

L'EXCLUSION DE LA PREUVE ILLEGALEMENT OBTENUE ET LA CHARTE

CLAUDE-ANDRÉ LACHANCE*

Ottawa

Même si la common law refuse de voir dans le mode d'obtention de la preuve un motif d'exclusion de la preuve par ailleurs recevable, les juges de common law écartent à l'occasion des preuves dont la réception serait inéquitable pour l'accusé. Par ailleurs, l'article 178.16(2) du Code criminel et l'article 24(2) de la Charte des droits et libertés permettent aux juges d'écartier la preuve dont la réception serait susceptible de discréditer l'administration de la justice. Situé entre le modèle inclusionnaire issu de la common law et le modèle exclusionnaire américain, l'article 24(2) représente un compromis qui oblige le juge, placé devant une preuve irrégulièrement obtenue, à donner priorité à l'application régulière de la loi ou à la recherche de la vérité. Ce faisant, le juge doit évaluer les circonstances d'obtention de cette preuve en fonction de critères qu'il faut chercher dans le droit écossais et le droit australien, dans la doctrine et le cas échéant, dans les obiter dicta des juges canadiens qui acceptent le principe de l'exclusion exceptionnelle de la preuve irrégulièrement obtenue. En ce sens, l'article 24(2) soulève des considérations d'éthique judiciaire: il impose en effet des normes minimales de conduite, tout en permettant une certaine souplesse dans l'évaluation des circonstances d'obtention de cette preuve en fonction des caractéristiques propres à l'affaire.

Even if at common law evidence may not be excluded because of the manner in which it was obtained, the courts at times refuse to admit evidence if to do so would be unfair to the accused. On the other hand, section 178.16(2) of the Criminal Code and section 24(2) of the Charter of Rights and Freedoms permit judges to exclude evidence whose admission would be likely to bring the administration of justice into disrepute. Section 24(2), midway between the common law inclusionary model and the American exclusionary one, is a compromise which requires judges, when confronted with improperly obtained evidence, to give precedence to the due application of the law, or to the search for the truth. In so doing, they must consider the circumstances in which the evidence was obtained in light of criteria found in Scottish and Australian cases, in legal literature and, should it be necessary, the obiter dicta of Canadian judges, who accepted the rule that improperly obtained evidence may occasionally be excluded. Thus, section 24(2) raises questions of judicial ethics: it lays down minimal norms of conduct, while allowing a certain flexibility in the particular circumstances of each case in assessing the manner in which the evidence was obtained.

* Claude-André Lachance, of the Quebec Bar, Ottawa.

Introduction

L'entrée en vigueur de la Charte canadienne des droits et libertés a secoué les vieilles assises de la règle de common law, qui refuse de reconnaître comme motif valable d'exclusion le mode d'obtention de la preuve non autrement déficiente.¹ L'article 24 de la Charte lie en effet l'exclusion de la preuve aux cas de violation ou de négation des droits et libertés garantis dans celle-ci.² L'alinéa (1) de l'article 24 stipule un recours général pour la victime d'une violation, lequel recours a pavé la voie à l'exclusion de la preuve obtenue en contravention des droits et libertés garantis. Plus spécifiquement, l'alinéa (2) prononce l'irrecevabilité d'éléments de preuve qui risqueraient de déconsidérer l'administration de la justice.

La common law en se confinant pour décider de la recevabilité de la preuve aux seules considérations intrinsèques à l'instance, pertinence, valeur probante et exceptions ou limitations reconnues, privilégie l'objectif judiciaire jugé prééminent qu'est la recherche de la vérité.³ Pour sa part, la Charte sanctionne, par le recours exclusionnaire, la complémentarité entre l'éthique judiciaire et la notion plus large, qu'il conviendra de définir, d'intégrité de l'administration de la justice.

La présentation de la preuve est le point de contact entre deux composantes de l'administration de la justice: l'enquête et l'instance. Chacune de ces composantes obéit à ses règles propres. Le tribunal peut-il alors impunément, c'est-à-dire sans s'en trouver discrédité, ignorer, comme semble le suggérer le professeur Wigmore, l'irrégularité qui a permis de débusquer la preuve?⁴ La règle inclusionnaire préconisée par la common law et le recours exclusionnaire prévu dans la Charte des droits et libertés semblent se contredire sur ce point.

Par ailleurs, la common law enjoint le tribunal saisi d'une affaire criminelle à traiter l'accusé de façon équitable. À cet effet, le juge se trouve

¹ Dans *Kuruma v. The Queen*, [1955] A.C. 197, à la p. 203, [1955] 1 All E.R. 236, à la p. 239 (P.C.), Lord Goddard C.J. énonçait en ces termes la règle première de recevabilité de la preuve: "The test to be applied in considering whether evidence is admissible is whether it is relevant to the matters in issue. If it is, it is admissible and the court is not concerned with how the evidence is obtained."

² Loi constitutionnelle de 1982, c. 11 des Statuts de 1982 (G.-B.).

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

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

³ Frank J. McGarr, *The Exclusionary Rule: An Ill Conceived and Ineffective Remedy* (1961), 52 J. Crim. L. C. & P. S. 266, à la p. 267.

⁴ J.H. Wigmore, *Evidence* (McNaughton Rev., 1961), § 2183. Voir aussi Ontario Law Reform Commission, *Report on the Law of Evidence* (1976).

investi de pouvoirs résiduels, et en particulier celui d'écarter la preuve dont la réception serait inéquitable pour l'accusé.⁵ La réconciliation des fondements respectifs de la discrétion judiciaire émanant de la common law et de la règle exclusionnaire prévue dans la Charte faciliterait la tâche des juges confrontés à une preuve irrégulièrement obtenue. Le propos de cet article est de dégager les caractéristiques de ces fondements en fonction d'une acception généreuse de la notion d'éthique judiciaire.

Le plan de l'article s'articule autour de quatre têtes de chapitre, le rôle de la preuve, la discrétion judiciaire d'écarter la preuve irrégulièrement obtenue, le modèle exclusionnaire strict et l'exclusion de la preuve qui discrédite l'administration de la justice, formule que reprend l'article 24(2) de la Charte. En attendant que la Cour suprême du Canada ait à en décider, un survol de la jurisprudence embryonnaire sur cet article prédit l'émergence d'un moyen terme entre le modèle inclusionnaire et le modèle exclusionnaire.⁶

I. *Le rôle de la preuve*

En dépit de l'assertion péremptoire du contraire par les tenants d'une règle exclusionnaire des preuves irrégulièrement obtenues, il n'est pas évident, au premier abord, que le mode d'obtention de la preuve doit influencer sur la réception de la preuve à l'instance. En effet, pour qui se réclame de la branche anglo-canadienne de la common law, le rôle premier de l'instance, pour ne pas dire son seul rôle, c'est la recherche de la vérité.⁷ Ce rôle, qui se double d'une obligation concurrente, celle d'assurer à l'accusé un procès équitable, est encadré de garanties procédurales qui procèdent de la mise en oeuvre de principes généraux. Ces principes constituent les assises du système judiciaire pénal: non-contrainabilité de l'accusé, obligation pour la Couronne de prouver la culpabilité hors de tout doute raisonnable, la maxime *nemo debet prodere seipsum*, pour ne nommer que les plus

⁵ *Kuruma v. The Queen*, *supra*. note 1, aux pp. 204 (A.C.), 239 (All E.R.); *contra La Reine c. Wray*, [1971] R.C.S. 272, aux pages 299-300, par le juge Judson.

⁶ Requête pour permission d'appeler à la Cour suprême accordée dans *R. v. Therens* (1983), 5 C.C.C. (3d) 409, 33 C.R. (3d) 204 (Sask. C.A.); *R. v. Trask* (1983), 6 C.C.C. (3d) 132 (Nfld. C.A.); *Re Mills and the Queen* (1983), 2 D.L.R. (4th) 576 (Ont. C.A.). Plusieurs commentateurs ont écrit sur l'exclusion de la preuve qui discrédite l'administration de la justice. Sans être exhaustif, voir, dans le contexte de l'article 178.16(2) du Code criminel, S.R.C. 1970, c. C-34, R. Penner, *Illegally Obtained Evidence and the Right to Privacy: Some Policy Considerations*, dans D. Gibson (éd.), *Aspects of Privacy Law* (1980), p. 355; dans le contexte de l'article 24(2) de la Charte, voir S. Cohen, *Criminal Procedure in Canada and the Charter of Rights and Freedoms*, dans V.M. Del Buono (éd.), *Criminal Procedure in Canada* (1982), p. 1; R.M. McLeod et al., *The Canadian Charter of Rights and Freedoms: The Prosecution and Defence of Criminal and other Statutory Offences* (1983), ch. 29; D. Gibson, *La Mise en Application de la Charte*, dans G. Beaudoin et W.S. Tarnopolsky (éd.), *La Charte Canadienne des Droits et Libertés* (1982), p. 613; E.G. Ewaschuk, *The Charter: An Overview and Remedies* (1982), 26 C.R. (3d) 54.

⁷ McGarr, *loc. cit.*, note 3.

importants. Guidés par ces principes, et soucieux d'assujettir la recherche de la vérité à l'obligation concurrente d'assurer à l'accusé un procès équitable, les juges et le législateur ont graduellement élaboré un ensemble de règles qui régissent le déroulement de l'instance.⁸ L'application régulière de la loi, c'est l'assurance d'une application uniforme des lois en vigueur dans le respect de la procédure criminelle établie pour assurer à l'accusé un procès équitable.⁹ Inversement, le rôle du juge n'est pas de critiquer les lois, mais de les appliquer selon les circonstances de l'affaire en cause. Le tribunal n'est pas appelé à faire déborder hors de l'instance des garanties de procédure rigoureusement intrinsèques à l'instance. Ces mêmes garanties de procédure n'impliquent aucunement un droit de regard sur d'autres paliers de l'administration de la justice, en particulier l'enquête. Le juge ne contrôle pas la police.¹⁰

Dans le cadre classique élaboré par la common law, la recevabilité de la preuve obéit à des règles qui font partie de la procédure criminelle, donc à des considérations intrinsèques à l'instance: pertinence, valeur probante, corroboration, crédibilité, etc. . . . , et à des exceptions extrinsèques clairement délimitées: privilèges de non-divulgaration de l'avocat et de non-contrainnabilité du conjoint, secrets d'État, etc. . . . En filigrane demeure bien sûr l'obligation résiduelle d'assurer à l'accusé un procès équitable qui trouve sa sanction dans la discrétion judiciaire sur laquelle nous reviendrons.

