitenciers et la Loi sur les Prisons et les Maisons de Correction, S.C. 1976-77, 25 Eliz. II vol. 2 c.

- 53, sanctionnée le 5 août 1977. Les art. 5 à 14 du c. 53, concernant la Loi sur la Protection de la Vie privée (Partie IV.I du Code criminel) sont entrés en vigueur par proclamation le 15 octobre 1977, C.P. (1977-2839) 6 octobre 1977; Gazette du Canada, Partie III vol. III no.21 TR/77-217, 9 novembre 1977; commenté par M. Phelps, Bill C-51: Criminal Code Amendments - A Summary for Lawyers, (1977) 37 C.R.n.s. 354.
- 288- Art. 178.16, S.C. 1976-77 c. 53 art. 10.
- 289- Id. alinéa (3).
- 290- Voir D. Bellemare, L'Ecoute électronique au Canada, éd. Yvon Blais Inc., Montréal 1981 p. 386 et s.
- 291- Dans R. c. Bing Ho et Al. no.4, B.C. ct. ct., 19 novembre 1976, le juge Paris définissait en ces termes le concept de preuve dérivée p. 4: "(...) obtained directly or indirectly as a result of information acquired by interception of a private communication". Voir infra note 353.
- 292- Alinéa (2) de l'art. 178.16; voir supra note 288.
- 293- Voir supra note 288.
- 294- Id.
- 294a- Voir D. Bellemare, op. cit. note 290 p. 10 à 22.
- 295- Voir supra note 287.
- 296- William Pitt disait en 1760: "The poorest man may, in his cottage, bid defiance to all the force of the Crown. It may be frail; its roof may shake; the wind may blow through it; the storm may enter; but all his force dares not cross the threshold of the ruined tenement" cité dans Cooley, A Treatise on Constitutional Limitations, Boston 1927, 8^e éd. p. 611; repris par Blakey in V.W.C. Report Electronic Surveillance, U.S. Govt. Printing Office, Washington D.C. 1976 p. 202; cité dans D. Bellemare, op. cit. note 290 p. 11 note 4.
- 297- Westin, Privacy and Freedom, Atheneum N.Y. 1967 cité par D. Bellemare, op. cit. note 290 p. 17; voir aussi P. Glenn, Le Secret de la Vie privée en Droit québécois, 1974 R.G.D. 24; Burns The Law of Privacy: The Canadian Experience, (1976) 54 Can.Bar.Rev. 1; Charles Fried, Privacy, (1967-68) 77 Yale L.J. 475, A. Jodouin, Le Secret de la Vie privée en Droit pénal canadien, (1974) 5 R.G.D. 43.
- 298- D. Bellemare, op. cit. note 290 p. 18 notes 39-40: "L'eavesdropping c'est le fait d'écouter contre les murs ou les portes (Black's Law Dictionary, 4^e éd p. 601); Peeping Tom: A person who makes it a habit of sneaking up to windows and

- peeping in, for the purpose generally of seeing the woman of the household in the nude" (Black's Law Dictionary 4^e éd p. 1289).
- 299- Id.
- 300- Id., p. 19 et s.
- 301- Art. 178.16(2) du Code criminel. Voir supra note 288.
- 302- Voir note 288.
- 303 i.e. Alberta Telephone Act, R.S.A. 1970 c. 12; the Manitoba Telephone Act, R.S.M. 1970 C.T. 40 amendé par S.M. 1977 c. 45; the Ontario Telephone Act, R.S.O. 1970 c. 457; voir Manning, Protection of Privacy Act, 1974 Butterworths, p. 163 à 174; voir Re Copeland and Adamson, (1972) 28 D.L.R. (3rd) 26, 7 C.C.C. (2d) 393, (1972) 3 O.R. 248 (Ont. H.C.), Le juge Grant p. 396 des C.C.C.
- 304- An Act to incorporate the Bell Telephone Company of Canada, S.C. 1880-81 c. 67.
- 305- Re Copeland et Adamson, 7 C.C.C. (2d) 393, p. 400, le juge Grant; R. c. Chapman and Grange, 11 C.C.C. (2d) 84 (C.A. Ontario) p. 92, le juge Arnup.
- 306- S.R.C., 1970 c. R-1 art. 9(1).
- 307- Beck S., Electronic Surveillance and the Administration of Criminal Justice, (1968) 46 C.B.R. 643; R. c. Sommerville, (1963) 3 C.C.C. 240 (Sask. C.A.); Hauer c. Hauer, Reid and Jubinville, (1959) 18 D.L.R. (2d) 742 (Sask. C.A.); R. c. Foll, (1956) 19 W.W.R. 661, affirmé (1957) 21 W.W.R. 481 (Man. C.A.) (1957) 26 C.R. 68, 18 C.C.C. 43; Reliable Toy Co. c. Collins, 1950 O.R. 360; Harry Parker Ltd. c. Mason, (1940) 2 K.B. 590; Ontario inquiry Re Magistrate Frederick J. Bannon and Magistrate George W. Gardhouse, 1968; B.C. Report of the Commission of Inquiry into Invasion of Privacy (Sargent Report); Canadian Encyclopedic Digest (Ontario), 3rd, Février 1976, Carswell Toronto et le supplément de 1980, titre 57 Evidence; Canadian Encyclopedic Digest (Western) 3rd Carswell 1977 et le supplément de 1980, paragraphe 34: "Tape recordings are admissible in evidence where the Court upon holding a voir dire is satisfied that there is some evidence upon which a Jury might reasonably be certain that the tapes are an accurate and authentic reproduction of what they purport to reproduce and that the contents and quality of the tapes are such that they will not mislead the Jury but rather will assist them in providing evidence relevant to the issues in the case (...) the fact that the recording may have been illegally obtained does not affect its admissibility; R. c. Demeter, (1975) 6 O.R. (2d) 83; R. c. Miller, (1975) 28 C.C.C. (2d) 118; P. c. Li, (1976) 33 C.C.C. (2d) 108; R. c. Steinberg,

- (1967) 1 O.R. 733; R. c. Phillion, (1973) 2 O.R. 209, affirmé 5 O.R. (2d) 656; Kennedy c. Tomlinson, (1959) 20 D.L.R. (2d) 273; Silvestro c. La Reine, 1965 R.C.S. 155; R. c. Montani, (1974) 26 C.R.n.s. 339 (Ont.Pro. ct.); Bank of Toronto c. Bennet, (1925) 57 O.L.R. 326; R. c. Lesarge, (1975) 17 Crim.L.Q. 118; R. c. Pearson et Al., (1969) 66 W.W.R. 380; R. c. Hanceck and Proulx, no.4 (1975) 6 W.W.R. 204; (1975) 32 C.R.n.s. 93; R. c. Kaminski and Boorne, Ont. ct. ct. 15 oct. 1976, Juge McNeely p. 4; R. c. Boutillier and Melnick, 35 C.C.C. (2d) 555 (N.E. Sup. Ct.).
- 308- R. c. Chapman and Grange, supra, note 305 p. 92.
- 309- Supra, note 307.
- 310- Gordon David Goldman c. La Reine, (1980) 13 C.R. (3rd) 228 (C.S.C.) Juge en chef Laskin, p. 235: "It is by no means clear to me that prior to the passing of the Protection of Privacy Act, interceptions such as those made here were lawful.* They were at least civil trespasses or invasions of privacy, although, in line with the Common Law, the fruits of the interceptions were, if relevant to an issue in a criminal trial, admissible in evidence.
- 311- En 1967, la Sous-Commission du Droit criminel recommande au 29^e Congrès du Barreau Canadien que le législateur intervienne pour régler l'écoute électronique; le 23 octobre 1968 le Conseil municipal de Toronto adopte une résolution demandant à la police municipale de ne plus pratiquer l'écoute électronique jusqu'à ce que cette dernière soit règlementée; le 28 avril 1971, le Conseil général du Barreau du Québec adopte une résolution préconisant l'adoption d'une loi fédérale en matière d'écoute électronique; cité par D. Bellemare, op. cit. note 290 pp. 28-29 note 52.
- 312- 1964: Projet de loi C-103, Journal des Débats de la Chambre des communes, 4 juin 1964 p. 3922; réintroduit le 8 avril 1965: Journal des Débats, 8 avril 1965 p. 93 portant le numéro C-72; réintroduit en 1966: Journal des Débats, 24 janvier 1966 p. 139; 1966: projet de loi C-43; 1967: projets de loi C-10 et C-19, le 11 mai 1967.
- 313- 1968: Projets de loi C-17, C-18 et C-24 (20 septembre 1968); le rapport du Comité apparaît à: compte-rendus du Comité permanent de la Justice et des Questions juridiques 4^e rapport no.7, 5 février 1970, 2^e Session, 28^e Parlement p. 7:7 et s. Voir aussi (1970) 116 Journal des Débats p. 553 à 575; d'autres projets de loi furent déposés: en 1969, projet de loi C-116; en 1970, projets de loi C-96 et C-120.
- 314- Projet de loi C-252, 1^{ère} lecture le 28 juin 1971; projet de loi C-176, 1^{ère} lecture le 13 avril 1973, (1973) Journal des Débats p. 3276; adopté en 3^{ème} lecture le 4 décembre 1973, Journal des Débats p. 8419; sanctionné le 14 janvier

1974. La Loi sur la Protection de la Vie privée a été promulguée le 30 juin 1974.
- 315- Supra, note 287.
- 316- Les amendements à la Partie IV.I du Code criminel ont d'abord été introduits dans le projet de loi C-83. Repris en substance dans le projet de loi C-51 introduit le 20 avril 1977 et adopté en troisième lecture le 18 juillet 1977. Sanctionné le 5 août 1977, le projet de loi C-51 devint le chapitre 53 des Statuts du Canada de 1976-77; voir supra note 287; voir Manning, Wiretap Law in Canada, Protection of Privacy Act, 1974 Butterworths, Toronto, Appendix A p. 152 et s.
- 317- Gordon David Goldman c. La Reine, (1980) 13 C.R. (3rd) 228, 247 (C.S.C.).
- 318- Partie IV.I du Code criminel, supra note 287, art. 178.11 (1) et (2).
- 319- D. Bellemare, op. cit. note 290 p. 34.
- 320- R. c. Hancock and Proulx, no.4 (1975) 6 W.W.R. 204 p. 205; D. Bellemare, op. cit. note 290 réfère p. 34 à la note 79 à l'affaire King (Herman c. La Reine), (1969) 1 A.C. 304; 52 Cr. App. R. 333) où Lord Hodson p. 360 affirme: "(...) The law must strive to reconcile too highly important interests which are liable to come in conflict (a) the interest of the citizen to be protected from illegal and irregular invasions of his liberties by the authorities and (b) the interest of the State to secure that evidence bearing upon the commission of crime and necessary to enable justice to be done shall not be withheld from Courts of law on any merely formal or technical ground".
- 321- (1970) 116 Journal des Débats, p. 553 et s.; Ryan dans The Invasion of Privacy by the Use of Electronic Devices in Canada, (1970) 8 Coll. Int. Dr. Comp. 87 disait à propos de cette recommandation du Comité p. 135: "the most carefully arrived at legal mistake in Parliament in many years".
- 322- A. Mewett, Law Enforcement and the Conflict of Values, (1970) 16 McGill L.J. 1.
- 323- Ryan, op. cit. note 321.
- 324- Supra, pp. 33-37.
- 325- La Reine c. Wray, 1971 R.C.S. 272.
- 326- Voir D. Bellemare, op. cit. note 290 p. 32 à 37; Stanley M. Beck, Electronic Surveillance and the Administration of Criminal Justice, (1968) 46 C.B.R. 643.

- 327- P. Burns, Electronic Eavesdropping and Federal Response: Cloning a Hybrid, (1975) 10 U.B.C.L.R. 36, 64.
- 328- S.M. Beck, op. cit. note 326 p. 644; dans Neuselin c. District of Columbia, 115 F. (2d) 690 (1940), une affaire américaine, on va très loin: "When two interests conflict, one must prevail to us, the interest of privacy safeguarded by the amendments is of more importance than the interest of punishing all those guilty of misdemeanors".
- 329- Stuart Leggatt, Débats des communes du 11 mai 1977 p. 5536 2^e Session 30^e Législature. Le débat portait sur le projet de loi C-51 (voir supra note 316).
- 330- Voir infra, le paragraphe suivant sur le cheminement législatif de l'art. 178.16 du Code criminel; R.J. Delisle dit dans Evidentiary Implications of Bill C-176, (1974) 16 Crim.L.Q. 260: "The debates in the House and in the Committee over the evidentiary provisions of this Bill illustrate two schools of thought respecting the reception of illegally obtained evidence and the compromise arrived at by Parliament indicated that (it) would prefer to leave the decision in each case to the judiciary".
- 331- Pour la version finale de l'art. 178.16 voir S.C. 1976-77 c. 53 art. 10; on retrouvait la même formule dans le projet de loi C-26, Loi modifiant le Code criminel, la Loi sur la Responsabilité de la Couronne et la Loi sur les Postes, 3^e Session 30^e législature 26-27 Eliz. II 1977-78, 1^{ère} lecture le 7 février 1978; l'art. 24(2) de la Charte canadienne des Droits et Libertés reprend une formule similaire à celle du paragraphe (2) de l'art. 178.16, supra, note 8.
- 332- Op. cit. note 290 p., 35; sur la notion d'équilibre voir en particulier les notes 88 et 89 p. 36.
- 333- Partie IV.1 du Code criminel, voir supra note 287. Le terme "interception de communications privées" est celui adopté dans la Loi sur la Protection de la Vie privée. Cette réalité recoupe l'expression "écoute électronique" en français et "electronic eavesdropping" en anglais, quoique d'autres formules aient été retenues à l'occasion; voir D. Bellemare, op. cit. note 210 p. 38-40.
- 334- Id., 178.1, 178.11(1) et (2).
- 335- Id., 178.12, 178.13, 178.23.
- 336- Id., 178.22.
- 337- Id., 178.18, 178.20, 178.21, 178.16.
- 338- Supra, note 321.
- 339- Supra, notes 314 et 316.

- 340- Projet de Loi C-176, 1ère lecture le 13 avril 1973; voir supra note 314.
- 341- Amendement en comité, fascicule 26 des Procès verbaux et Témoignages du Comité de la Justice et des Questions juridiques, mardi le 18 septembre 1973, p. 6, 178.16(1): "Une communication privée qui a été interceptée et une preuve obtenue directement ou indirectement grâce à des renseignements recueillis par l'interception d'une communication privée, sont toutes deux inadmissibles en preuve contre son auteur ou la personne à laquelle son auteur la destinait (...).
- 342- Amendement à l'étape du rapport - le 4 décembre 1973, p. 83-97 des Débats des communes, 1ère Session de la 29ième Législature, 178.16(2): "Lorsque, au cours de quelque procédure, le juge est d'avis qu'une communication privée, ou une autre preuve inadmissible aux termes du paragraphe (1), (a) est pertinente, et (b) est inadmissible uniquement à cause d'un défaut de forme ou d'une irrégularité de fond dans la demande ou l'émission de l'autorisation en vertu de laquelle cette communication privée a été interceptée ou au moyen de laquelle cette preuve a été obtenue, ou (c) que dans le cas d'une preuve, à l'exception de la communication privée elle-même, son exclusion peut empêcher que justice soit rendue, il peut, nonobstant le paragraphe (1), admettre en preuve cette communication privée ou cette preuve dans cette procédure".
- 343- Débats des communes du 27 novembre 1973 p. 8204, 1ère Session 29^e Législature, le Ministre de la Justice, l'honorable Otto Lang disait: "Surely we would be doing damage to the whole approach to justice and the approach that people take to justice in our courts if we deprive the court of that evidence in such circumstance". Les tribunaux ont reconnu que l'exception prévue par l'art. 178.16(2)c) s'appliquait exclusivement à la preuve dérivée: R. c. Walch et Al., Ont. Prov. Ct. 10 février 1976 par le juge Brown p. 13.
- 344- Solliciteur général du Canada, Rapport sur la Loi sur la Protection de la Vie privée, présenté au Ministre de la Justice, Ottawa 1975, inédit.
- 345- Projet de loi C-83, 1ère lecture le 24 février 1976, 1ère Session 10^e parlement 23-24-25 Eliz. II 1974-75-76.
- 346- S.C. 1976-77 c. 53, art. 10, 178.16(1) Une communication privée qui a été interceptée est inadmissible en preuve contre son auteur ou la personne à laquelle son auteur la destinait à moins a) que l'interception n'ait été légalement faite, ou b) que l'auteur de la communication privée ou la personne à laquelle son auteur la destinait n'ait expressément consenti à ce qu'elle soit admise en preuve, toutefois 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. (2) Par dérogation au paragraphe (1), le juge ou magistrat qui préside à une instance quelconque peut déclarer admissible en preuve une communication privée qui serait irrecevable en vertu du paragraphe (1) s'il estime: a) qu'elle concerne un des points en litige; et que l'irrecevabilité tient non pas au fond, mais uniquement à un vice de forme ou la procédure dans la demande d'interception ou dans l'autorisation qui a été accordée à cet effet".

- 347- Le juge Zuber de la Cour d'Appel d'Ontario en déduisait dans Douglas c. La Reine, 33 C.C.C. (2d) 395 que le législateur avait abandonné la doctrine américaine du "fruit of the poisonous tree" p. 409; cité dans D. Bellemare, op. cit. note 290 p. 420; voir aussi la note 82 p. 419 du même ouvrage.
- 348- S.C. 1976-77 c. 53 art. 10. "178.16(2): par dérogation au paragraphe (1) le juge ou le magistrat qui préside à une instance quelconque, peut refuser d'admettre en preuve, des preuves découlant directement ou indirectement de l'interception d'une communication privée qui est elle-même inadmissible, s'il est d'avis que leur admission en preuve ternirait l'image de la justice" témoignages et procès verbal du Comité permanent de la Justice et des Questions juridiques, mardi 21 juin 1977, fascicule 24 p. 39 à 52.
- 349- Voir cependant diverses tentatives pour modifier à nouveau le régime de recevabilité de la preuve dérivée: projet de loi C-227, 1ère lecture le 31 octobre 1977 dont l'art. 3 décrétait l'inadmissibilité absolue de toute preuve découlant d'une interception non légalement faite; voir aussi le projet de loi C-238, loi modifiant le Code criminel (intrusion dans la vie privée): 1ère lecture le 2 mai 1980, débattu en deuxième lecture le 20 février 1981, 1ère Session, 32^e législature p. 7538 et s. des débats des communes. L'auteur participait alors au débat, p. 7540.
- 350- Voir supra note 346.
- 351- Ibid; le régime actuel pour la recevabilité de la preuve directe s'inspire directement du régime adopté en 1973, Statuts du Canada 1973-74, c. 50, art. 2.
- 352- D. Bellemare, op. cit. note 290 p. 386 et s.; D. Watt, The Law of Electronic Surveillance, Carswell, Toronto 1979 p. 214 et s.
- 353- Le juge Spencer dans R. c. Wai Ting Li, no.2 (1976).6 W.W.R. 146 définit la preuve dérivée en ces termes: "For ease of reference (...) I shall refer to "evidence obtained directly or indirectly as a result of information acquired by interception of a private communication" as "derivative evidence" p. 147; dans R. c. Douglas, (1977) 33 C.C.C. (2d) 395, on a voulu distinguer la preuve dérivée de celle qui

ne l'est pas en évaluant "Whether there were separate investigative steps other than the interception of private communications which provided the evidence said derivative". Cependant le juge Spencer rejetait la règle américaine de "découverte inévitable" dans Wai Ting Li, op. cit. voir supra p. 150; "to determine what is derivative evidence I must decide whether the impugned evidence was obtained directly or indirectly as a result of information acquired by an unlawful interception. I am not concerned with whether the information would probably have been obtained anyway, without the interception, but only with the way it was in fact obtained". Plus généralement voir D. Bellemare, op. cit. note 290 p. 398-404; le concept de preuve dérivée va très loin au Canada: Bellemare dit p. 402: "La causalité indirecte peut donc être étendue à outrance et la limite devient presque impossible à tracer en la matière. Les juges ont d'ailleurs éprouvé de la difficulté à accepter les conséquences de la causalité indirecte sur la preuve obtenue" voir aussi Royal American Shows Inc. no.4, Commission d'Enquête (Alta) 27 janvier 1978 (juge Laycraft, Commissaire) publié dans le Rapport final de la Commission juin 1978 p. E-18 à E-25. Pour une conception plus "étriquée" de la preuve dérivée voir R. c. William "Bill" Elin, C.S.P. Mtl. no.01-009859-759, 14 février 1977 p. 55 des notes du juge Longtin.

354- S.C. 1973-74 c. 50 art. 2

355- S.C. 1976-77 vol. 2 c. 53 art. 10.

356- R. c. Wai Ting Li et Al, no.2 (1976) 6 W.W.R. 146, 158; (1977) 33 C.C.C. (2d) 108; R. c. Malinouski, 31 Cr. App. R. 116, 120; 1946 K.B. 369; 1946 All E.R. 559; R. c. McLean, (1979) 1 W.W.R. 721, 727 et 728 (C.A. Alta); R. c. Verigin, B.C. Prov.Ct. 18 avril 1980 p. 6, juge D'Andrea; R. c. Robinson et Al, no.6 B.C. Cty.Ct. 4 juillet 1977 p. 4 et s., le juge MacDonnel; Killen Recent Developments in the Law of Evidence, (1975-76) 18 Crim.L.Q. 103, 110; D. Bellemare, op. cit. note 290 p. 417 et s.

356a- Voir supra note 343.

357- P. Burns, Electronic Eavesdropping and Federal Response: Cloning a Hybrid, (1975) 10 U.B.C.L.R. 36 at 51; G. Killen, Recent Developments in the Law of Evidence, (1975-76) 18 Crim.L.Q. 103: "As to the meaning and application of the magic phrase "may result in justice not being done" (...) it has been suggested that it would not be just to let a guilty person go free. Therefore the argument goes, if, on balance the impugned evidence tends to establish guilt, it should be admitted. The danger of that position is that it ignores the fundamentality of "justice" and treats it as a mere device". p. 110; contra R.J. Delisle, Evidentiary Implications of Bill C-176, (1974) 16 Crim.L.Q. 260 pp. 265 à 268: "the suggestion is that the current

case law is such that a court called upon to interpret the meaning of the word justice in the new legislation should feel free to give it a broad interpretation despite the existence of the Supreme Court of Canada decision in Wray p. 268.

358- R. c. Jai Ting Li et Al., no.2 (1976) 6 W.W.R. 146, 148; contra D. Watt, Electronic Surveillance, Carswell, Toronto, 1979, p. 1 "Apart from decisions which are grounded upon constitutional differences between the two jurisdictions, the striking similarities in the two enactments (American title III and Canadian privacy Act) render invaluable the considered opinions of American Courts upon questions which are either identical or similar to those which fall to be determined in accordance with the Canadian legislation"; voir R. c. Welsh, (1977) 32 C.C.C. (2d) 363.