L'exemple des règles qui régissent la recevabilité des aveux antérieurs montre la logique de cette compartimentation de l'instance par rapport aux autres composantes de l'administration de la justice, mais aussi les difficultés que suscite dans l'application de ces règles l'exclusion de toute considération extrinsèque à l'instance. L'aveu antérieur fait à des personnes en situation d'autorité n'est pas recevable en preuve à moins qu'il n'ait été *volontaire*. Pour en décider, le tribunal tiendra un *voire dire* afin d'établir si l'accusé a été l'objet de mesures contraignantes de la part des policiers.¹¹ Cet exercice peut paraître imposer au tribunal l'obligation de porter un jugement sur la méthode d'enquête ayant permis d'obtenir cette

⁸ Gerald L. Gall, *The Canadian Legal System*, (2^e éd., 1983), pp. 108 et 109; Commission de réforme du droit du Canada, Document de travail no. 15: Les poursuites pénales, responsabilité politique ou judiciaire (1975), pp. 32 et s.

⁹ Pour la dimension procédurale de l'application régulière de la loi en common law, voir *Curr c. La Reine*, [1972] R.C. S. 889, aux pp. 897 et 898, par le juge Laskin; pour le refus de la common law de rejeter de par son seul mode d'obtention une preuve recevable en droit, voir *Kuruma v. The Queen*, *supra*, note 1, aux pp. 203 (A.C.), 239 (All E.R.); *La Reine c. Wray*, *supra*, Note 5, à la p. 288, par le juge Martland; voir aussi Ontario Law Reform Commission, *op. cit.*, note 4, p. 58.

¹⁰ *R. v. Sang*, [1980] A.C. 402, aux pp. 454-455, [1979] 2 All E.R. 1222, aux pp. 1245-1246 (H.L.).

¹¹ Phipson on Evidence (12^e éd., 1976), p. 337; *Rothman c. La Reine*, [1981] 1 R.C.S. 640.

preuve éminemment préjudiciable à l'accusé. Pourtant le fondement de la règle n'est pas de donner au juge l'occasion d'exclure un aveu à cause de son mode d'obtention, mais l'impossibilité de vérifier judiciairement l'exactitude ou la véracité de l'aveu.¹²

En effet l'accusé ne peut être contraint de témoigner. Le juge doit donc vérifier les modalités d'obtention de l'aveu en fonction des critères de recevabilité élaborés par la common law pour décider du caractère volontaire de la déclaration. La fiction qui sépare la recevabilité de la preuve à l'instance du mode d'obtention de cette preuve par les personnes en situation d'autorité est ainsi respectée. En effet le caractère volontaire de l'aveu permet au tribunal d'évaluer la crédibilité de la déclaration. Le mode d'obtention n'est pertinent que dans cette seule mesure et non comme facteur de recevabilité. Ce modèle, qui a l'avantage de la simplicité tout en évitant d'ouvrir une brèche dans la compartimentation de l'instance par rapport à l'enquête, laisse cependant songeur. En effet si c'est la crédibilité (ou la véracité) du témoignage qui est seule en cause, pourquoi les tribunaux refusent-ils de confirmer des aveux involontaires par le témoignage au procès de l'accusé?¹³ Pourquoi restreindre aux seules personnes en situation d'autorité une règle qui serait fondée sur la crédibilité impossible à évaluer d'un témoignage donné sous la menace, la crainte ou la promesse d'avantages? Pourquoi surtout, comme le souligne le juge Lamer dans l'arrêt *Rothman c. La Reine*,¹⁴ une telle règle alors que la common law reconnaît la discrétion judiciaire d'écarter une preuve à valeur probante douteuse mais dont la réception serait indûment préjudiciable à l'accusé?

Pour le juge Lamer qui répond à cette dernière question, le véritable fondement de la règle se trouverait dans le respect de la non-contrainabilité de l'accusé, principe essentiel du système judiciaire anglo-canadien. Or, par définition, un aveu est une preuve accablante qui peut pratiquement obliger l'accusé à s'en défendre en sortant de son mutisme. Si cet aveu a été obtenu par des tactiques irrégulières ou des moyens illégaux, c'est le principe même de la non-contrainabilité qui s'en trouve à la limite bafoué. Si, de plus, ce sont des agents de l'État qui ont utilisé ces moyens, la réception en preuve d'un tel aveu irrégulièrement obtenu discréditerait l'administration de la justice.¹⁵ Cette dimension éthique est absente du fondement reconnu. Nous reviendrons sur ces notes du juge Lamer dans l'arrêt *Rothman*. Qu'il nous suffise ici d'indiquer qu'on tente de trouver un fondement original aux règles de recevabilité des aveux antérieurs qui réponde mieux à l'essence véritable de cette exception notable au modèle inclusionnaire.

¹² *Ibrahim v. The King*, [1914] A.C. 599, aux pp. 610-611 (P.C.).

¹³ Ce sur quoi s'interroge le juge en chef Cartwright dans *La Reine c. Wray*, *supra*, note 5, à la p. 279.

¹⁴ *Supra*, note 11, aux pp. 690-691.

¹⁵ *Ibid.*, aux pp. 690 et s.

En Angleterre, le fondement historique de l'exception, à savoir incorporer une garantie judiciaire contre les abus des forces constabulaires, a fait place à une extension extra-judiciaire de la maxime *nemo debet prodere seipsum*.¹⁶ C'est par cette extension que le Conseil privé a accepté d'étendre à toutes les preuves obtenues de la personne de l'accusé les règles de recevabilité des aveux antérieurs. Il faut cependant s'interroger sur les modalités d'exclusion de telles preuves dans la mesure où la règle est limitée aux seules personnes en situation d'autorité et que le juge ne peut les écarter exclusivement de par leur mode d'obtention. Finalement dans la même affaire *Rothman* qui permettait au juge Lamer de formuler une nouvelle conception de la recevabilité des aveux antérieurs, le juge Estey, dissident, rejetait le fondement classique et les modalités d'application de la règle. Pour lui la règle procédait d'un double fondement éthique et idéologique qui lui permettait d'affirmer que toute manoeuvre des policiers qui ne respecte pas le droit de l'accusé au silence, et cela à tous les paliers de l'administration de la justice, discréditait cette dernière et autorisait le juge à écarter la preuve ainsi obtenue.¹⁷ Le juge Estey confirmait ainsi, pour les aveux antérieurs, l'extension de la discrétion inhérente du juge des faits d'écarter une preuve par ailleurs recevable, extension déjà préconisée par le juge Spence dans l'arrêt *La Reine c. Wray*.¹⁸

L'exemple des aveux antérieurs et des règles qui en régissent la recevabilité à l'instance montre assez bien la double difficulté qui confronte les tenants d'une acception intrinsèque à l'instance du rôle de la preuve dans le processus judiciaire de recherche de la vérité et les adeptes d'une complémentarité des diverses composantes de l'administration de la justice. En effet la preuve étant le point de contact privilégié entre l'enquête, ses pratiques et ses contrôles d'une part, et le procès, ses principes et sa procédure d'autre part, l'instance peut-elle ne pas tenir compte d'abus manifestes commis dans l'obtention de cette preuve, surtout si ces abus battent en brèche soit l'obligation d'assurer à l'accusé un procès équitable, soit l'un des principes qui encadrent la tenue du procès criminel? Si elle en tient compte pour les écarter, comment réconcilier ce geste avec la nécessité de *faire justice*, ou plus simplement, de rechercher la vérité? L'exclusion émane-t-elle d'un souci d'équité envers l'accusé qui transcende les confins étroits de l'instance ou d'une affirmation plus générale de l'éthique judiciaire? Y a-t-il une norme minimale au delà de laquelle le tribunal ne peut ignorer l'abus au risque de s'en trouver lui-même discrédité? Ces considérations d'ordre éthique opposent deux ensembles qui ne s'excluent pas forcément: l'intégrité judiciaire et l'intégrité de l'administration de la justice.

¹⁶ *R. v. Sang*, *supra*, note 10, aux pp. 436 (A.C.), 1230 (All E.R.).

¹⁷ *Rothman c. La Reine*, *supra*, note 11, aux pp. 650 et s.

¹⁸ *Supra*, note 5, aux pp. 304-305.

Il ne faut pas chercher dans la common law anglo-canadienne une justification systémique (comme en Écosse¹⁹) de l'adéquation entre l'intégrité judiciaire, fonction de l'application régulière de la loi, et l'intégrité de la justice qui est fonction de la respectabilité du système. Pourtant les tribunaux jouissent de pouvoirs discrétionnaires, inhérents ou statutairement conférés, qu'ils exercent, et qui sont susceptibles de combler, en partie au moins, le fossé éthique entre une conception trop utilitaire du rôle de la preuve à l'instance au nom de la poursuite d'un objectif fonctionnel comme la recherche de la vérité, et le respect de normes minimales dans la conduite des affaires pénales.

II. *La discrétion judiciaire*

A. *Modèle anglo-canadien*

Avant de parler des manifestations en common law de la discrétion judiciaire, postulons le constant refus de voir dans le mode d'obtention de la preuve un facteur d'exclusion qui ne pourrait se justifier par des considérations intrinsèques à l'instance et en particulier des règles de recevabilité reconnues par la procédure pénale. Ceci dit, les juges de première instance écartent à l'occasion certaines preuves par ailleurs recevables. Le Juge Freedman souligne cette "anomalie":²¹

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

Serait-ce que la common law, tout en réaffirmant un principe général, accepterait ponctuellement des juges une réprobation à l'endroit de méthodes rebutantes, laquelle se manifesterait par l'exclusion des preuves ainsi obtenues? Le vieil adage "truth, like all the good things, may be loved unwisely—may be pursued too keenly— may cost too much" trouverait dans ces cas une expression concrète.²² En dépit de ces exemples auxquels

¹⁹ T.B. Smith, *British Justice: The Scottish Contribution* (1961), p. 234; voir les dissidences des juges Estey et Lamer dans *Rothman c. La Reine*, *supra*, note 11.