359- Bellemare prétend que l'extension du concept de preuve dérivée en droit canadien a incité les juges à une interprétation large de la discrétion de recevoir en vertu de l'art 178.16(2)c), op. cit. note 290 p. 417: "(...) le concept canadien de la preuve dérivée est tellement large qu'il couvre à peu près toute preuve obtenue grâce ou à l'occasion de l'interception d'une communication privée. A cause de la portée très large du concept de preuve dérivée adopté par le législateur, les tribunaux, pour contrebalancer les effets néfastes qu'il pouvait engendrer, furent amenés à donner à l'exception de l'art. 178.16(2)(c) une interprétation large et libérale. C'est ainsi que les mots "son exclusion peut empêcher que justice soit rendue" reçurent une interprétation favorable et réparatrice de la part de la magistrature des différentes provinces canadiennes, nonobstant la crainte de certains auteurs à l'effet qu'une telle interprétation aurait pour effet de contrecarrer l'esprit de la loi".

359a- R. c. Cheng, 33 C.C.C. (2d) 441, 444.

360- P. Burns, loc. cit. note 327 p. 51.

361- Sur l'effet inhibiteur de l'arrêt Wray voir R. c. Pettipiece, (1972) 7 C.C.C. 133.

362- Op. cit. note 358.

363- Bellemare, op. cit. note 290 p. 423: "Il semble que la référence à cette expression (tenir l'image de la justice) nous justifie de croire que le législateur a voulu consacrer l'interprétation qui avait été dégagée par les tribunaux en vertu de l'ancien art. 178.16(2)(c) du Code criminel; ce même auteur dit de cet art. 178.16(2)(c) p. 418: "C'est ainsi, que pour ne pas permettre que l'interprétation de l'art. 178.16(2)(c) puisse contrecarrer l'esprit général de la Loi sur la Protection de la Vie privée, la jurisprudence a considéré les termes "peut empêcher que

justice ne soit rendue" tant en regard du mode d'obtention de la preuve litigieuse qu'en fonction de son effet possible sur la condamnation d'un coupable; R. c. Robinson et Al., no.6, supra, note 356; R. c. Bing Ho et Al., no.4 B.C. Cty c. 19 novembre 1976 (le juge Paris). Finalement, on peut dire que la Cour d'Appel d'Alberta fait le pont entre l'ancienne et la nouvelle formulation de l'art. 178.16 dans R. c. McLean, (1979) 1 W.W.R. 721, 727 et 728; voir aussi Killeen, Recent Developments in the Law of Evidence, (1975-76) 18 Crim.L.Q. 103 p. 110: "Surely s. 178.16(2)(c) empowers a judge to use his discretion creatively and, in appropriate cases, express his condemnation of oppressive or deceitful police practices by excluding derivative evidence (...)"

- 364- D. Watt, op. cit. note 358 p. 224: "The basic rule with respect to derivative evidence under Part IV.I as originally enacted was, like that for primary evidence, a rule of exclusion which permitted of certain inclusionary exceptions. The basic rule in respect of derivative evidence under the present formulation is nowhere expressly stated and must be inferred from various subsections of section 178.16"; D. Bellemare, op. cit. note 290 p. 419.
- 365- Voir supra note 348.
- 366- Douglas c. La Reine, 33 C.C.C. (2d) 395, 409, le juge Zuber de la Cour d'Appel d'Ontario.
- 367- Rapport annuel Requis par l'Art. 178.22 du Code criminel du Canada, 1981; Solliciteur général du Canada, juin 1982.
- 368- Ibid. Chaque rapport annuel met à jour les statistiques des années antérieures, par exemple pour 1981, les preuves directes et dérivées furent utilisées respectivement dans 314 et 965 instances; pour 1977, 299 et 722 instances. Voir P. Burns, A Retrospective View of the Protection of Privacy Act: A Fragile Rede is Recked, (1979) 13 U.B.C.L.R. 122, pour une discussion des statistiques p. 147 et s.
- 369- Procès verbaux et Témoignages, Comité permanent de la Justice et des Questions juridiques, 2^e Session de la 30^e législature, mardi le 21 juin 1977, fascicule 24 p. 44.
- 370- Commission d'enquête sur certaines activités de la Gendarmerie royale du Canada, deuxième rapport, La Liberté et la Sécurité devant la Loi, Approvisionnement et Services Canada, Ottawa, 1981: vol. 2 p. 1100 et s.
- 371- Id.; par. 58: "D'après les dossiers de la GRC, on croit généralement que, vu que les tribunaux du Canada admettent des preuves obtenues illégalement, les juges ne condamnent donc pas des actes illégaux commis au cours d'enquêtes et, par conséquent, autorisent implicitement de tels actes s'il s'agit d'obtenir une preuve pertinente à une affaire dont

un tribunal est saisi (...). 50. La logique de ce raisonnement est fautive, et le fait qu'il semble être accepté aux plus hauts échelons de la GRC nous porte à croire qu'il l'est également à la base, où s'établissent les contacts les plus fréquents de la police avec le citoyen au cours d'enquêtes sur le crime. A notre avis, la découverte de cette attitude est l'apport le plus important que nous puissions faire au débat dans ce domaine. Jusqu'ici, le débat a porté plutôt sur les principes, et les rédacteurs et commentateurs ont dû forcément se borner à des conjectures quant à l'effet de la loi sur les attitudes et la conduite de la police en matière d'enquête. On peut maintenant dire, tout au moins en ce qui concerne le Canada et la Gendarmerie, que les membres de cette force policière, comme le soutiennent ses principaux dirigeants, voient dans l'absence de critique de la part des juges l'approbation tacite de conduites qui pourraient fort bien être illégales. Or, la mutisme des juges tient souvent à ce que les avocats de la défense n'ont pas soulevé la question de l'illégalité des moyens utilisés pour obtenir la preuve et ils s'en sont abstenus parce que, même s'ils l'avaient fait, la loi ne leur accorde aucun avantage puisqu'elle ne permet pas d'écarter la preuve pour cette raison. Dans ce sens, on peut dire que la loi actuelle encourage la police à interpréter, bien à tort, le silence des juges comme une approbation tacite de la méthode d'enquête qui a été décrite en cour. 61. A notre avis, l'importance de notre découverte tient à ce que, même si le nombre de cas connus de membres qui ont posé des actes inacceptables ou illégaux au cours d'enquêtes criminelles est relativement peu élevé, du moins en ce qui concerne la GRC, aucune règle de droit qui encourage une telle conduite ne peut être tolérée, à moins qu'il n'existe d'autres moyens efficaces de la réfréner.

372- P. Weiler, The Control of Police Arrest Practices: Reflections of a Tort Lawyer, in Linden (ed) Studies in Canadian Tort Law, p. 456: "(the police) is likely to believe that the substantive rules of the criminal law are the only moral data with which he is faced, and that the procedural rules which limit his efforts to enforce the criminal law are simply obstacles put in his path with no independent moral significance to which substantive goals should be sacrificed. It is inherently improbable that the police will voluntarily accept the desirability of legal rules whose express purpose is to make their task more difficult because this is the narrow view likely to be taken of the police administrative function. Judicial review of its practices must be retained in some form (if not in tort law) in order that the wider social perspectives and values inherent in the due process model are maintained".

373- R. c. Wai Ting Li, no 2. (1976) 6 W.W.R. 146, 149; voir aussi R. c. Shubert, 40 C.R.n.s. 26, 28; R. c. Hollyoake, no.2, 27 C.C.C. (2d) 66, 73; R. c. Donald Floyd Dubé, 5 janvier 1978, le juge Farris p. 3.

- 374- S.C. 1976-77 c. 53 art. 10.
- 375- La Reine c. Wray, 11 C.R.n.s. 235; infirmée par 1971 R.C.S. 272.
- 376- Commission de Réforme du Droit, Rapport sur la Preuve, Ottawa, 1975; R. Penner, Illegally Obtained evidence and the Right to Privacy: Some Policy Considerations, infra note 377.
- 377- Voir D. Bellemare, op. cit. note 290 pp. 420-425; D. Watt, Electronic Surveillance in Canada, Carswell, Toronto, 1979 p. 312; M. Manning, Wiretap Law in Canada, a Supplement to Protection of Privacy Act, Butterworths, Toronto 1978 pp. 168-169; D. Gibson, La Mise en Application de la Charte canadienne des Droits et Libertés, loc. cit. note 102; R. Penner, Illegally obtained Evidence and the Right to Privacy: Some Policy Considerations in Aspects of Privacy Law, éd. par Dale Gibson, Butterworths, Toronto 1980 p. 353.
- 378- (1979) 1 W.W.R. 721, 727 et 728.
- 379- D. Bellemare, op. cit. note 290 p. 424 note 103.
- 380- Id., p. 424.
- 381- Lawrie c. Muir, 1950 S.C.(J.) 19; voir aussi supra note 51.
- 382- Ce problème n'apparaît nulle part, semble-t-il, sauf durant les débats ayant entouré l'adoption du paragraphe (2) de l'art. 178.16 au Comité permanent de la Justice et des Questions juridiques: témoignages et procès verbal du mardi 21 juin 1977, fascicule 24 pp. 39 à 52. Avant l'adoption par le Comité du paragraphe (2), l'auteur a eu l'occasion de discuter de cette question avec le Ministre de la Justice, l'honorable Ron Basford. Ces discussions ont peut-être eu une certaine incidence sur la décision du Ministre de recommander l'adoption du paragraphe (2) aux membres du Comité.
- 383- S.C. 1976-77 c. 53 art. 10, 178.16(1) in fine.
- 384- D. Watt, op. cit. note 258 p. 224: "Who bears the onus of demonstrating whether any evidence being tendered for admission is of a derivative nature? In (R. c. Wai Ting Li et Al., no.2 (1976) 5 W.W.R. 646 p. 149) a case decided under the original legislation where the basic rule was one of exclusion, it was held that there was no onus upon the Crown to demonstrate a negative, viz., that the evidence was not derivative but rather that the onus rested upon the accused to satisfy the trial judge upon a balance of probabilities that the proffered evidence was derivative and, accordingly, prima facie inadmissible. The shifting of this initial onus to the accused to demonstrate the derivative quality of the evidence even when the ultimate burden

to show the lawfulness of its interceptional antecedents rested upon the Crown appears more clearly justified under the present statutory provisions where the evidence would appear to be prima facie admissible unless a contrary showing is made under section 178.16(2)"; voir aussi R. c. Schubert, (1977) 5 W.W.R. 292; R. c. Gordon Charles Simpson, B.C. Sup.ct. 4 mai 1979, le juge Bouck pp. 93-94 de la transcription; cité dans D. Bellemare, op. cit. note 290 p. 414 note 61.

385- Infra, note 392.

386- Supra, note 384; c'est ce fardeau très lourd qui explique peut-être en partie que l'art. 178.16(2) ait été peu invoqué; dans R. c. Schubert, 40 C.R.n.s. 26 le juge affirme p. 23: "In my judgment, it would fall to the accused, in these circumstances, to establish on the balance of probabilities that such evidence was derivative and was unlawfully obtained". Même si cette affaire traite de l'ancien art. 178.16, l'analogie reste parfaitement valide, voir D. Bellemare, op. cit. note 290 p. 415 note 64.

387- S.C. 1976-77 c. 53 art. 10.

388- (1975) 28 C.C.C. (2d) 128.

389- Op. cit. note 290 p. 424.

390- S.C. 1976-77 c. 53 art. 10, 178.16(1).

391- Nous ne connaissons pas de jurisprudence à cet effet. Pour appuyer nos dires soulignons cependant une des raisons qui ont motivé le législateur à introduire le paragraphe (2) de l'art. 178.16: la divulgation des interceptions non autorisées de communications privées (voir supra note 373). L'obligation faite à la poursuite de démontrer la légalité d'une interception non introduite en preuve rencontre cet objectif de divulgation. Soulignons finalement l'attitude de la Gendarmerie royale du Canada à l'égard de l'écoute électronique et des méthodes irrégulières d'obtention de la preuve: voir le rapport McDonald, op. cit. note 370.

392- Procès verbaux et Témoignages, supra, note 369 pp. 45-46.

393- Supra, note 337.

394- S.C. 1976-77 c. 53 art. 10.

395- (1975) 28 C.C.C. (2d) 128.

396- Voir D. Bellemare, L'Ecoute électronique au Canada, op. cit. note 290 pp. 405 à 413.

397- Id., p. 408 et s.

- 398- S.C. 1976-77 c. 53 art. 10 supra note 346.
- 399- R. c. Wernham, (1977) 1 W.W.R. 473, 475; R. c. Dunn, (1975) 28 C.C.C. (2d) 538.
- 400- R. c. Wernham, id. p. 475.
- 401- G. Killens, loc. cit. note 9 p. 108, fait allusion aux aléas de permettre une autorisation subséquente à l'interception par l'une des parties à cette dernière: "(s. 178.16(1)(b) will undoubtedly encourage the police to use "the consenting agent provocateur" under a tacit grant of immunity from prosecution" ref. à R.c. Demeter, (1975) 6 O.R. (2d) 83; voir aussi D. Watt, op. cit. note 377 p. 211; "(this) purpose is less effectively achieved (than in s. 178.16(1)(a)) in respect of the section 178.16(1)(b) exception which would appear to clearly contemplate that primary evidence of an unlawful interception may become admissible if the appropriate consent is given. Thus viewed, the consensual admission provision may seem somewhat out of harmony with the general legislation" see R. v. Rosen, (1976) 30 C.C.C. (2d) 505 (Ont. H.C.) affirmé par la Cour d'Appel d'Ontario le 26 juillet 1977; R. c. Daso, 39 C.C.C. (2d) 465; contra R. c. Watson, (1977) 39 C.R.n.s. 334.
- 402- S.C. 1973-74 c. 50 art. 2; S.C. 1976-77 c. 53 art. 10.
- 403- R. c. Wai Ting Li et Al., no.2 (1976) 6 W.W.R. 146, 148.
- 404- 1976-77 c. 53 art. 10.
- 405- D. Bellemare, op. cit. note 290 p. 424-425.
- 406- Rapport Ouimet, op. cit. infra note 416a; Commission de Réforme du Droit, La Preuve, Information Canada, Ottawa 1975 p. 69; Rolland Penner, Illegally Obtained Evidence and the Right to Privacy, some Policy Considerations, in Aspects of Privacy Law, Ed. Dale Gibson, Butterworths, Toronto 1980 p. 354.
- 407- A. Mewett, Law Enforcement and the Conflict of Values, (1970) 16 McGill L.J. 1.
- 408- Loc. cit. note 406.
- 409- Supra, note 17.
- 410- Rapport du Comité canadien de la Réforme pénale et correctionnelle, Justice pénale et Correction: Un Lien à Forger, Imprimeur de la Reine, Ottawa 1969; Commission de Réforme du Droit, Rapport sur la Preuve, Information Canada, Ottawa 1976; Commission d'Enquête sur Certaines Activités de la Gendarmerie royale du Canada, deuxième rapport vol. 2 La Liberté et la Sécurité devant la Loi, août 1981, Approvisionnement et Services, Ottawa 1981; voir aussi Ontario

Law Reform Commission, Report on the Law of Evidence, Ministry of the Attorney General, Queen's Park, Toronto 1976: "(...) We think trial judges should have control over the admission of evidence so as to preserve the integrity of the judicial process and protect the administration of justice from practices likely to bring it into disrepute. The judicial process is not confined to the courts; it also encompasses officers of the law and others whose duties are necessary to ensure that the courts function effectively" p. 64; voir Newman in Cops, Courts and Congress: Is Citizen Safety Unconstitutional; The New Republic, march 18 1967, p. 18: "The decision whether to exclude evidence should be left to the discretion of the trial judge, to be exercised with regard to certain specific criteria. Among them would be the kind of illegality, the good faith of the police, the seriousness of the crime, and the prosecution's need for the evidence".

- 411- Voir à ce propos Donald R. Stuart, Criminal Law and Procedure, (1977) 9 Ottawa L.Rev. 568 où, à la p. 620 on déplore que l'art. 178.16(2) n'incorpore pas les critères d'appréciation suggérés à l'art. 15(2) du Code de la Preuve proposé par la Commission de Réforme du Droit au Canada dans son Rapport sur la Preuve, id. p. 423.
- 412- Op. cit. note 410.
- 413- Op. cit. note 407 p. 5.
- 414- Supra, Partie I.
- 415- Op. cit. note 410 pp. 24-25, commenté p. 69.
- 416- D. Bellemare, op. cit. note 290 p. 424.
- 417- Lawrie c. Muir, 1950 S.C.(J.) 19; dans R. c. Wong, no.1 33 C.C.C. (2d) 506 le juge Meredith disait p. 510: "If it comes to the attention of the court during the course of the trial that the right of privacy may have been improperly subordinated to the police investigation, the court should (and I think does) have jurisdiction to rule the reception of the evidence thus unlawfully obtained as inadmissible".
- 418- La Liberté et la Sécurité Devant la Loi, op. cit. note 410 pp. 1095 à 1106.
- 419- Id., p. 1106.
- 420- Supra note 403.
- 421- Loc. cit. note 407.
- 422- Kennedy c. Tomlinson, (1958) 13 D.L.R. (2d) 734; Rev. (1958) 20 D.L.P. (2d) 273 où dans une action en "tort" on

jugea qu'une erreur raisonnable quant au droit n'était pas en matière d'arrestation une défense valable. Ce jugement est valable a fortiori en matière d'écoute électronique. A comparer avec les propositions de l'administration du président Reagan auxquelles on fait référence à la note 9b.

423- B.C. Sup. ct., 18 novembre 1977 cité dans D. Bellemare, op. cit. note 290 p. 424 note 104.

424- Id., p. 1529 de la transcription.

425- B.C. Prov. ct., 18 avril 1980 cité dans D. Bellemare, op. cit. note 290 p. 412 note 73.

426- Supra note 358. Déjà cité dans le contexte de l'interprétation de l'ancien art. 178.16(2)c).

427- John Rawls, A Theory of Justice, the Belknap Press of Harvard University Press, Cambridge Massachusetts 1971: "In justice as fairness the concept of right is prior to that of good. A just social system defines the scope within which individuals must develop their aims, and it provides a framework of rights and opportunities and the means of satisfaction within and by the use of which these ends may be equitably pursued. The priority of justice is accounted for, in part, by holding that the interests requiring the violation of justice have no value. Having no merit in the first place, they cannot override its claims" p. 31. Sur le sens de justice voir aussi Schwartz, On Current Proposals to Legalize Wiretapping, (1954) 103 J. Pa. L.R. 157, p. 158: "The escape of an occasional or even many guilty individuals because of the procedural safeguards that we accord to the accused, is therefore a tolerable price to pay for the preservation of an atmosphere of freedom and respect for individuality". Ce n'est pas ce type de justification qui sous-tend l'exercice de la discrétion en vertu de 178.16(2) du Code criminel, mais plutôt le conflit de valeurs sociales collectives en présence, l'équité envers l'accusé étant une considération soumise aux règles de la Common Law (quitte à aligner, le droit canadien sur le droit anglais en matière de preuves obtenues de l'accusé sans son consentement ou sous fausses représentations).

428- J. Heydon, loc. cit. note 9 p. 692: "Well publicized judicial criticism and the consequential arousing of public opinion will deter the police better than the exclusion of evidence"; voir les notes du juge Branca dans R. c. Pettipiece, (1972) 18 C.R.n.s. 236, p. 252: "It appears to me quite unthinkable that an experienced officer (...) would sink to such deplorable depths in the course of their police duty. That conduct in my judgment was totally unjustified and quite reprehensible. It was the action of irresponsible policemen totally bankrupt of all ideas of fair play, prepared to stoop to any tactics to discharge

their duty as policemen, and totally ignorant of all those civil rights or freedoms which one living in our society is entitled to, including one's right to the protection of the law... If the courts are powerless to interfere to stop this sort of reprehensible police activity there can be no limit as to how much further policemen with no sense of pride in their work may go to convict one who is suspected of committing a crime".

- 429- La Liberté et la Sécurité Devant la Loi, op. cit. note 410 p. 1106.
- 430- Lawrie c. Muir, supra note 417; Commission de Réforme du Droit, op. cit. note 58 p. 18. Voir aussi G. Williams, loc. cit. note 9 p. 266-267 où à propos de Lawrie c. Muir, on dit: "irregularities require to be excused, and infringements of the formalities of the law are not likely to be condoned"; Williams commente: "One question to ask is whether the departure from strict procedure has been adopted deliberately and by way of trick. Another is whether Parliament has prescribed a special procedure, departure from which is likely to be regarded as fatal".
- 431- R. c. Ireland, (1970) 126 C.L.R. 321 p. 335, le juge en chef Barwick; Conf. dans Burning c. Cross, (1978) 52 A.L.J. R. 561 (Haute Cour d'Australie).
- 432- Supra note 358.
- 433- La Liberté et la Sécurité Devant la Loi, Op. cit. note 410.
- 434- Wray c. La Reine, (1970) 9 C.R.n.s. 131, 133, le juge Aylesworth; Commission de Réforme du Droit, Rapport sur La Preuve, Imprimeur de la Reine 1975 p. 69; D. Bellemare, op. cit. note 290 p. 423 note 101: "L'inadmissibilité de la preuve irrégulièrement obtenue devient donc une exception qui doit être réservée pour les cas exceptionnels.
- 435- Donald R. Stuart, Criminal Law and Procedure, (1977) 9 Ott. L.Rév. 568.
- 436- L'auteur peut témoigner que l'introduction du paragraphe (2) tard dans le débat sur le projet de loi C-51 représentait un compromis ponctuel entre les tenants de la recevabilité absolue de la preuve dérivée d'une interception irrégulière de communication privée et les partisans de la règle d'exclusion édictée en 1974 dans la version originale de l'art. 178.16. Le Ministre de la Justice hésitait à proposer un recours discrétionnaire qui ne faisait pas l'unanimité des procureurs généraux des provinces. La 58ième conférence sur l'Uniformisation des Lois au Canada avait discuté du problème de la recevabilité de la preuve irrégulièrement obtenue (proceedings, 1976 Protection of Privacy: Evidence, appendicé V p. 230) et en 1977 Larry Grossman

présentait à la 59^e conférence un rapport sur le sujet Protection of Privacy, Illegally Obtained Evidence in Civil Cases, appendice R, proceedings of the fifty-ninth annual meeting at St. Andrews, N.B., August 1977; le sujet est toujours brûlant comme en témoigne un échange de lettres entre le Ministre de la Justice fédéral (l'hon. Jean Chrétien) et le Procureur général de l'Ontario (l'hon. Roy Murtry) au sujet des incidences sur la recevabilité de la preuve pertinente de l'art. 24(2) de la Charte canadienne des Droits et Libertés (supra note 8). L'auteur tient copie de cette correspondance.