²⁰ Lord Pearce dit de cette discrétion qu'elle émane "from the inherent power of the Courts to secure a fair trial for the accused": *Selvey v. Director of Public Prosecution*, [1970] A.C. 304, à la p. 360. [1968] 2 All E.R. 497, à la p. 528 (H.L.).

²¹ S. Freedman, *Admissions and Confessions*, dans R.E. Salhany et R.J. Carter (éd.), *Studies in Canadian Criminal Evidence* (1972), 95, à la p. 99; voir aussi les commentaires similaires du juge Lamer dans *Rothman c. La Reine*, *supra*, note 11, à la p. 688.

²² *Pearse v. Pearse* (1846), 1 De G. & Sm. 12, aux pp. 28-29, 63 E.R. 950, à la p. 957, per Knight Bruce V.C.; Perry Meyer, *Evidence in the Future* (1973), 51 Rev. du Bar.

se réfère le juge en chef Freedman, et qui rendent tangible la préoccupation des juges de la common law devant des abus qui, commis en dehors de l'instance, rejaillissent sur cette dernière et affectent sa crédibilité, l'injonction expresse qui refuse de voir dans le mode d'obtention un motif d'exclusion demeure le principe exclusif. Ce principe empêche de sanctionner officiellement l'exercice occasionnel de la discrétion judiciaire d'écarter une preuve par ailleurs recevable et d'en délimiter les conditions d'application.

Pourtant l'éthique judiciaire signifie concrètement quelque chose pour ces juges qui écartent, envers et contre la règle inclusionnaire et les règles de recevabilité, des preuves irrégulières. Par analogie, il faut comparer le cul-de-sac discrétionnaire en ce qui concerne l'exclusion des preuves à cause de leur mode d'obtention avec le cas mieux répertorié du sursis d'instance pour abus de procédure.²³ Ce dernier pouvoir ressort de la juridiction inhérente au tribunal, qu'un auteur a défini en ces termes:

... the inherent jurisdiction of the court may be defined as being the reserve or fund of powers, a residual source of powers, which the court may draw upon as necessary whenever it is just or equitable to do so, and in particular to ensure the observance of the due process of law, to prevent improper vexation or oppression, to do justice between the parties and to secure a fair trial between them.²⁴

Ces pouvoirs, qui s'ajoutent à la juridiction légale, à la procédure et aux règles de pratique, la common law en a régulièrement reconnu l'existence.²⁵ Le sursis d'instance en est une manifestation singulière.²⁶ Le sursis d'instance pour abus de procédure vise à protéger l'intégrité judiciaire.²⁷ Les procédures existent pour assurer à l'accusé un procès équitable tout en aidant le tribunal à faire justice. Toute utilisation abusive de ces procédures *discrédite* le processus et potentiellement tout le système.

Contrairement à la discrétion judiciaire d'écarter pour ce seul motif la preuve irrégulièrement obtenue, la common law accepte le principe du sursis d'instance pour abus de procédure, même si elle affirme d'autre part

can. 107, à la p. 118: "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"; voir aussi la discussion de ce que Meyer appelle, "The Conflict that Exists Between the Values of Truth and Justice", pp. 107-109; à ce sujet voir John Rawls, *A Theory of Justice* (1971).

²³ R. Grondin, *Le Sursis de Procédure pour Abus en Matière pénale*, thèse, Faculté de droit, Université d'Ottawa, 1981.

²⁴ I.H. Jacob, *The Inherent Jurisdiction of the Courts*, dans Lord Lloyd of Hampstead et G. Schwarzenberger (éd.), *Current Legal Problems*, vol. 23 (1970), à la p. 51.

²⁵ John A. Olah, *The Doctrine of Abuse of Process: Alive and Well in Canada* (1978), 1 C.R. (3d) 341.

²⁶ *Rourke c. La Reine*, [1978] 1 R.C.S. 1021, aux pp. 1041-1045.

²⁷ Commission de réforme du droit du Canada, *supra*, note 8, pp. 30 et s.

que le juge ne doit pas usurper à la Couronne le droit d'initier et de conduire les poursuites. Cette ambivalence se traduit par une grande prudence des tribunaux supérieurs qui hésitent à en codifier les conditions d'ouverture. L'éthique judiciaire est laissée à la discrétion du juge des faits.

Puisque la doctrine du sursis d'instance pour abus de procédure existe en parallèle à la discrétion judiciaire d'écarter la preuve irrégulièrement obtenue, qu'est ce qui distingue ces deux manifestations de la juridiction inhérente du juge pour que la common law accepte le principe de la première et refuse la seconde?

Dans les deux cas, l'intervention judiciaire fait appel à une acception éthique du rôle du tribunal dans le processus pénal. Que l'accusé soit l'objet, au nom de l'équité, de la sanction exclusionnaire de la preuve irrégulièrement obtenue, ou le sujet, au nom de l'éthique judiciaire, d'un sursis d'instance pour abus de procédure, le juge dans les deux cas se démarque de son rôle fonctionnel, la recherche de la vérité. Le traitement séparé que la common law réserve à ces deux manifestations de la juridiction inhérente annonce les difficultés d'interprétation de l'article 24 de la Charte des droits et libertés. L'alinéa (1) permettrait une sanction exclusionnaire de la preuve irrégulièrement obtenue si c'est là une réparation que le tribunal estime convenable et juste eu égard aux circonstances. La victime est alors l'objet de la sanction. L'alinéa (2) pour sa part lie l'irrecevabilité à l'utilisation d'une preuve, obtenue dans des conditions qui portent atteinte à un droit garanti par la Charte, utilisation qui *est susceptible de déconsidérer l'administration de la justice*. La victime est alors le sujet d'une sanction qui englobe la respectabilité du processus pénal.

La similarité conceptuelle entre la discrétion inhérente d'écarter la preuve irrégulièrement obtenue et le pouvoir du juge de surseoir à l'instance pour abus de procédure incitait le professeur Mewett à proposer l'exclusion des preuves irrégulièrement obtenues pour abus de procédure.²⁸

Le professeur soulignait d'abord la nature différente du processus d'identification d'un suspect d'une part, et d'un coupable d'autre part, ce qui rend illusoire la réglementation par l'instance, en fonction des garanties de procédure, des pratiques policières et de leurs règles de conduite propre. Bien que l'enquête et le procès soient tous deux soumis à l'application régulière de la loi, les règles de conduite des policiers n'obéissent pas aux mêmes normes rigoureuses qui, au procès, protègent l'inculpé par l'obligation faite au juge de traiter l'accusé de façon équitable. C'est sans doute la raison pour laquelle la common law hésite à faire déborder du procès sur l'enquête les garanties de procédure qui existent pour protéger l'accusé de l'arbitraire.

²⁸ A. Mewett, *Proof of Guilt in a Changing Society* (1967-68), 10 *Crim. L.Q.* 270, aux pp. 224 et s.

Les abus des policiers trouvent leur sanction dans des recours séparés, criminels ou civils et, corollairement, la procédure criminelle ne doit pas être utilisée dans sa dimension extrinsèque au procès pour sanctionner des abus commis en dehors de l'instance proprement dite.²⁹ Cette dialectique amène le professeur Mewett à refuser la règle exclusionnaire dans les cas de preuves illégalement obtenues.

Cependant le professeur Mewett assimile les irrégularités administratives, lorsque la loi n'a pas été violée, à un abus de procédure dans la mesure où la victime n'a aucun recours. Il serait alors inéquitable pour l'accusé-victime que soit acceptée une preuve irrégulièrement mais non illégalement obtenue et le juge pourrait l'écarter. Un tel geste pourrait alors se justifier par une extension extra-judiciaire de la doctrine d'abus de procédure. La distinction proposée par le professeur Mewett entre les preuves illégalement et irrégulièrement obtenues n'a cependant pas été reprise par les tribunaux.

Par ailleurs, en marge des suggestions des auteurs, le sursis d'instance reste pertinent à notre propos puisque ce recours est possible en vertu de l'article 24(1) de la Charte canadienne des droits et libertés lorsque les conditions s'y prêtent. En effet cet alinéa permet au juge d'imposer toute sanction pour laquelle il a juridiction.

Le troisième type d'intervention judiciaire qui permette au tribunal de réagir à des situations *inéquitables* ou *injustes*, c'est la discrétion quant à la sentence dans les cas où un acte criminel a été commis à l'instigation d'un agent provocateur. Le droit a pris un certain temps à décider à quel ordre juridictionnel appartenait cette discrétion. On a d'abord jugé correcte l'exclusion de la preuve lorsqu'un agent provocateur était impliqué. On a aussi préconisé le sursis d'instance. Finalement dans l'arrêt *R. v. Sang*,³⁰ la Cour affirmait que la défense "d'entrapment" n'existait pas en droit anglais et que l'exclusion de la preuve serait la reconnaissance indirecte de cette défense. En conséquence le juge ne peut exercer sa discrétion que pour mitiger la sentence dans les cas où l'accusé n'aurait pas commis le crime qu'on lui impute n'eussent été les agissements d'un agent provocateur. Au Canada, dans l'arrêt *Amato c. La Reine*,³¹ on en arrivait à des conclusions similaires.

Pour en revenir à cette manifestation de la discrétion inhérente qui permet au juge d'écarter une preuve dont la réception serait inéquitable pour l'accusé, nous avons vu que la common law ne permet pas aux juges, même si à l'occasion cela se fait, de justifier cette exclusion par les modalités d'obtention de la preuve. Quelles sont les limites reconnues pour

²⁹ A. Mewett, *Law Enforcement and the Conflict of Values* (1970), 16 McGill L.J. 1. Voir aussi les commentaires du juge Lamer au même effet dans l'arrêt *Rothman*, *supra*, note 11.

³⁰ *Supra*, note 10, aux pp. 432 (A.C.), 1226-1227 (All E.R.).

³¹ [1982] 2 R.C.S. 418.

l'application de cette discrétion judiciaire? Elles ont été énoncées dans l'arrêt *La Reine c. Wray*³² qui consacrait, en matière de recevabilité de la preuve, l'étanchéité de l'instance par rapport à l'enquête. Le juge Martland affirmait alors qu'il n'y avait aucune jurisprudence qui permît d'affirmer,—comme l'avait fait le juge Aylesworth de la Cour d'Appel d'Ontario—que le juge des faits pût écarter une preuve obtenue dans des conditions telles que sa réception *serait de nature à discréditer l'administration de la justice*.³³ Le juge ne peut qu'écarter la preuve pertinente mais à valeur probante douteuse si sa réception est indûment préjudiciable à l'accusé. Cette formulation qui se cantonnait à l'exercice de la discrétion reconnue dans l'arrêt *The King v. Noor Mohamed*,³⁴ sonnait le glas d'une reconnaissance limitée d'une discrétion exclusionnaire en réaction aux abus manifestes commis dans le cadre de l'administration de la justice et portés à l'attention du juge.

Mais à quoi donc faisait allusion le juge Aylesworth qui incitait les juges de la Cour suprême à se pencher sur la discrétion judiciaire d'écarter la preuve irrégulièrement obtenue? Peut-être à l'arrêt *King v. Reginam*,³⁵ dans lequel Lord Hodson affirme que le Ministère public ne doit pas profiter des abus commis dans l'obtention de la preuve, ou aux notes de Lord Parker dans l'arrêt *Callis v. Gunn*:³⁶

. . . in every criminal case a judge has a discretion to disallow evidence, even if in law relevant and therefore admissible, if admissibility would operate unfairly against a defendant. I would add that 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.

Quoiqu'il en soit, et même s'il ne s'est pas expliqué sur ses sources, il faut reconnaître au juge Aylesworth le mérite d'avoir le premier utilisé une formulation de la discrétion judiciaire qui a fait école et a trouvé plus tard sa place dans le Code criminel et la Charte des droits.³⁷ Pour sa part le droit anglais évoluait subséquemment dans une direction autonome qui trouvait son aboutissement dans l'arrêt *Sang*, lequel confirmait, comme l'arrêt *Wray*, l'extension de la discrétion inhérente aux seules preuves à valeur

³² *Supra*, note 5.

³³ *Ibid.*, à la p. 287. Voir aussi l'obiter dictum du juge Aylesworth: "In our view, a trial judge has a discretion to reject evidence, even of substantial weight, if he considers that its admission would be unjust or unfair to the accused, or calculated to bring the administration of justice into disrepute. . .", (1969), 9 C.R.N.S. 131, à la p. 133 (Ont. C.A.).

³⁴ [1949] A.C. 182, [1949] 1 All E.R. 365 (P.C.).

³⁵ [1969] 1 A.C. 304, [1968] 2 All E.R. 610 (P.C.).

³⁶ [1964] 1 Q.B. 495, à la p. 501, [1963] 3 All E.R. 677, à la p. 680 (Q.B.D.). (Mots mis en italiques par l'auteur).

³⁷ La même formule était retenue 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 de la 30^e Législature 1978-79, 1^{ère} lecture, le 7 février 1978.

probante douteuse mais à l'effet indûment préjudiciable à l'accusé; il étendait par ailleurs les règles de recevabilité des aveux aux preuves matérielles obtenues de l'accusé et clarifiait ainsi le courant jurisprudentiel issu de l'obiter dictum de Lord Goddard dans l'arrêt *Kuruma v. The Queen*.³⁸ Il refusait finalement l'exclusion de la preuve obtenue par un agent provocateur. Quant au droit canadien, il se cristallisait autour de l'arrêt *Wray*.

Ce court survol des diverses manifestations de la discrétion judiciaire d'écarter la preuve autrement recevable et en particulier la preuve irrégulièrement obtenue montre les atermoiements de la common law qui ne peut résoudre facilement la contradiction entre la nécessité de recevoir la preuve pertinente afin de "faire justice" et celle d'assurer à l'accusé un procès équitable.³⁹ Le sursis d'instance constitue une porte de sortie élégante pour les abus de procédure (même si les juges prennent bien soin d'insister sur le fait que le tribunal ne contrôle pas la conduite de l'accusation) en fonction de considérations intrinsèques à l'instance. En Angleterre l'extension à toutes les preuves obtenues de la personne de l'accusé des règles de recevabilité des aveux donne à l'équité une dimension quasi-extrinsèque et ouvre un recours judiciaire de caractère procédural à des pratiques d'enquête irrégulières. Enfin les juges ont refusé discrétionnairement d'admettre certaines preuves par ailleurs recevables, sans que l'on puisse en tirer un principe général. La common law n'a pas pu cependant élaborer un fondement éthique (à l'exclusion du fondement historique des règles de recevabilité en matière d'aveux) pour une discrétion judiciaire d'écarter la preuve irrégulièrement obtenue, soit en fonction de l'équité envers l'accusé, soit au nom de considérations inhérentes au respect de l'intégrité du système.

Les limites qu'impose la common law à la discrétion exclusionnaire s'expliquent peut-être, par la contradiction apparente entre le rôle de la preuve dans la recherche de la vérité—fonction principale du procès—et la sanction judiciaire d'abus commis à d'autres paliers de l'administration de la justice. La Cour suprême des États-Unis a résolu ce dilemme en donnant la première place à l'application régulière de la loi à tous les paliers de l'administration de la justice, ce qui a débouché sur une règle exclusionnaire stricte. On peut cependant regretter que la conception intégrée de la justice, qui permettait au Conseil privé d'accepter une discrétion exclu-

³⁸ *Supra*, note 1.

³⁹ *R. v. Sang*, *supra*, note 10, aux pp. 444-445 (A.C.), 1237 (All E.R.), per Lord Salmon, qui prend bien soin d'indiquer que ses commentaires sont donnés en obiter: "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". Pour la justification inverse de la recevabilité pour "rendre justice" voir *R. v. Wai Ting Li et al.* (No. 2), [1976] 6 W.W.R. 146, à la p. 157 (B.C. Co. Ct.); *R. v. Kalo et al.* (1976), 28 C.C.C. (2d) 1, à la p. 9 (Ont. Co. Ct.).

sionnaire pour les preuves obtenues inéquitablement de la personne de l'accusé, n'ait pas été retenue pour l'ensemble des preuves irrégulièrement obtenues.

B. *Le modèle discrétionnaire*

Faisant pendant à cette conception objective et utilitaire de la preuve dans le modèle de common law, le modèle discrétionnaire suppose une appréciation subjective de la preuve en fonction de critères qui vont au delà des 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'accusé.⁴⁰ Peut ou non se greffer à ces considérations une dimension subjective 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.

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 protecteur des droits de l'accusé. Si c'est au nom de l'éthique judiciaire qu'il refuse 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 pour sanctionner des actes répréhensibles commis en dehors du processus judiciaire proprement dit.⁴¹ Ce "saut" dialectique permet d'aboutir soit au modèle exclusionnaire plus ou moins strict, soit au modèle discrétionnaire plus ou moins large.

⁴⁰ "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'." Frankfurter J. dans *Rochin v. California*, 342 U.S. 165, à la p. 173 (1952).

⁴¹ Commission de réforme de droit du Canada, Rapport sur la Preuve, (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".

La prohibition discrétionnaire oblige le 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 cheminement sans cependant imposer de norme discrétionnaire. L'article 178.16(2) du Code criminel⁴² adopte le modèle exclusionnaire *facultatif* assorti d'une norme éthique contraignante. En effet le juge *peut* écarter une preuve dérivée d'une interception illégale de communication privée s'il est d'avis que son admission en preuve ternirait l'image de la justice.⁴³

D'autre part, la prohibition absolue que l'on retrouve à l'article 24(2) de la Charte débouche sur l'exclusion automatique des preuves obtenues dans des conditions telles qu'elles discréditent l'administration de la justice. Lorsque des preuves ont été obtenues à l'encontre des droits protégés par la Charte et dans des conditions susceptibles de discréditer l'administration de la justice, le juge doit les écarter. Il y a alors substitution au rôle fonctionnel de l'instance—recherche de la vérité—d'une fonction normative de protection des droits constitutionnellement reconnus aux citoyens. En ce sens le fondement du recours prévu à l'article 24(2) s'apparenterait au modèle exclusionnaire plutôt qu'au modèle discrétionnaire.

La discrétion judiciaire du droit écossais et du droit australien, la prohibition discrétionnaire facultative à l'article 178.16(2) du Code criminel et le modèle exclusionnaire *subjectif* à l'article 24(2) de la Charte, ont en commun la nécessité pour le juge, face à une preuve irrégulièrement obtenue, d'évaluer les conditions d'obtention de cette preuve et, le cas échéant, l'effet de l'exclusion ou de la réception sur le processus pénal. Selon quels critères d'appréciation le juge évaluera-t-il les abus commis?

En 1951, dans l'arrêt *Lawrie v. Muir*,⁴⁴ Lord Cooper formulait pour le droit écossais un modèle discrétionnaire qui reconnaissait formellement le conflit des valeurs auquel devait faire face le tribunal saisi d'une preuve pertinente et probante mais obtenue illégalement ou irrégulièrement. Contrairement à ses homologues anglais et canadiens qui ne voient dans la présentation de la preuve que la seule dimension utilitaire, en droit écossais le juge ne peut se porter garant d'abus du système qui dégradent le processus judiciaire. Par contre le juge ne peut faire totalement abstraction

⁴² Code criminel, S.R.C. 1970, c. C-34, mod. par la Loi modifiant le Code criminel, 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. par la 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 Corrections, S.C. 1976-77, 25 Eliz. II, vol. 2, c. 53 art. 10, sanctionnée de 5 août 1977.

⁴³ Dans *R. v. Heikel*, Cour du Banc de la Reine, (Edmonton), 28 mai 1984, le juge L.C. Wachowich écartait des preuves obtenues par suite d'une interception illégale de communication privée entre l'accusé, sa femme, et son avocat. Il justifiait sa décision par l'importance qu'accorde la common law au privilège de non divulgation et par la nécessité de donner au public l'assurance de la primauté du droit.