- 437- Loi sur la Preuve au Canada, 1970 S.R.C. c. E-10 amendé par S.C. 1974-75-76 vol. 1 c. 14 art. 57; S.C. 1976-77 vol. 1 c. 28 art. 14; Commission de Réforme du Droit, op. cit. noté 434; Loi fédérale de 1982 sur la Preuve, projet de loi S-31, 1^{ère} lecture le 18 novembre 1982, 1^{ère} Session, 32^e législature 29-30-31 Eliz. II, 1980-81-82, voir l'art. 22 qui, sous réserve des dispositions de la Charte canadienne des Droits et Libertés, entérine en matière de recevabilité de la preuve pertinente le modèle issu de la Common Law tel que l'interprétait la Cour suprême dans La Reine c. Wray; 1971 R.C.S. 272; ces propositions découlent de celles du Groupe de travail sur l'Uniformisation de la Preuve que l'on retrouve dans: Report of the Federal/Provincial Task Force on Uniform Rules of Evidence, 1982 Carswell, Toronto, pp. 225-233.
- 438- (1981) 1 R.C.S. 640.
- 439- 1955 R.C.S. 593; (1950) 7 C.R. 464; 1971 R.C.S. 272; 1972 R.C.S. 889.

ARTICLES

- ALLEN, Francis A., The Exclusionary Rule in the American Law of Search and Seizure, (1961) 52 J.Crim.L.C. and P.S. 246.
- AMERICAN BAR ASSOCIATION, Exclusionary Rule Wins Approval, 1973 A.B.A.J. 387.
- ANGEL, Marina, Substantive Due Process and the Criminal Law, 9 Loy. Un.L.J. 61.
- ATRENS, J., Comment on the Report of the Commission of Inquiry into Invasion of Privacy, (1968) 10 Crim.L.O. 138.
- AULD, J., The Admissibility of Tape Recordings in Criminal Proceedings, 1961 Crim.L.R. 598.
- BECK, Stanley, Electronic Surveillance and the Administration of Criminal Justice, (1968) 46 Can. B.R. 643.
- BENNET, F.G., Judicial Integrity and Judicial Review: An Argument for Expanding the Scope of the Exclusionary Rule, (1973) 20 U.C.L.A. Law Rev. 1129.
- BURGER, W., Who Will Watch the Watchman, (1971) 14 Am. U.L. Rev. 1.
- BURNS, Peter, A Retrospective view of the Protection of the Privacy Act: A Fragile Rede is Recked, (1979) 13 U.B.C.L.R. 122-157.
- BURNS, Peter, Electronic Eavesdropping and Federal Response: Cloning a Hybrid, (1975) 10 U.B.C.L.R. 36.
- BURNS, Peter, The Law of Privacy: The Canadian Experience, (1976) 54 C.B.R. 1.
- CANADIAN POLICE ASSOCIATION, Position Paper Re the Canadian Constitution, 1981.
- CLEMENS, W., The Exclusionary Rule Under Foreign Law, Germany, (1961) 52 Crim.L.C. & P.S. 277.
- COHN, H., The Exclusionary Rule Under Foreign Law, Israel, (1961) 52 Crim.L.C. & P.S. 282.
- COPITHORNE, M.D., What are Human Rights in International Perspectives, November/December 1978, 32 p.
- CORY, Seminar on Electronic Devices and the Law, avril 1976, inédit.
- CRONFIELD, The Right to Privacy in Canada, (1967) 25 U. of T.L. Rev. 103.

- DELISLE, R.J., Evidentiary Implications of Bill C-176, (1974) 16 Crim.L.Q. 260.
- FRANKEL, David, Wiretaps, an Analysis of the Case Law to Sept. 1977, 39 C.R.n.s. 188.
- FRIED, Charles, Privacy, (1967-68) 77 Yale L.J. 475.
- GIBSON, Roger C., Illegally Obtained Evidence, 1973 U. of T.L.J. 23.
- GLENN, P., Le Secret de la Vie privée en Droit québécois, (1974) 5 R.G.D. 24.
- GRAY, J., The Admissibility of Evidence Illegally or Unfairly Obtained in Scotland, (1966) 11 Jur.Rev. 89.
- GROOM, R.G., The Admissibility of Evidence Illegally Obtained, (1964) 13 Chitty's L.J. 54.
- GUNTHER, M., The Exclusionary Rule in Context, (1972) 50 N:C.L. Rev. 1049.
- HENKINS, Louis, Privacy and Autonomy, (1974) 74 Columbia L.R. 1410.
- HEYDON, J., Illegally Obtained Evidence, 1973 Crim.L.R. 603.
- HOENING, R. and WALKER, R., The Tort Alternative to the Exclusionary Rule in Search and Seizure, (1972) 63 J.Crim.L. 256.
- HOGARTH, J., The Individual and State Security, March 1979. vol. 7 no 1, Social Sciences Federation of Canada 10.
- INBAU, Fred E., The Social Requirements of Criminal Investigation and Prosecution, (1960-61) 3 Crim.L.Q. 329.
- JODOUIN, André, Le Secret de la Vie privée en Droit pénal canadien, (1974) 5 R.G.D. 43.
- KILLENS, Gordon, Recent Developments in the Law of Evidence, (1975-76) 18 Crim.L.Q. 103.
- LAFAVE, W., Improving Police Performance Through the Exclusionary Rule, (1955) 30 Mo.L.R. 394.
- LAFAVE, W., Controlling the Police: The Judge's Role in Making and Reviewing Law Enforcement Decision, (1965) 63 Mich.L. Rev. 987.
- LITTLE, C.D., The Exclusionary Rule of Evidence as Means of Enforcing 4th Amendment Morality on Police, (1970) 3 Ind. Leg.For. 309.

- LORY, Seminar on Electronic Devices and the Law, avril 1976, inédit.
- MARTIN, Arthur, The Exclusionary Rule in Canada, (1981) 52 J. Crim.L. & P.S. 271.
- McGARR, Frank J., The Exclusionary Rule: An Ill Conceived and Ineffective Remedy, (1961) 52 J.Crim.L. & P.S. 266.
- McILWAIN, Due Process of Law in Magna Carta, (1914) 14 Col. L. Rev. 27.
- MEYER, Perry, Evidence in the Future, (1973) 51 C.B.R. 107.
- MEWETT, A., Law Enforcement and the Conflict of Values, (1970) 16 McGill L.J. 1.
- MEWETT, A., Proof of Guilt in a Changing Society, (1967-68) 10 Crim.L.Q. 270.
- MURRAY, L., Admissibility of Evidence Illegally Obtained, 1958 Scot. Law Rev. 73.
- NAGEL, F., Testing the Effects of Excluding Illegally Seized Evidence, 1965 Wisc.L.R. 283.
- NEWMAN, Cops, Courts and Congress: Is Citizen Safety Unconstitutional? The New Republic, May 18, 1967 at 16.
- OAKS, Dallin H., Studying the Exclusionary Rule in Search and Seizure, (1969-70) 37 U. of Ch.L.R. 665.
- PATENAUDE, P., De l'Admissibilité Devant les Tribunaux civils des Preuves Illégalement Obtenues, 1973 R. du B. 27.
- PAULSEN, M., The Exclusionary Rule and Misconduct by the Police, (1961) 52 J.Crim.L.C. & P.S. 255.
- PHELPS, Michael, Bill C-51: Criminal Law Amendments - A Summary for Lawyers, (1977) 37 Crim. Reports (n.s.) 354-361.
- PITLER, Robert, The Fruit of the Poisonous Tree Re Visited and Shepardized, (1968) 56 Cal.L.Rev. 579.
- PITLER, Robert, Fruit of the Poisonous Tree, a Plea for a Relevant Criteria, (1967) 155 U. of Pen.L.R. 1136.
- RAND, Evan C., Except by Due Process of Law, (1961) 2 Osgoode L. J. 121.
- RATNER, Leonard S., The Function of the Due Process Clause, 116 U. Pa.L.R. 1048.
- REHNQUIST, J., Is an Expanded Right to Privacy Consistent with Fair and Effective Law Enforcement? (1974) 23 Kansas Law Rev. 1.

- REISMAN, W.M. and FREEDMAN, Eric E., The Plaintiff's dilemma: Illegally Obtained Evidence and Admissibility in International Adjudication, (1982) 76 Am.J. of Int.Law.
- ROBERTS, D., The Legacy of Regina v. Wray, (1972) 50 C.B.P. 49.
- RYAN, Edward F., The Invasion of Privacy by Electronic Devices in Canada; (1970) 8 Coll.I. de Droit comp. 87.
- SCHWARTZ, Louis B., On Current Proposals to Legalize Wiretapping, (1954) 103 U.Pa.L.R. 157.
- SHEPPARD, A., Restricting the Discretion to Exclude Evidence- An Examination of R. v. Wray, (1972) 14 Cr. L.O. 334.
- SPIOTTO, J., The Search and Seizure Problem: Two Approaches: The Canadian Tort Remedy and the U.S. Exclusionary Rule, (1973) 1 J. of P.S. & A. 36.
- SPIOTTO, J., Judicial Integrity and Judicial Review: An Argument for Expanding the Scope of the Exclusionary Rule, 1973 U.C. L.A. Law R. 1129.
- SPIOTTO, J., Search and Seizure, an Empirical Study of the Exclusionary Rule and its Alternative, (1973) 2 J. of Legal Studies 243.
- STUART, Donald R., Criminal Law and Procedure, (1977) 9 Ottawa Law Rev. 568.
- WEINBERG, M.S., The Judicial Discretion to Exclude Evidence, (1975) 21 McGill L.J. 1.
- WESTIN, A.F., Science, Privacy and Freedom: Issues and Proposals for the 1970's (part. 1) 66 Col.L.R. 1003 (1966).
- WHITE, Mary Jo., The Impeachment Exception to the Constitutional Exclusionary Rules, (1973) 73 Col.L.R. 1476.
- WILLIAMS, G., Evidence Obtained by Illegal Means, 1955 Crim.L.R. 339.
- WILLIAMS, G., The Exclusionary Rule Under Foreign Law: England (1961) 52 J.Crim.L.C. & P.S. 272.
- WINGO, H., Growing Desilusionment with the Exclusionary Rule, (1971) 25 S.W.L.J. 573.
- WRIGHT, J., Must the Criminal go Free if the Constable Blunder?, (1972) 50 Tex.L.Rev. 736.

MONOGRAPHS

BELLEMARE, Daniel, L'Ecoute électronique au Canada, éd. Yvon Blais Inc., Montréal, 1981, 620 p.

BLAKEY in N.W.C. Report, Electronic Surveillance, U.S. Gov't Printing Office, Washington D.C. 1976.

CANADIAN ENCYCLOPEDIA DIGEST (Ontario) 3rd, Feb. 1976, Carswell, Toronto, Supp. 1980, title 57, Evidence.

CANADIAN ENCYCLOPEDIA DIGEST (Western) 3rd, Carswell 1977, Toronto, Supp. 1980.

COHEN, Stanley A., Due Process of Law, Carswell, Toronto 1977, 465 p.

COOLEY, Thomas MacIntyre, A Treatise on Constitutional Limitations, 8th ed. Boston 1927, 720 p.

CROSS, R., Evidence, 4th ed. Butterworths, London, 1974.

FREEDMAN, S., Admissions and Confessions dans R.E. Salhany et R. J. Carter (ed.), Studies in Canadian Criminal Evidence, Butterworths 1972, c. 4.