⁴⁴ [1950] S.L.T. 37.

du rôle institutionnel du tribunal qui est de faire justice. Dans ce contexte et face à cette contradiction, sans énoncer de principe général d'ordre moral, Lord Cooper énumère certains facteurs que le juge doit considérer dans l'exercice ponctuel de sa discrétion d'écarter ou de recevoir une preuve illégalement ou irrégulièrement obtenue.

Le juge doit, à toutes fins utiles, conclure de ses délibérations ce qui, en l'instance, serait le plus *grave*: libérer l'accusé ou passer sous silence l'abus. Il s'agit là aussi d'une conception utilitaire de la justice mais qui reconnaît la complémentarité fonctionnelle des diverses composantes de l'administration de la justice. Comme l'a dit Lord Cooper:⁴⁵

From the standpoint of principle it seems to me that the law must strive to reconcile two highly important interests which are liable to come into conflict—(a) the interest of the citizen to be protected from illegal or 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. Neither of these objects can be insisted upon to the uttermost. The protection of the citizen is primarily protection for the innocent citizen against unwarranted, wrongful and perhaps high-handed interference, and the common sanction is an action of damages. The protection is not intended as a protection for the guilty citizen against the efforts of the public prosecutor to vindicate the law. On the other hand the interest of the State cannot be magnified to the point of causing all the safeguards for the protection of the citizen to vanish, and of offering a positive inducement to the authorities to proceed by irregular methods.

Cette préoccupation éthique peut ou non se compléter d'une justification en équité de la discrétion judiciaire d'écarter la preuve irrégulièrement obtenue. C'est ce que laisse entendre l'extrait suivant de *The Queen v. Ireland*,⁴⁶ une affaire entendue devant la Haute cour d'Australie:

Whenever such unlawfulness or unfairness appears, the judge has a discretion to reject the evidence. He must consider its exercise. In the exercise of it, the competing public requirements must be considered and weighed against each other. On the one hand there is the public need to bring to conviction those who commit criminal offences. On the other hand there is the public interest in the protection of the individual from unlawful and unfair treatment. Convictions obtained by the aid of unlawful or unfair acts may be obtained at too high a price. Hence the judicial discretion.

Sont exprimées dans ces deux affaires les deux dimensions non nécessairement mutuellement exclusives que peut prendre la discrétion d'écarter la preuve irrégulièrement obtenue. La discrétion pourra d'une part se justifier de considérations éthiques lorsque la protection de l'intégrité du système pénal est en jeu. Le juge pourra alors aller jusqu'à une dénonciation de l'abus commis par les agents du ministère public indépendamment de tout autre recours ultérieur prévu par la loi. La discrétion pourra d'autre part s'articuler autour de l'obligation imposée aux agents de

⁴⁵ *Ibid.*, aux pp. 39-40.

⁴⁶ (1970), 126 C.L.R. 321, à la p. 335; *conf.* dans *Burning v. Cross* (1978), 52 A.L.J.R. 561 (Haute cour d'Australie).

l'État de respecter les droits du citoyen et de traiter celui-ci équitablement. L'équité prend alors une dimension extra-judiciaire qui permet au juge d'étendre à tous les paliers de l'appareil de la justice certaines des garanties de procédure offertes à l'accusé.

Dans l'un et l'autre cas, reste à déterminer l'angle de perception du juge face à des pratiques d'enquête dont il doit décider "l'acceptabilité", étant bien entendu, comme le soulignait le professeur Mewett, que l'identification d'un suspect n'a pas nécessairement à être astreinte aux mêmes garanties que celles qui prévalent au déroulement d'une instance pénale. Le juge doit-il adapter ces garanties procédurales au contexte particulier qui prévaut à l'enquête ou dicter *ex cathedra* les normes minimales de conduite acceptables dans une société démocratique? Doit-il juger du caractère équitable des règles administratives qui régissent le travail des policiers ou se contenter de dénoncer les abus flagrants? Dans l'arrêt *Rothman c. La Reine*,⁴⁷ le juge Lamer se penche longuement sur cette question. L'angle de perception qu'il favorise étant systématiquement repris par les juges qui ont eu à interpréter l'article 24(2) de la Charte, nous reproduisons ici les extraits pertinents de ce jugement:⁴⁸

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.-à-d. 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. . . . On doit s'attendre à ce que peu de personnes coupables 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. Comme je l'ai déjà dit, 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. . . . Pour décider si, dans les circonstances, l'utilisation de la déclaration dans l'instance ternirait l'image de la justice, le juge doit tenir compte de toutes les circonstances de l'instance, de la façon dont la déclaration a été obtenue, de la mesure dans laquelle on a porté atteinte aux valeurs sociales, de la gravité de l'accusation, de l'effet qu'aurait l'exclusion sur l'issue des procédures. Il faut aussi se rappeler qu'une enquête en matière criminelle et la recherche des criminels ne sont pas un jeu qui doit obéir aux règles du marquis de Queensbury. Les autorités, qui ont affaire à des criminels rusés et souvent sophistiqués, doivent parfois user d'artifices et d'autres formes de supercherie, et ne devraient pas être entravées dans leur travail par l'application de la règle. Ce qu'il faut réprimer avec vigueur, c'est, de leur part, une conduite qui choque la collectivité. Qu'un policier prétende être l'aumonier 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

⁴⁷ *Supra*, note 11.

⁴⁸ *Ibid.*, aux pp. 689, 693, 697.

quotidienne d'insuline et utiliser sa déclaration en preuve choquerait aussi la collectivité. Mais en général, se prétendre toxicomane pour démanteler un réseau de drogue ne choquerait pas, pas plus que se prétendre, comme en l'espèce, conducteur de camion pour obtenir la condamnation d'un trafiquant; en fait, ce qui choquerait la collectivité serait d'empêcher la police d'utiliser un tel artifice.

De plus l'angle de perception sera lui-même influencé par le caractère de la discrétion judiciaire qui peut se manifester de différentes façons comme le montrent les deux extraits tirés des affaires *Lawrie v. Muir et R. v. Ireland* citées plus haut selon que le juge favorise la respectabilité institutionnelle ou les droits de l'accusé. D'où l'utilité pour guider le juge d'un principe général. Même si la paternité de l'expression peut être reconnue au juge Aylesworth, la Commission de réforme du droit recommandait en 1975 la formulation suivante:⁴⁹

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

Indépendamment de la règle exclusionnaire préconisée par la Commission, l'expression "ternir l'image de la justice" dicte dans la conduite des agents de l'État un seuil de tolérance au delà duquel la fonction judiciaire perd sa justification. Cependant l'angle de perception—conduite qui scandalise—préconisé par le juge Lamer est fort étroit et d'aucuns l'ont critiqué lorsqu'appliqué au recours exclusionnaire de l'article 24(2) de la Charte des droits. Le principe général—exclusion des preuves susceptibles de discréditer l'administration de la justice—a pour sa part été incorporé aux recours exclusionnaires de l'article 178.16(2) du Code criminel et 24(2) de la Charte. Restent les considérations pertinentes à la détermination du caractère de la preuve incriminée, ces *conditions* d'obtention de la preuve qui portent atteinte aux droits de l'accusé. Une analyse de la doctrine et de la jurisprudence pertinente permet de dégager les facteurs les plus significatifs:

- (1) La violation des droits est-elle délibérée ou fait-elle suite à une erreur de jugement des policiers qui agissaient par ailleurs de bonne foi?
- (2) S'agissait-il d'un cas d'ignorance de la loi qui ne peut être tolérée?
- (3) 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?
- (4) L'admission de la preuve serait-elle injuste pour l'accusé?
- (5) L'accusé a-t-il d'autres recours à sa disposition que l'exclusion de la preuve?
- (6) Le juge doit considérer toutes les circonstances de l'affaire;

⁴⁹ *Op. cit.*, note 41, pp. 24-25, commenté p. 69.

- (7) L'intensité de l'atteinte à la dignité humaine et aux valeurs sociales considérée par rapport à la gravité du litige;
- (8) L'importance de la preuve incriminée dans la résolution du procès;
- (9) La dissuasion judiciaire envers les policiers;
- (10) Le tort causé à l'accusé et à d'autres personnes.

Terminons ce survol du modèle discrétionnaire sur un constat. Tout comme la jurisprudence écossaise et dans une moindre mesure l'australienne proposent un code discrétionnaire qui énumère les facteurs pertinents de l'exercice de la discrétion judiciaire en matière de recevabilité de preuves illégalement ou irrégulièrement obtenues, la jurisprudence canadienne devra élaborer avec le temps sa propre grille discrétionnaire. En effet le législateur n'a pas jugé bon, ni dans le corps de l'article 24(2) de la Charte qui se contente de référer le juge aux conditions d'obtention de la preuve incriminée, ni à l'article 178.16(2) du Code criminel d'incorporer statutairement un code discrétionnaire. Or le rapport Ouimet, la Commission de réforme du droit, le rapport McDonald associaient, dans leurs recommandations, un tel code à la discrétion judiciaire d'écarter la preuve qui discrédite l'administration de la justice.⁵⁰ Sinon il y a risque d'exclusions aléatoires, surtout en première instance.

Le modèle discrétionnaire libère le juge de l'arbitraire d'une compartimentation étanche entre l'enquête et l'instance. Le suspect et l'accusé étant la même personne, l'intégrité judiciaire peut, dans certains cas, mal s'accommoder d'une interprétation trop restrictive de l'application régulière de la loi, laquelle, en common law stricte, serait confinée aux garanties procédurales accordées à l'accusé au procès. De même, puisque le juge doit conduire l'instance en donnant à l'accusé l'assurance d'un traitement équitable, cette obligation peut être incompatible avec une conduite abusive des policiers qui se traduit par la présentation de preuves irrégulièrement obtenues.

L'éthique judiciaire et l'équité envers l'accusé seraient les deux fondements possibles d'une discrétion judiciaire *élargie*. Nous verrons que les recours prévus aux alinéas (1) et (2) de l'article 24 de la Charte des droits et libertés procèdent de l'un et de l'autre de ces fondements.

III. *Le modèle exclusionnaire strict*

Dans toute la doctrine, il y a sans doute peu de controverses aussi passionnées que celles suscitées par la règle exclusionnaire de la preuve irrégulière-

⁵⁰ Rapport du Comité canadien de la Réforme pénale et correctionnelle, Justice pénale et Correction: Un Lien à Forger (1969), p. 80; Commission de réforme du droit du Canada, Rapport sur la Preuve, *op. cit.*, note 41; Commission d'Enquête sur Certaines Activités de la Gendarmerie royale du Canada, deuxième rapport vol. 2, La Liberté et la Sécurité devant la Loi (1981), p. 1106.

rement obtenue.⁵¹ La règle elle-même est simple. Tout accusé dont les droits constitutionnels n'ont pas été respectés dans le processus d'enquête pourra demander au tribunal d'exclure les preuves qui en découlent. S'il y a eu violation effective de ces droits par des agents de l'État, le tribunal écartera automatiquement les preuves ainsi obtenues. Il doit y avoir relation causale directe entre l'abus et la preuve à écarter; seuls les agents de l'État sont visés; seul l'accusé peut invoquer la règle exclusionnaire.

Afin de mitiger les conséquences draconiennes de la règle dans la conduite d'un procès criminel, les tribunaux ont par ailleurs développé certaines exceptions qui elles-mêmes ne satisfont ni les défenseurs, ni les adversaires de la règle.⁵² Une nouvelle exception a récemment été préconisée par l'Administration américaine qui suggère d'exempter les irrégularités commises de "bonne foi" par les policiers.^{52a}

Il faut souligner que la règle inclusionnaire reste la règle générale aux États-Unis. L'exclusion de la preuve est basée sur des prérequis bien délimités. Seules les violations des droits constitutionnellement reconnus (et de l'interprétation judiciaire de leur signification) sont susceptibles d'aboutir à l'exclusion de la preuve ainsi obtenue. Contrairement à la Charte, la Constitution américaine et les Amendements ne prévoient aucun recours dans les cas de violation. Par une interprétation substantive du "due process of law", les tribunaux américains, ne craignant pas l'activisme judiciaire, se sont donnés pour rôle la mise en oeuvre et le respect des droits et obligations constitutionnellement reconnus.⁵³ Ils ont donc pu d'une part casser certaines lois jugées anticonstitutionnelles et d'autre part utiliser la procédure criminelle pour mettre en oeuvre les droits garantis aux citoyens. Après une longue évolution, le jeu combiné des quatrième, cinquième et sixième Amendements débouchait, en matière de saisies et perquisitions incriminantes, sur la règle exclusionnaire complétée, pour ce qui est des arrestations et aveux antérieurs, par la nécessité d'un avertissement préalable des policiers au suspect qui soit conforme à un test judiciairement formulé (Miranda Warnings).^{53a} Quoiqu'il en soit du fondement de

⁵¹ Adopté par la Cour suprême des États-Unis dans *Mapp v. Ohio*, 367 U.S. 643 (1961); Don Stuart commente l'état de cette polémique et cite les articles les plus récents dans ses notes sur l'affaire *R. v. Collins* (1983), 33 C.R. (3d) 130, aux pp. 133-134 (B.C.C.A.).

⁵² Daniel Bellemare, *L'écoute électronique au Canada* (1981), pp. 416 et s.

^{52a} Dans *United States v. Leon* 104 S. Ct. 3405 (1984), la Cour Suprême des États-Unis décidait, dans un verdict partagé 6-3, que la preuve obtenue en vertu d'un mandat techniquement défectueux obtenu de bonne foi par les policiers était recevable. Jugement rendu par le juge White avec une forte dissidence du juge Brennan. Voir aussi *Massachusetts v. Sheppard* 104 S. Ct. 3424 (1984).

⁵³ Marina Angel, *Substantive Due Process and the Criminal Law* (1977-78), 9 *Loyola U.L.J.* 61, aux pp. 63-64.

^{53a} *Miranda v. Arizona*, 384 U.S. 436 (1966); dans *R. v. Simmons*, 11 avril 1984, la Cour d'appel de l'Ontario se réfère à la règle énoncée dans *Miranda* dans le contexte de l'article 10 de la Charte (voir pages 28-30).

la règle qui a permis aux tribunaux de façonner une procédure criminelle dont les aspects extrinsèques se justifient par une interprétation substantive du "due process of law", la justification du modèle exclusionnaire reste la dissuasion de moyens d'enquête illégaux.

Soulignons que le prix à payer pour une règle exclusionnaire d'application stricte comme aux États-Unis, c'est la substitution, en cas de preuve obtenue irrégulièrement, d'un objectif politique, à savoir la protection des droits constitutionnels des citoyens, au rôle fonctionnel dévolu institutionnellement aux tribunaux, recherche de la vérité qui exige la réception de toute preuve pertinente. Comme le soulignent les tenants du modèle inclusionnaire de common law, les abus dans le mode d'obtention ne sont à cet égard que des *res inter alios acta* qui trouvent leur sanction dans une instance séparée.⁵⁴

Certains vont plus loin. Lorsqu'un accusé d'un crime grave se trouve libéré parce qu'une preuve indispensable pour justifier un verdict de culpabilité a été écartée à la suite d'une irrégularité technique commise par un policier durant l'enquête, c'est toute l'administration de la justice qui s'en trouve ainsi discréditée.⁵⁵ Ce à quoi rétorquent les tenants de la règle, le respect des droits constitutionnels des citoyens passe par celui de l'accusé. Il n'est pas nécessaire que les policiers commettent ces irrégularités pour combattre le crime et lorsqu'ils en commettent, il faut sanctionner les abus afin d'éviter qu'ils se reproduisent et se multiplient. Or, la règle exclusionnaire est le meilleur moyen connu d'obliger les policiers à respecter la loi.

Dallin Oaks, qui a étudié empiriquement cette question de l'efficacité de la règle exclusionnaire en tant qu'outil de dissuasion des actes irréguliers des forces de l'ordre, indique plusieurs motifs pour lesquels cet outil pourrait se révéler illusoire.⁵⁶ En particulier la morale policière pourrait ne pas recouper parfaitement l'éthique judiciaire et la condamnation du coupable pourrait dans certains cas constituer un objectif policier secondaire (Oaks donne l'exemple des maisons de jeu et de la prostitution). Quoiqu'il en soit, l'efficacité de la règle reste probablement improuvable, d'un côté

⁵⁴ *Procureur général du Québec c. Bégin*, [1955] R.C.S. 593, à la p. 602; *Hogan c. La Reine*, [1975] 2 R.C.S. 574, à la p. 595.

⁵⁵ Le juge Seaton dans *R. v. Collins*, *supra*, note 51, à la p. 146, cite en l'approuvant la dissidence du juge Black dans *Kaufman v. United States*, 394 U.S. 217, à la p. 237 (1969): "... although the rule is thought to deter unlawful police activity in part through the nurturing of respect for Fourth Amendment values, if applied indiscriminately it may well have the opposite effect of generating disrespect for the law and administration of justice".

⁵⁶ Dallin H. Oaks, *Studying the Exclusionary Rule in Search and Seizure* (1969-70), 37 U. of Ch. L.R. 665; *contra*: On the Limitations of Empirical Evaluations of the Exclusionary Rule: A Critique of the Spiotto Research and *United States v. Calandra* (1975), 69 N.W.U.L. Rev. 740; B. Canon, *The exclusionary rule: have critics proven that it doesn't deter police?* (1979), 62 *Judicature* 398; M.A. Lowenthal, *Evaluating the Exclusionary Rule in Search and Seizure* (1980), 9 *Anglo-Amer. L. Rev.* 238.

comme de l'autre, et la polémique continue.⁵⁷ La dissuasion reste cependant la justification courante de la règle. Mais il y en a d'autres.

Dans *Birdsell v. U.S.*,⁵⁸ le juge Friendly élaborait une justification différente qui apportait une dimension subjective par opposition au caractère objectif de la règle proprement dite, à savoir le "shock the conscience test". Les policiers ont-ils, dans l'obtention de la preuve, utilisé des moyens qui scandalisent ou, pour employer l'expression canadienne qui recoupe cette idée, des moyens qui discréditent l'administration de la justice? Même si cette justification éthique n'a pas été retenue aux États-Unis, le conflit des valeurs qui la sous-tend se retrouvera dans notre analyse du sens et de la portée de l'article 24(2) de la Charte.

Pour résumer, la règle exclusionnaire substitue au rôle fonctionnel de recherche de la vérité un rôle politique de sanction des violations par les policiers des droits constitutionnellement reconnus à l'accusé et, par cette sanction, vise la dissuasion de ces irrégularités, ce qui devient la justification de l'utilisation de la procédure pénale pour la poursuite d'objectifs extrinsèques. Même si la règle exclusionnaire peut s'expliquer par l'absence de recours prévus par la Constitution proprement dite et par le désir des tribunaux de donner effet à ses dispositions, la contrôle par ces derniers du processus d'enquête est fonction de l'efficacité de la règle. Or cette efficacité est difficile à démontrer.⁵⁹ De plus on a critiqué la règle de par son automaticité qui ne permet pas au juge de distinguer entre les irrégularités techniques et les abus graves ce qui a tendance à discréditer la règle et les tribunaux aux yeux du public. Si la défense de bonne foi était retenue,^{59a} la discrétion judiciaire qui devrait s'exercer pourrait amener les tribunaux à adopter le test préconisé par le juge Friendly du "shock the conscience".

Finalement on a reproché à la règle d'être incomplète en ce que seuls les accusés en "profitent".⁶⁰ En effet la victime innocente devra se contenter des recours alternatifs prévus par le droit: dénonciation, action civile en dommages, etc. . . . Le juge Burger concluait par ces mots: ". . . the whip of justice is diverted from the lawbreaker to the law enforcer, but they forget that both have broken some law."^{60a}

⁵⁷ Stuart, *loc. cit.*, note 51, à la p. 133: "The debate in the United States is at a stalemate".

⁵⁸ 346 F (2d) 775 (1965); dans *Olmstead v. United States*, 277 U.S. 438, à la p. 484 (1928), le juge Brandeis (dissident) endossait le concept d'intégrité de l'administration de la justice dans le contexte d'une règle exclusionnaire qui se justifierait "in order to maintain respect for law; in order to promote confidence in the administration of justice; in order to preserve the judicial process from contamination".

⁵⁹ Herbert L. Packer, *The Limits of the Criminal Sanction* (1968), p. 201.