GIBSON, D., La Mise en Application de la Charte canadienne des Droits et Libertés dans Charte canadienne des Droits et Libertés, sous la direction de Gérald A. Reaudoquin et Walter Tarnopolsky S., Wilson et Lafleur, Sorel (1982), 770 p.

GRONDIN, R., Le Sursis de Procédure pour Abus en Matière pénale, thèse, Faculté de Droit, Université d'Ottawa 1981.

KAUFMAN, Fred, Admissibility of Confessions in Criminal Matters, 2^e éd., 1974, 309 p.

MACFARLANE, Bruce A., Drug Offences in Canada, Canada Law Book, Toronto 1979, 607 p.

MAGUIRE, John MacArthur, Evidence of Guilt, Restrictions upon its Discovery or Compulsory Disclosure, 1959 réimprimée en 1982, F.B. Rothman, Littleton, 295 p.

MANNING, M., Wiretap Law in Canada: A Supplement to the Protection of Privacy Act, Butterworths, Toronto 1978, 184 p.

MANNING, M., Protection of Privacy Act, Butterworths, Toronto, 1974, 215 p.

McWILLIAMS, P.K., Canadian Criminal Evidence, Canada Law Book Ltd. Agincourt (1974) 703 p.

PENNER, Roland, Illegally Obtained Evidence and the Right to

- Privacy: Some Policy Considerations, in Aspects of Privacy Law, ed by Dale Gibson, Butterworths, Toronto (1980) 443 p. 353.
- PHIPSON, Sidney Lovell, Evidence, 12^e éd. 1976, Sweet & Maxwell, London, 1014 p.
- RATUSHNY, Ed., Self Incrimination in the Canadian Criminal Process, Carswell, Toronto, 1979, 432 p.
- RAWLS, John., A Theory of Justice, the Belknap Press of Harvard, University Press, Cambridge, Massachusetts 1971, 603 p.
- RUDOVSKY, David, The Criminal Justice System and the Role of the Police in The Politics of Law, a Progressive Critique, éd. par David Kairys, Pantheon Books, New-York, 1982, 321 p.
- SMITH, T.B., British Justice: The Scottish Contribution, Stevens and Sons, London, 1961, 234 p.
- SOPINKA, J. and LEDERMAN, S.N., The Law of Evidence in Civil Cases, Butterworths, Toronto, 1974, 637 p.
- SOWLE, C., The Exclusionary Rule Regarding Illegally Seized Evidence in Police Power and Individual Freedom: The Quest for Balance, Aldine Publi. Co., Chicago, 1962, 287 p.
- TARNOPOLSKY, Walter, The Canadian Bill of Rights, Carswell, Toronto, 1966, 246 p.
- WATT, David, The Law of Electronic Surveillance, The Carswell Co. Ltd., Toronto, 1979, 402 p.
- WEILER, Paul, The Control of Police Arrest Practices: Reflections of a Tort Lawyer, in Linden (ed) Studies in Tort Canadian law, Butterworths, Toronto 1968, 612 p.
- WESTIN, A.F., Privacy and Freedom, Atheneum N.Y., 1967, 487 p.
- WIGMORE, Evidence, McNaughton, 3rd ed., rev. 1981, 10 volumes.
- WILLIAMS, G., The Proof of Guilt, (2^e éd.) Stevens, London, 1958, 326 p.

LOIS, STATUTS, DEBATS LEGISLATIFS

Criminal Evidence Act, 1898, 61 and 62 Victoria, c. C-36.

U.S. Omnibus Crime Control and Safe Streets Act 1968, Public Law 90-351, 82 Stat. 197 (1968) title III, Wiretapping and Electronic Surveillance.

Code criminel, S.R.C. 1970 c. C-34 mod. par Loi modifiant le Code criminel, la Loi sur la Responsabilité de la Couronne et la Loi sur les Secrets officiels, S.C. 1973-74; 21-22-23 Eliz. II, c. 50 art. 2, sanctionnée le 14 janvier 1974; mod. Loi modifiant le Code criminel, le Tarif des Douanes, la Loi sur les Libérations conditionnelles, la Loi sur les Pénitenciers et la Loi sur les Prisons et les Maisons de Correction, S.C. 1976-77, 25 Eliz. II vol. 2 c.53 art. 10, sanctionnée le 5 août 1977.

Loi constitutionnelle de 1982, c. 11 des Statuts de 1982 (G.B.), adoptée par le Parlement de Westminster le 29 mars 1982, suite à une résolution adoptée par la Chambre des communes du Canada le 2 décembre 1981 et par le Sénat du Canada le 8 décembre 1981, proclamée le 17 avril 1982.

Loi ayant pour Objet la Reconnaissance et la Protection des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales, c. 44 S.C. 1960, 8-9 Eliz. II vol. 1 sanctionnée le 10 août 1960, amendée par la Loi prévoyant l'Examen, la Publication et la Vérification des Règlements et autres textes réglementaires, 1970-71-72 S.C. c. 38 art. 29, sanctionnée le 19 mai 1971.

Loi sur la Preuve au Canada, 1970 S.R.C. c. E-10, amendée par la Loi sur la Banque fédérale de Développement, S.C. 1974-75-76 vol. 1 c.14 art. 57, amendée par la Loi corrective de 1977; S.C. 1976-77 vol. 1 c. 28 art. 14.

Loi modifiant le Code criminel, la Loi sur la Responsabilité de la Couronne et la Loi sur les Postes, projet de loi C-26, 3^e Session de la 30^e Législature 1977-78, 1^{ère} lecture le 7 février 1978.

Loi fédérale de 1982 sur la Preuve, projet de loi S-33, 1^{ère} lecture le 18 novembre 1982, 1^{ère} Sess. 32^e législature 29-30-31 Eliz. II 1980-81-82.

Alberta Telephone Act, R.S.A. 1970 c. 12

Manitoba Telephone Act, R.S.M. 1970 c. T-40.

Ontario Telephone Act, R.S.O. 1970 c. 457.

An Act to Incorporate the Bell Telephone Company of Canada, S.C. 1880-81 c. 67.

Comité spécial de la Chambre des communes sur les Droits de l'Homme et les Libertés fondamentales, 24^e Législature, 3^e Session, fascicule 12 des Procès-Verbaux et Témoignages.

Comité permanent de la Justice et des Questions juridiques, 28^e Parlement, 2^e Session, 4^e rapport, fascicule no 7 des Procès-Verbaux et Témoignages; 29^e Parlement, 1^{ère} Session, fascicule no 26 des Procès-Verbaux et Témoignages; 30^e Parlement, 2^e Session, fascicule no 24 des Procès-Verbaux et Témoignages.

DOCUMENTATION GOUVERNEMENTALE

Rapport du Comité canadien de la Réforme pénale et correctionnelle - Justice pénale et Correction: Un Lien à Forger, 31 mars 1969, Imprimeur de La Reine pour le Canada, Ottawa (1969) 554 p.

Commission de Réforme du Droit au Canada: Rapport sur la Preuve, 1975, Information Canada, Ottawa, 131 p.

Commission de Réforme du Droit au Canada: Les Poursuites pénales: Responsabilité politique ou judiciaire, document de travail 15, Information Canada, Ottawa (1976) 66 p.

Commission de Réforme du Droit au Canada: La Preuve 10: L'Exclusion de la Preuve Illégalement Obtenue, document préliminaire de la Section de Recherche sur le Droit de la Preuve, Information Canada, Ottawa (1974) 41 p.

La Charte des Droits et Libertés, Guide à l'Intention des Canadiens, Ministre des Approvisionnements et Services Canada (1982) 81 p.

B.C. Report of the Royal Commission of Inquiry into Invasion of Privacy (Sargent Report), Vancouver 1967 56 p.

GRANT, Hon. Campbell, Royal Commission of Inquiry Re Magistrate Frederick J. Bannon and Magistrate George W. Gardhouse, Ontario 1968.

Uniform Law Conference of Canada, proceedings of the fifty-eight annual Meeting of the Uniform Law conference of Canada - August 19th to 27th, 1976, Yellowknife, appendice V, Protection of Privacy: Evidence Ontario Report, p. 230.

Uniform Law Conference of Canada, proceedings of the fifty-ninth Annual Meeting at St. Andrews, N.B., August 1977 appendice R - Protection of Privacy, Illegally Obtained Evidence in Civil Cases - Larry Grossman.

Ontario Law Reform Commission, Report on Protection of Privacy in Ontario, 1968; joint task force of department of Communications and department of Justice, Privacy and Computers, Dept. of Attorney General, sous la direction F. Ryan, professeur, Faculté de Droit, Université Western, 1972.

Ontario Law Reform Commission, Report on the Law of Evidence, Ministry of the Attorney General, 1976.

Rapport annuel requis par l'article 178.22 du Code criminel du Canada, 1981, Solliciteur général du Canada, juin 1982.

Solliciteur général du Canada, Rapport sur la Loi sur la protection de la Vie privée, présenté au Ministre de la Justice, Ottawa, 1975, inédit.

Royal American Shows Inc., no.4, Commission d'Enquête (Alberta), 27 janvier 1978 (juge Laycraft, Commissaire) publiée dans le Rapport final de la Commission, juin 1978 p. E-18 à E-25, The Law Courts, Edmonton, Alberta.

Commission d'Enquête sur Certaines Activités de la Gendarmerie royale du Canada, deuxième rapport vol. 2 La Liberté et la Sécurité Devant la Loi, août 1981, Ministère des Approvisionnements et Services Canada 1981, 1333 p.

Report of the Federal-Provincial Task Force on Uniform Rules of Evidence, prepared for the Uniform Law Conference of Canada, Carswell, Toronto, 1982 615 p.

Allocution prononcée par le Ministre de la Justice et Procureur général du Canada, l'honorable Mark MacGuigan, lors du second symposium annuel sur l'Avenir du Droit pénal, Ottawa, le 5 mars 1983.

Handwritten mark

JURISPRUDENCE

- Adams c. New-York, (1904) 192 U.S. 585.
- Adamson c. California, (1947) 332 U.S. 46.
- H.M. Advocate c. Turnbull, 1951 S.C. (J.) 96, S.L.T. 409.
- Alderman c. U.S., (1968) 394 U.S. 165.
- Alward et Mooney c. La Reine, (1977) 39 C.R.n.s. 281, C.S.C. (1976) 32 C.C.C. (2d) 416 (C.A. N.-B.).
- Atz c. Andrews, (1922) 84 F.L.A. 43, 94 SO 329.
- Bank of Toronto c. Bennet, (1925) 57 O.L.R. 326 (C.A. Ont.).
- Birdsell c. U.S., (1965) 346 F. (2d) 775.
- Bivens c. Six Unknown Federal Narcotics Agents, (1971) 403 U.S. 388.
- Boudreau c. Le Roi, 1949 R.C.S. 262, 7 C.R. 427, 94 C.C.C. 1, (1949) 3 D.L.R. 81 (C.S.C.).
- Boyd c. U.S., (1886) 116 U.S. 616.
- Breithaupt c. Abram, (1957) 352 U.S. 432.
- Browning c. JWH Watson (Rochester) Ltd., (1953) 2 All E.R. 775 (Q.B. Div.), 1 W.L.R. 1172, 117 J.P. 479, 51 L.G.R. 597.
- Burning c. Cross, (1978) 52 A.L.J.R. 561.
- Calcraft c. Guest, (1898) 1 O.B. 759.
- Callis c. Gunn, (1964) 1 Q.B.R. 495, (1963) 3 All. E.R. 677 (Q.B. Div.).
- Chaput c. Romain, 1955 R.C.S. 834.
- Colpitts c. La Reine, 1965 R.C.S. 739, (1966) 1 C.C.C. 146, 52 D. L.R. (2d) 416, 47 C.R. 175 (C.S.C.).
- Curr c. La Reine, 1972 R.C.S. 889.
- Cuthberson c. Cuthberson, 1951 O.W.R. 843.
- De Clerq c. Regina, 1968 R.C.S. 902, (1969) 1 C.C.C. 197, 70 D.L. R. (2d) 530 (C.S.C.).
- Director of Public Prosecutions c. Christie, 1914-15 All E.R. 63 (Chambre des Lords), 1914 A.C. 545.

- Draper c. Jacklyn et Al., (1969) 9 D.L.R. (3d) 264 (C.S.C.).
- Eddy Match Co. Ltd. et Al. c. La Reine, (1954) 18 C.R. 357 (C.A. Qué.), 20 C.P.R. 107, 109 C.C.C. I.
- Elkins c. U.S., (1960) 364 U.S. 206.
- Entick c. Carrington, (1765) 19 Howell's State Trials.
- Ghani c. Jones, (1969) 3 All E.R. 1700 (Q.B. Division).
- Goldman c. La Reine, (1980) 13 C.R. (3d) 228 (C.S.C.).
- Harris c. Director of Public Prosecution, (1952) 1 All E.R. 1044, 1952 A.C. 694 (Chambre des Lords).
- Harry Parker Ltd. c. Mason, (1940) 2 K.B. 590, 4 All E.R. 199 (Cour d'Appel).
- Hauer c. Hauer, Reid and Jubinville, (1959) 28 W.W.R. 181 (C.A. Sask.), (1959) 18 D.L.R. (2d) 742 (C.A. Sask.).
- Herman c. La Reine, (1969) 1 A.C. 304, (1968) 2 All E.R. 610, 3 W.L.R. 391, 52 Crim. app. R. 353, (l'affaire King).
- Hogan c. La Reine, (1979) 2 R.C.S. 376.
- Horwath c. La Reine, (1979) 2 R.C.S. 376.
- Huckle c. Money, (1763) 95 E.R. 768.
- Ibrahim c. Le Roi, 1914 A.C. 599.
- Jeffrey c. Black, (1978) 1 All E.R. 555 (Q.B. Division) 490, 66 Crim. app. R. 81, (1977) 3 W.L.R. 895.
- Jones c. Owens, (1870) 34 J.P. 759.
- Kassner c. Fremont, (1973) 47 Mich. app. 264, 209 N.W. (2d) 490.
- Katz c. United States, (1967) 389 U.S. 347.
- Kennedy c. Tomlinson, (1959) 20 D.L.R. (2d) 273 (C.A. Ont.).
- Kuruma c. La Reine, (1955) 1 All E.R. 236 (C.P.), 1955 A.C. 197.
- Lamb c. Benoit, 1959 R.C.S. 321.
- Lawrie c. Muir, 1950 S.C. (J.) 19.
- Lighthouse c. Lighthouse, (1923) 1 W.W.R. 393.
- Lloyd c. Rattray, 1897 Rette 315.
- Mapp c. Ohio, (1961) 367 U.S. 643.

- Marbury c. Madison, (1803) 1 C.R. 137, 2 L. ed. 60.
- Marcoux et Salomon c. La Reine, (1976) 1 R.C.S., 763.
- McNabb c. United States, (1943) 318 U.S. 332.
- Metenko c. La Reine, (1951) 101 C.C.C. 312 (C.A. Qué.).
- M'Govern c. H.M. Advocate, 1950 S.C. (J.) 19.
- Miranda c. Arizona, (1966) 86 S. Ct. 1602.
- Neuselin c. District of Columbia, (1940) 115 F. (2d) 690.
- Noor Mohamed c. Le Roi, 1949 A.C. 182.
- Olmstead c. United States, (1928) 277 U.S. 438.
- Pearse c. Pearse, 1846 de G. and S.M. 12.
- People c. Defore, (1926) 242 N.Y. 1321 (C.A.).
- Procureur général du Québec c. Bégin, 1955 R.C.S. 593, 21 C.R. 217, 112 C.C.C. 209 (C.S.C.).
- R. c. Ali and Hussein, (1965) 2 All E.R. 464 (Court of Criminal Appeal).
- R. c. Ameer, 1977 Crim.L.R. 104.
- R. c. Auger et Al. (no.2), C.S. Mtl. no 01-7626-75, 4 décembre 1975 (J. C. Bisson).
- R. c. Barker, (1941) 2 K.B. 281.
- R. c. Bing Ho et Al., (no 4), B.C. Cty. Ct., 19 novembre 1976 (J. Paris).
- R. c. Benteau, (1976) 24 C.C.C. (2d) 96 (Ont. H. Ct.).
- R. c. Black et Al., (1970) 4 C.C.C. 251, 10 C.R.n.s. 17, 72 W.W. R. 407 (C.A. C.-B.).
- R. c. Böttley, (1929) 51 C.C.C. 384 (C.S. Alberta).
- R. c. Boutilier et Melnick, (1977) 35 C.C.C. (2d) 555 (C.S. N.-F.).
- R. c. Burnett and Lee, 1973 Crim.L.R. 748.
- R. c. Chapman et Grange, (1973) 11 C.C.C. (2d) 84 (C.A. Ont.), 20 C.R.n.s. 142.
- R. c. Cheng et Al., (1977) 33 C.C.C. (2d) 441 (Vancouver Cty. Ct.).

- R. c. Court, 1962 Crim. L.R. 697.
- R. c. Dass, (1978) 39 C.C.C. (2d) 463 (C.A. Man.).
- R. c. Delio, (1972) 18 C.A.N.S. 261.
- R. c. Demeter, 25 C.C.C. (2d) 417, 10 O.R. (2d) 321 (C.A. Ont.), (1975) 19 C.C.C. (2d) 321, 6 O.R. (2d) 83 (Ont. H. Ct.).
- R. c. Demicoli, 1971 Q.D.R. 358.
- R. c. Derington, 2 C. and P. 418.
- R. c. Desjardins et Sureau, C.S. Mtl. no 74-9150-18, 18 octobre 1974 (j. Bisson).
- R. c. Douglas, (1977) 33 C.C.C. (2d) 395 (C.A. Ont.).
- R. c. Doyle, (1886) 12 O.R. 347.
- R. c. Dubé, C.A. C.-B., 5 janvier 1978 (j. Farris).
- R. c. Dunn, (1976) 33 C.R.n.s. 299 (N.S. Cty. Ct.), 28 C.C.C. (2d) 538, 16 N.S.R. (2d) 527.
- P. c. Duroussel, (1933) 59 C.C.C. 263 (C.A. Man.).
- R. c. Elin, C.S.P. Mtl., no 01-009859-759, 14 février 1977, (j. Longtin).
- R. c. Elliot et Al., non rapporté.
- R. c. Faulder, Faulkes and Johns, 1973 Crim.L.R. 45.
- R. c. Fitton, 1956 R.C.S. 958.
- R. c. Foll, (1957) 21 W.W.R. 481 (C.A. Man.), 118 C.C.C. 43, 26 C.R. 68, (1956) 19 W.W.R. 661, 117 C.C.C. 19, 25 C.R. 69 (B.R. Man.).
- R. c. Forsyth et Al., (1977) 33 C.C.C. (2d) 523 (C.P. C.-B.).
- R. c. Gabourie et Al., (no 1) (1976) 31 C.C.C. (2d) 471 (C.P. C.-B.).
- R. c. Gagnon, C.S.P. Chicoutimi, no 150-27-003106-77, 7 février 1978 (j. Gagnon).
- R. c. Gibson, (1919) 1 W.W.R. 614 (C.S. Alberta).
- R. c. Glynn, (1972) 1 O.R. 403, (1971) 15 C.R.n.s. 343 (C.A. Ont.), 5 C.C.C. (2d) 364.
- R. c. Haase, (1965) 45 C.R. 113 (C.A. C.-B.).

R. c. Hancock and Proulx, (no 4) (1975) 6 W.W.R. 204, 32 C.R.n.s. 93 (C.P. C.-B.).

R. c. Hancock and Proulx, (no 7), (1975) 6 W.W.R. 225 (C.P. C.-B.).

R. c. Ho, (1976) 32 C.R.n.s. 339.

R. c. Hollyoake et Al., (no 2) (1976) 27 C.C.C. (2d) 66 (C.P. Ont.).

R. c. Honan, (1912) 26 O.L.R. 484, (1913) 20 C.C.C. 10 (C.A. Ont.).

R. c. Ireland, (no 1) 1970 S.A.S.R. 416, 126 C.L.R. 321.

R. c. Jensen et Al., (1962) 38 C.R. 234, 39 W.W.R. 321 (C.Mag. C.-B.).

R. c. K., (1972) 5 C.C.C. (2d) 46 (C.S. C.-B.).

R. c. Kalo et Al., (1976) 28 C.C.C. (2d) 1 (Ont. Cty. Ct.).

R. c. Kaminsky et Boorne, Ont. Cty. ct. 15 oct. 1976 (J. McNeely).

R. c. Kanester, (1966) 55 W.W.R. 705 (C.A. C.-B.).

R. c. Kostachuck, (1930) 2 W.W.R. 469 (C.A. Sask.).

R. c. Lafrance, (1972) 19 C.R.n.s. 80 (C.A. Ont.).

R. c. Leatham, (1861) 8 Cox C.C. 498, 121 E.R. 689, 25 J.P. 468, 3 L.T. 777, 30 L.J.Q.B. 205, 3 E and E 658.

R. c. Lee, (1973) 60 Crim. App. R. 150.

R. c. Lee Hai et Al., (1935) 64 C.C.C. 49 (C.A. Man.).

R. c. Lesarge, (1976) 26 C.C.C. (2d) 388 (C.A. Ont.).

R. c. Wai Ting Li, (no 2) (1976) 33 C.C.C. (2d) 108 (B.C. Cty. Ct.).

R. c. Lockheart, (1785) 1 Leach 386.

R. c. Lucas, 1977 Crim.L.R. 104.

R. c. Malinouski, 31 Cr. App. R. 116.

R. c. Martin, (1961) 35 C.R. 276 (C.S. Alberta).

R. c. McAnish and Cook, (1974) 15 C.C.C. (2d) 494 (O.P. C.-B.).

R. c. McCorkell, (1964-65) 7 Crim.L.O. 395.

- R. c. McEirilly, (1973) 60 Crim. app. R. 150.
- R. c. McLean, (1979) 1 W.W.R. 721 (C.S. Alberta).
- R. c. McLeod, 1968 S.C.R. 101.
- R. c. McNamara, (1951) 99 C.C.C. 107 (C.A. Ont.).
- R. c. Mealy, (1974) 60 Crim. app. R. 59.
- R. c. Miller and Thomas, (no 1) (1975) 28 C.C.C. (2d) 94 (B.C. Cty. Ct.).
- R. c. Miller and Thomas, (no 3) (1975) 28 C.C.C. (2d) 181 (B.C. Cty. Ct.).
- R. c. Miller and Thomas, (no 4) (1976) 28 C.C.C. (2d) 128 (B.C. Cty. Ct.).
- R. c. Montani, (1974) 26 C.R.n.s. 339 (C.P. Ont.).
- R. c. Mosey, (1784) 1 Leach 265, 168 E.R. 235.
- R. c. Muisi, (no 1) (1974) 11 N.S.R. (2d) 104 (C.A.N.E.).
- R. c. Murphy, 1965 N.I. 138.
- R. c. Noor Mohamed, (1949) 1 All E.R. (P.C.) 365, A.C. 182.
- R. c. Nowell, 32 C.A.R. 173.
- R. c. Ormerod, (1969) 2 O.R. 230, 4 C.C.C. 3 (C.A. Ont.).
- R. c. Paris, (1957) 118 C.C.C. 405 (C.A. Qué.).
- R. c. Payne, (1963) 1 All E.R. 848, 1 W.L.R. 637 (Ct. of Criminal Appeal).
- R. c. Pearson et Al., (1969) 66 W.W.R. 380 (C.S. C.-B.).
- R. c. Pettipiece, (1972) 7 C.C.C. 133, 18 C.R.n.s. 236 (C.A. C.-B.).
- R. c. Phillion, (1973) 2 O.R. 209, 5 O.R. (2d) 656.
- R. c. Robinson, (1977) 4 W.W.R. 697 (B.C. Cty. Ct.).
- R. c. Robinson et Al., (no 9) C.S. C.-B. 18 novembre 1977 (J. Mackoff).
- R. c. Rosen et Al., (1980) 13 C.R. (3d) 214 (C.S.C.) conf. (1977) 30 C.C.C. (2d) 505 (Ont. H.C.).
- R. c. Rourke, (1977) 35 C.C.C. (2d) 129 (C.S.C.).