^{59a} Voir note 52a, *supra*.

⁶⁰ "The criminal is to go free because the constable has blundered": le juge Cardozo dans *People v. Defore*, 150 N.E. 585, à la p. 587 (N.Y.C.A., 1926); Charles Alan Wright, *Must the Criminal go free if the Constable Blunders?* (1971-72), 50 *Texas L. Rev.* 736.

^{60a} W. Burger, "Who will Watch the Watchman?" (1964-65), 14 *Am. U.L. Rev.* 1.

IV. *L'exclusion de la preuve qui discrédite l'administration de la justice*

Le refus de la common law de voir dans le mode d'obtention de la preuve un motif d'exclusion incitait les auteurs, avant comme après la fin de non recevoir dans l'arrêt *Wray*, à recommander pour les uns une règle exclusionnaire s'inspirant de l'exemple américain et, pour les autres, une reconnaissance de la discrétion judiciaire d'écarter au besoin ces preuves illégalement ou irrégulièrement obtenues. Nous avons déjà attiré l'attention sur les propositions du professeur Mewett d'étendre aux preuves irrégulièrement obtenues la doctrine d'abus de procédure dont la sanction serait, dans de tels cas, l'exclusion de la preuve.

C'est cependant sur la légalité des interceptions de communications privées—l'écoute électronique—que le débat se faisait plus vif. Tout en insistant sur l'urgence d'interdire ou à tout le moins de réglementer ces interceptions, les auteurs exhortaient les tribunaux et le législateur à déclarer irrecevables les preuves obtenues directement ou indirectement par l'interception illégale d'une communication privée.⁶¹

Le Comité permanent de la Justice et des Questions juridiques, saisi de la question de l'écoute électronique, coupait la poire en deux en 1970 et, tout en reconnaissant l'urgence de légiférer en la matière, recommandait au gouvernement une règle exclusionnaire pour les interceptions illégales proprement dites mais inclusionnaire pour les preuves découlant de ces dernières.⁶² Après de multiples avatars, de longs débats et l'adoption préalable d'une formulation peu satisfaisante, le modèle discrétionnaire était finalement adopté pour la preuve découlant d'interceptions illégales, tel que le mentionne l'article 178.16(2) du Code criminel.⁶³

Finalement la Charte des droits et libertés prévoit à l'article 24 un recours exclusionnaire pour les preuves obtenues dans des conditions qui portent atteinte aux droits et libertés enchâssés. L'alinéa (1) permet au tribunal d'imposer la réparation qu'il estime convenable et juste eu égard aux circonstances y compris, le cas échéant, l'exclusion de la preuve qu'il serait inéquitable de recevoir. L'alinéa (2) prononce l'irrecevabilité d'éléments de preuve qui risqueraient de déconsidérer l'administration de la justice. Nous tenterons de dégager le fondement et les conditions d'exercice de ces deux recours.

⁶¹ Stanley M. Beck, *Electronic Surveillance and the Administration of Criminal Justice* (1969), 46 Rev. du Bar. can. 643.

⁶² 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.

⁶³ *Supra*, note 42.

A. *L'exclusion de la preuve dérivée d'une interception illégale de communication privée*

Le professeur Packer propose deux modèles pour l'analyse des considérations inhérentes à la recevabilité ou à l'exclusion de la preuve illégalement obtenue.⁶⁴ Le modèle du "due process", qui aboutit à une règle exclusionnaire, tient la preuve illégalement obtenue pour un facteur aberrant préjudiciable à la respectabilité du système qui autorise le juge à l'écarter de l'instance. Par cette sanction procédurale, le juge garantit les droits des citoyens par le biais de ceux de l'accusé. Le modèle du "crime control" reconnaît d'autre part à la société le droit de se défendre contre les criminels et la nécessité de punir les coupables. Le mode d'obtention de la preuve n'étant pas pertinent pour ce qui est de cette détermination, la preuve illégalement obtenue ne sera pas écartée pour ce seul motif. La sanction des abus commis par les policiers est fonction soit de contrôles administratifs distincts, soit d'une instance pénale ou civile indépendante.

Le modèle discrétionnaire pour sa part compare ces deux objectifs divergeants en cherchant un équilibre entre diverses composantes de l'intérêt public. Le juge Spencer énumère ces composantes dans l'affaire *Wai Ting Li*:⁶⁵

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.

Même si ces considérations restent valides dans l'exposition des facettes contradictoires de l'intérêt public, rappelons pour mémoire que le juge Spencer avait à interpréter l'ancien article 178.16(2)(b) qui, à partir d'une règle exclusionnaire de la preuve découlant de l'interception illégale d'une communication privée, conférait au juge des faits la discrétion de recevoir ces preuves si leur exclusion risquait de ne pas permettre au tribunal de faire justice. Sans vouloir retracer les péripéties législatives ayant entouré le choix d'un modèle de recevabilité de la preuve découlant de l'interception d'une communication privée, mentionnons que la version actuelle et probablement définitive fut incorporée au Code criminel dans les amendements de 1977 à la Loi sur la protection de la vie privée et représente la première apparition dans la législation du concept éthique

⁶⁴ H.L. Packer, *op cit.*, note 59, pp. 208 et s.

⁶⁵ *Supra*, note 39, aux pp. 157-158.

permettant au juge d'écarter la preuve qui discrédite l'image de la justice. Le contexte législatif dans lequel s'inscrit cette discrétion judiciaire illustre par ailleurs les difficultés qu'il y a à concilier les diverses manifestations de l'intérêt public et de dissocier la procédure pénale de la prohibition générale en matière d'écoute électronique.

Le partie IV.1 du Code criminel⁶⁶ interdit les interceptions de communications privées sauf, avec autorisation judiciaire, dans la poursuite d'enquêtes criminelles. Toute infraction est assortie de sanctions pénales et civiles contre les contrevenants. À titre de sanction additionnelle, la communication privée interceptée est irrecevable en preuve à moins qu'elle n'ait été obtenue conformément à l'autorisation judiciaire préalable; mais la preuve découlant de cette interception n'est pas irrecevable du seul fait que l'interception l'est. Cependant le juge *peut* écarter cette preuve s'il y a possibilité que sa réception ternisse l'image de la justice.

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.

Voici donc une activité, l'écoute électronique, que la société ne peut tolérer sauf dans le contexte de la lutte contre le crime. L'intérêt public se subdivise déjà et prend diverses dimensions.⁶⁷ À titre de sanction exemplaire, la règle générale de recevabilité des preuves illégalement obtenues ne s'applique pas aux preuves directes de communications illégalement interceptées. Mais pour éviter que certains criminels ne soient relâchés impunément, les preuves découlant d'interceptions illégales restent soumises à la règle générale. Le législateur fait cependant une concession à la morale en permettant au juge, envers et contre la règle de common law, d'écarter cette preuve découlant d'interceptions illégales lorsque sa réception pourrait ternir l'image de la justice. Cette dernière discrétion est clairement rattachée à une activité répréhensible que la société condamne (et craint). Pourtant la discrétion exclusionnaire est relative en ce sens que, même si cette preuve est jugée telle que sa réception discrédite l'image de la justice, le juge peut passer outre et décider que d'autres considérations prévalent et que cette preuve est nécessaire en l'instance.

L'exercice de la discrétion est fonction de deux analyses distinctes mais complémentaires. Le juge doit d'abord soumettre la preuve découlant d'une écoute illégale à une évaluation des circonstances d'obtention en fonction de l'étalon éthique qu'est "l'image de la justice", puis conclure sur un jugement moral quant à sa nature. Ensuite, par un exercice de

⁶⁶ *Supra*, note 42.

⁶⁷ Daniel Bellemare, *op. cit.*, note 52, souligne aux pp. 34 et s. la coexistence des 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."

casuistique, eu égard aux moyens pris, le juge doit décider si les fins du procès justifient, malgré le vice qui l'affecte, la réception de cette preuve qui, en elle-même, "ternit l'image de la justice" mais est nécessaire au tribunal pour faire justice. Dans ce cas, la divulgation judiciaire de l'abus constitue une sanction judiciaire propre qui aboutit finalement aux recours prévus dans la Partie IV.1 du Code criminel⁶⁸ et par la common law en général.

Pour écarter la preuve, l'abus devra être tellement sérieux que le juge ne pourra en conscience passer outre sans affecter l'intégrité même du tribunal. La recherche de la vérité passe alors au second plan derrière l'intégrité judiciaire par l'exclusion d'une preuve qui ternit l'image de la justice, y compris du tribunal. On voit que le fardeau imposé à quiconque invoque la discrétion judiciaire en vertu de l'article 178.16(2) du Code criminel est très lourd.

Dans quelques affaires où la défense tentait d'assimiler certaines erreurs techniques (que le juge peut d'ailleurs corriger *a posteriori*) à des preuves qui ternissent l'image de la justice, les juges ont repris à leur compte les commentaires du juge Spencer dans l'affaire *Wai Ting Li* et n'ont pas en conséquence écarté ces preuves.⁶⁹

Dans l'affaire *R. v. Braga*,⁷⁰ le juge a écarté une preuve découlant d'interceptions illégales à cause des "circonstances" de l'affaire sans plus élaborer. Cependant dans l'affaire *R. v. Samson*,⁷¹ le juge Borins, en écartant des preuves découlant de l'interception illégale d'une communication privée, insistait sur le caractère fondamental de l'infraction, la nécessité pour le tribunal de s'en démarquer, l'obligation en l'instance de faire passer la respectabilité éthique au dessus des considérations fonctionnelles de la recherche de la vérité et y ajoutait la nécessité de dissuader les policiers de contrevenir aux dispositions de la Partie IV.1 du Code criminel. Le juge Borins a conclu.⁷²

Taking into consideration all of the circumstances . . . it is my opinion that the admission of the derivative evidence would bring the administration of justice into disrepute. This has not been an easy decision to reach, because of its likely effect upon the case for the Crown. However the fundamental nature of the improprieties, and their magnitude, are such that discredit would be brought to the administration of justice were the court, on the one hand, to condemn the breach of the provisions of

⁶⁸ *Supra*, note 42.

⁶⁹ *R. v. Robinson et al.*, no. 9, B.C. S.C., le 18 novembre 1977, juge Mackoff; *R. v. Verigin*, B.C. Prov. Ct., 18 avril 1980, juge d'Andrea.