- R. c. St. Lawrence, 1949 O.R. 215, 93 C.C.C. 376, (1950) 7 C.R. 464.
- R. c. Sang, (1979) 2 All E.R. 1222 (Chambre des Lords).
- R. c. Schubert, (1977) 5 W.W.R. 292, 40 C.R.n.s. 26 (C.P. C.-B.).
- R. c. See Chun Chan, 34 C.R.n.s. 388, 4 W.W.R. 740, 32 C.C.C. (2d) 255 (B.C. Cty. Ct.).
- R. c. Senat et Sin, 1968 Crim.L.R. 269, 10 Crim.L.O. 380.
- R. c. Sims, (1946) 31 W. app. R. 158.
- R. c. Sigmund et Al., (1968) 1 C.C.C. 92, 60 W.W.R. 257 (C.A. C.-B.).
- R. c. Simpson et Al., (no 1) (C.S. C.-B.) 4 mai 1979 (j. Bouck).
- R. c. Sommerville, (1963) 3 C.C.C. 240 (C.A. Sask.).
- R. c. Steinberg, (1967) 1 O.R. 733, 3 C.C.C. 48 (C.A. Ont.), 9 Crim.L.O. 384.
- R. c. Stewart, (1980) 21 A.R. 300 (C.A. Alberta).
- R. c. Thorpe, (1973) 11 C.C.C. (2d) 502 (Ont. Cty. Ct.).
- R. c. Verigin, C.P. C.-B., 18 avril 1980, (j. D'Andrea).
- R. c. Voisin, (1918) 1 R.B 531.
- R. c. Vransy et Al., Ont. Cty. Ct., 17 janvier 1977 (j. Cromarty).
- R. c. Wai Ting Li, (no 2) (1976) 6 W.W.R. 146, 33 C.C.C. (2d) 108 (B.C. Cty. C.).
- R. c. Walch et Al., (C.P. Ont.) 10 février 1976, (j. Brown).
- R. c. Warickshall, (1783) 168 E.R. 234, 1 Leach 263.
- R. c. Watson, (1977) 39 C.R.n.s. 334 (B.C. Cty. Ct.).
- R. c. Welsh and Ianuzzi, (no 6) (1977) 32 C.C.C. (2d) 363, 15 O.R. (2d) 1 (C.A. Ont.).
- R. c. Wernham, (1977) 1 W.W.R. 473 (Alta. Dist. Ct.).
- R. c. Wong, (no 1) 33 C.C.C. (2d) 506 (C.S. C.-B.).
- R. c. Wray, 1971 R.C.S. 272, (1970) 4 C.C.C. 1, 11 C.R.n.s. 235, 11 D.L.R. (3d) 673 (C.S.C.).
- Re Bell Telephone Co. of Canada, 1947 O.W.N. 651, 89 C.C.C. 196 (Ont. H.C.).

Re Copeland and Adamson et Al., (1972) 3 O.R. 248, 7 C.C.C. (2d) 393, 28 D.L.R. (3d) 26 (Ont. H.C.).

Re Regina and Carpenter, (1972) 5 C.C.C. (2d) 28 (Ont. H.C.).

Re Sheeham and The Queen, (1974) 14 C.C.C. (2d) 23 (Ont. H.C.).

Re Spence, (1961) 37 W.W.R. 481 (C.A. Man.).

Re Vroom and Lacey and The Queen, (1974) 14 C.C.C. (2d) 10 (Ont. H.C.).

Re Wicks and Armstrong, (1928) 61 O.L.R. 667, 49 C.C.C. 281, 2 D.L.R. 210 (C.S. Ont.).

Re Zaduk and The Queen, (1979) 46 C.C.C. (2d) 327 (C.A. Ont.).

Rebrin c. Minister of Citizenship and Immigration et Al., 1961 R. C.S. 376.

Reliable Toy Co. c. Collins, 1950 O.R. 350 (C.A. Ont.).

Rochin c. California, (1952) 342 U.S. 165.

Rothman c. La Reine, (1981) 1 R.C.S. 640, (1979) 42 C.C.C. (2d) 377 (C.A. Ont.).

Sackler c. Sackler, (1964) 255 N.Y.S. (2d) 83.

Selvey c. Director of Public Prosecutions, (1968) 2 All E.R. 497, 1970 A.C. 304, (1968) 2 W.L.R. 1494, 132 J.P. 430.

Silvestro c. La Reine, 1965 R.C.S. 155, 2 C.C.C. 253, 45 C.R. 76 (C.S.C.).

Snyder c. Massachussets, 291 U.S. 97.

Sun c. La Reine, 1961 R.C.S. 70.

Terry c. Ohio, 393 U.S. 1..

U.S. c. Nagelberg, (1970) 434 F. (2d) 585.

Ward c. La Reine, (1979) 2 R.C.S. 30.

Warren, Gzowski et Co. c. Forst et Co., (1912) 46 R.C.S. 642 conf. (1911) 24 O.L.R. 282 (C.A. Ont.) conf. (1910) 22 O.L.R. 441 (Ont. Div. Ct.).

Weeks c. United States, (1914) 232 U.S. 383.

Wilkes c. Wood, (1766) 98 E.R. 489, 19 Howell's State Trials 1153.

Williams c. Williams, (1966) 8 Ohio Mis. C. 156, 221 N.E. (2d) 622.

Wolf c. Colorado, (1949) 338 U.S. 25.

Wong Kam Ming c. La Reine, (1979) 1 All E.R. 939 (P.C.), 2
W.L.R. 81.

TABLE DES MATIERES

Introduction.....	1
PREMIERE PARTIE: LES RAPPORTS ENTRE LA RECEPTION DES PREU- VES ET LEUR MODE D'OBTENTION.....	6
Chapitre 1 - Considérations générales.....	6
A- L'instance, l'enquête et l'administration de la jus- tice.....	6
B- Le rôle de la preuve dans la fonction judiciaire.....	12
1) L'équité, objectif judiciaire.....	12
2) Le fondement de la règle de recevabilité de la preuve pertinente.....	18
C- La discrétion judiciaire d'écarter la preuve perti- nente.....	20
1) L'intégrité judiciaire et l'administration de la justice.....	20
2) Les "exceptions" à la recevabilité de la preuve....	22
Chapitre 2 - La recevabilité de la preuve et le rôle de l'instance.....	26
A- Trois modèles de recevabilité.....	26
1) Le modèle de Common Law.....	26
2) Le modèle discrétionnaire.....	29
3) Le modèle d'exclusion.....	31
B- Le conflit des valeurs et le choix d'une politique... -	33
1) Le modèle discrétionnaire et l'éthique judiciaire..	33
2) Le contexte d'ouverture à la discrétion judiciaire.	37
3) La discrétion judiciaire: exception sui generis ou extension de la discrétion inhérente.....	40
Chapitre 3- L'exclusion fondée sur des considérations extra-judiciaires.....	45

A- Considérations institutionnelles.....	46
1- Le contexte.....	46
a) Le due process of law.....	46
b) La dissuasion.....	53
2- L'intégrité de la justice et l'intégrité judiciaire.....	56
a) L'abus de procédure.....	56
b) L'intégrité de la justice.....	59
c) Le recours constitutionnel.....	70
B- La recevabilité des preuves obtenues de la personne de l'accusé.....	74
1) Les aveux.....	76
a) Les règles de recevabilité des aveux.....	76
b) La preuve matérielle découlant d'un aveu.....	89
c) Autres solutions.....	92
1) La discrétion judiciaire fondée sur l'équité.....	92
ii) Extension extra-judiciaire du privilège contre l'auto-incrimination.....	94
iii) La non-contradictoire de l'accusé et les dé- clarations antérieures.....	95
2) Le privilège contre l'auto-incrimination.....	104
a) Au Canada.....	104
1) Le droit de l'accusé au silence.....	106
b) Le droit des aveux en Angleterre.....	115
3) Conclusion.....	124
 TITRE DEUXIEME: L'EXERCICE DE LA DISCRETION JUDICIAIRE....	126
 Chapitre premier - La discrétion judiciaire en Common Law..	127
A- Considérations générales.....	127
B- L'arrêt Kuruma et les "rebelles" de la discrétion....	113

C- La discrétion judiciaire.....	145
1) Au Canada.....	146
2) En Angleterre.....	156
Chapitre deuxième - La discrétion "légale".....	168
A- La recevabilité de la preuve et l'interception des communications privées.....	170
1) Le droit à l'intimité.....	170
2) La recevabilité des interceptions de communications privées avant 1974.....	172
3) L'intervention législative.....	173
B- Le choix d'un régime de recevabilité de la preuve dé- coulant directement ou indirectement d'une intercep- tion de communications privées.....	182
1) Le contexte législatif.....	182
2) La recevabilité des interceptions non légalement faites de communications privées, et des preuves en découlant.....	186
a) La preuve directe.....	186
b) La preuve dérivée.....	187
1- Le régime de recevabilité de la preuve dérivée avant l'entrée en vigueur des amendements de 1977.....	187
2- Les amendements de 1977 à la Partie IV.I in- versent le régime de recevabilité.....	193
i) La règle	194
a- L'importance relative de la présentation des preuves directes et indirectes d'in- terceptions.....	194
b- La recevabilité de la preuve et la police	196
c- L'obligation de faire état d'une inter- ception de communication privée.....	197
ii) L'exception.....	199
C- L'ouverture à la discrétion judiciaire d'écarter la	

preuve dérivée d'une interception non légalement faite de communication privée.....	203
1) La preuve qu'il y a eu interception: l'obstacle de la pertinence.....	203
2) La recevabilité des preuves dérivées d'intercep- tions légalement faites de communications privées..	210
a) L'écoute souffrant d'un vice de forme.....	211
b) La divulgation autorisée par l'une des parties à la communication privée.....	215
D- L'exercice de la discrétion judiciaire d'écarter la preuve dérivée d'une interception non légalement faite de communication privée.....	217
1) La doctrine.....	219
2) La jurisprudence.....	228
3) Les limites à l'application de l'article 178.16(2) du Code criminel.....	235
Conclusion.....	239
Renvois.....	242
Bibliographie.....	287
Articles.....	287
Monographies.....	291
Lois, Statuts, Débats législatifs.....	293
Documentation gouvernementale.....	295
Jurisprudence.....	297
Table des matières.....	I-IV