⁷⁰ (1982), 26 C.R. (3d) 269 (Ont. C.A.).

⁷¹ (1982), 29 C.R. (3d) 215, aux pp. 239 et s. (Ont. Co. Ct.). On peut affirmer que le juge Borins, la Cour suprême n'ayant pas eu à interpréter l'article 178.16(2) du Code criminel, a le plus exhaustivement analysé le fondement et les conditions d'exercice de la discrétion judiciaire d'écarter la preuve dérivée d'une interception illégale de communication privée.

⁷² *Ibid.*, aux pp. 239-240.

Part IV.1 by excluding the primary evidence, and on the other hand, to excuse the breach by admitting the derivative evidence. The reception of the derivative evidence would appear to be judicial condonation of unacceptable police behaviour. . . . To exclude primary evidence and to admit evidence derivative of it will, in my opinion, have no deterrent effect on police conduct.

L'accusé n'est nullement en cause quand il s'agit de l'exercice de la discrétion d'écarter la preuve découlant d'une interception illégale de communication privée. La discrétion n'opère pas en fonction du caractère inéquitable de son mode d'obtention. C'est une discrétion au fondement purement réactif qui obéit à des considérations d'éthique institutionnelle. La dissuasion peut ou non faire partie de l'exercice de cette discrétion. Dans le cas de l'écoute électronique, le soin qu'a mis le législateur à en réglementer l'utilisation par les forces de l'ordre peut, comme le souligne le juge Borins, autoriser le tribunal à dénoncer l'abus commis par le policier. Ce ne sont pas les droits de l'accusé qui trouvent leur sanction dans l'exclusion de la preuve. Dans le contexte de l'article 178.16(2) l'exclusion est décrétée pour sauvegarder la légitimité d'une interdiction sociale à titre de sanction additionnelle à celles prévues par ailleurs, dans le cas où l'abus est tel que le tribunal ne peut, en aucun cas, justifier aux yeux du public, quelque soit le volet de l'intérêt public qu'il invoque, la réception et l'utilisation de cette preuve.⁷³

Dans tous les sens du terme, il s'agit d'une conduite qui "scandalise la collectivité",⁷⁴ qui rend le recours exceptionnel. Soulignons que le recours discrétionnaire prévu à l'article 178.16(2) du code criminel est utile en soi par la divulgation potentielle des irrégularités en matière d'écoute électronique, que la preuve en soit écartée ou non.⁷⁵

B. *L'exclusion de la preuve obtenue en contravention de la Charte*

L'adoption en 1961 de la Déclaration canadienne des droits⁷⁶ avait fait applaudir les émules de l'activisme judiciaire qui voyaient dans le concept de l'application régulière de la loi la justification d'une dimension substan-

⁷³ *R. v. Thomas* (1982), 65 C.C.C. (2d) 252 (Ont. C.A.).

⁷⁴ "shock the conscience test".

⁷⁵ À l'occasion du débat en commission parlementaire sur l'introduction du recours discrétionnaire prévu à l'article 178.16(2), on justifiait entre autres cette exception aux règles générales de recevabilité de la preuve irrégulièrement obtenue par la nécessité, dans le cas des preuves découlant d'une interception de communication privée, de porter à l'attention du tribunal l'interception elle-même, même si celle-ci n'était pas en preuve. Cette dissuasion de pratiques policières irrégulières par la divulgation des moyens pris pour obtenir des preuves ultérieurement utilisées, en preuve, se justifie par le pourcentage élevé d'utilisation en preuve de preuves dérivées par rapport aux interceptions proprement dites. Voir Chambre des communes, Procès-verbaux et témoignages du Comité permanent de la justice et des Questions juridiques, 1976-77, 30^e Parlement; 2^e Session, Fascicule 24, aux pp. 41 et suivantes.

⁷⁶ Loi ayant pour objet la reconnaissance et la protection des droits de l'homme et des libertés fondamentales, S.C. 1960, c. 44.

tive de la procédure judiciaire qui pourrait aboutir, comme aux États-Unis, à une règle exclusionnaire des preuves obtenues en contravention des dispositions de la Déclaration. Ces espoirs se révélèrent vains. L'histoire de l'interprétation de la Déclaration par la Cour suprême dépasse ici notre propos⁷⁷ mais le modèle américain restait une obsession suffisamment vivace pour inciter le législateur à en écarter la possibilité dans la rédaction de la Charte.

Le concept d'application régulière de la loi était remplacé par la notion de "justice fondamentale", à la dimension procédurale exclusive bien circonscrite.⁷⁸ On ne voulait pas introduire par la petite porte une règle exclusionnaire stricte en donnant une extension extra-judiciaire aux droits des citoyens à des garanties de procédure, droits qui sont constitutionnellement enchâssés. Ce n'est que plus tard dans les débats parlementaires, par voie d'amendement, que les recours prévus à l'article 24 furent incorporés au texte originellement soumis au Parlement.⁷⁹ Cependant la formulation du recours exclusionnaire, spécialement à l'alinéa (2) de l'article 24, est susceptible de multiples interprétations quant à sa nature et sa portée, selon que l'on accepte pour fondement le modèle exclusionnaire américain ou le modèle discrétionnaire écossais. Selon le cas, l'exclusion des preuves obtenues à l'encontre des droits protégés sera plus ou moins exceptionnelle. De l'adoption par les tribunaux de l'un ou l'autre des modèles de recevabilité de la preuve irrégulièrement obtenue dépendra l'élaboration d'un *code* discrétionnaire ou exclusionnaire sans lequel l'exercice du recours prévu à l'article 24(2) demeurera aléatoire.

(1) *La nature du recours constitutionnel*

À l'article 24, la Charte prévoit deux types de recours, un recours général à l'alinéa (1) dont la sanction est laissée à la discrétion du tribunal, dans sa juridiction, et un recours complémentaire à l'alinéa (2) excluant la preuve qui discrédite l'administration de la justice.⁸⁰

Le recours général réitère les sanctions prévues par la loi qu'il ne contredit en rien.⁸¹ Ces sanctions incluent en particulier les pouvoirs qui

⁷⁷ Voir S. Cohen, *loc. cit.*, note 6, aux pp. 6 et suivantes. Voir aussi les commentaires du juge Howland aux pp. 12 et s. et du juge Tarnopolsky aux pp. 50 et s. dans *R. v. Simmons*, *supra*, note 53a.

⁷⁸ Voir André Jodouin, *La Charte canadienne des droits et libertés et l'élément moral des infractions* (1983), 61 *Rev. du Bar. can.* 211, à la p. 213. Ce qui n'empêche pas la confusion. Le juge Girouard se réclame pour interpréter la notion de justice fondamentale de la jurisprudence américaine qui reconnaît au "due process of law" un contenu substantif que n'a pas le concept de "justice fondamentale": *La Reine c. Vendetti, Marchand et al.*, C.S.M. no. 01-0073395-830, le 30 septembre 1983, juge Plouffe.

⁷⁹ Chambre des communes, Procès-verbaux et témoignages du Comité mixte spécial sur la Constitution, 1980-81, 32^e Parlement, 1^{ère} Session, Fascicule 48, p. 125.

⁸⁰ *Supra*, note 2.

⁸¹ Il convient cependant de reconnaître que l'enchâssement constitutionnel des recours

ressortent de la juridiction inhérente du tribunal, comme l'outrage au tribunal et le sursis d'instance. Par contre, comme la common law ne reconnaît pas la discrétion judiciaire d'écarter la preuve irrégulièrement obtenue, cette sanction judiciaire ne serait donc pas permise en vertu du seul alinéa (1), à moins d'être expressément reconnue, et en dépit du fait que la discrétion judiciaire résiduelle qui ressort des pouvoirs conférés au tribunal du fait de son existence pourrait en pratique résulter en l'exclusion d'une preuve qu'il serait "inéquitable de recevoir". Cette discrétion résiduelle, de par sa nature même, n'aurait pas pour fondement le mode d'obtention de la preuve incriminée mais plutôt l'inéquité de sa réception pour l'accusé qui devient l'objet de la sanction exclusionnaire.

C'est ici qu'intervient alors le recours de procédure défini à l'alinéa (2). Au premier abord il y a extension extra-judiciaire de la procédure pénale qui seule, en common law, dicte les conditions de recevabilité de la preuve. Cette contradiction apparente entre la sanction exclusionnaire des preuves qui discréditent l'administration de la justice et le précepte de la common law qui ne voit dans la preuve que sa seule dimension fonctionnelle et utilitaire illustre la différence de nature entre les deux recours prévus aux alinéas (1) et (2) de l'article 24.⁸² Le recours prévu à l'alinéa (2) ne pouvait exister à moins d'être expressément reconnu alors que les recours prévus à l'alinéa (1) existaient déjà en tout état de cause.⁸³ Cette différence essentielle nous permet de nous démarquer d'une certaine interprétation qui voit dans l'alinéa (2) une simple illustration des recours prévus de façon générale à l'alinéa (1), à moins que l'on ne reconnaisse, par le biais de la discrétion inhérente, la possibilité d'écarter des preuves qui discréditent l'administration de la justice, extension qu'a cependant refusée la common law anglo-canadienne.⁸⁴

à l'article 24 permet aux tribunaux de donner plein effet aux droits reconnus: Barry L. Strayer, *The Canadian Constitution and the Courts*, (2^e ed., 1983), p. 34.

⁸² Cette difficulté a été discutée dans *Jackie v. R.* (1983), 26 Sask. R. 294, à la p. 302 (Sask. Q.B.). Le juge Scheibel: "In Saskatchewan there are two tests to consider in determining whether the evidence should be excluded: the test of whether the exclusion is just and appropriate under s. 24(1), and the test of whether the admission of the evidence would bring the administration of justice into disrepute under s. 24(2)". Et aux pp. 303-304: "It is difficult to imagine a situation in which evidence has been obtained in a manner that infringed or denied a person's rights, and the circumstances are such that the admission of such evidence would not bring the administration of justice into disrepute and yet the same circumstances make it just and appropriate to exclude the evidence". Dans le contexte du seul alinéa (2), le juge Hoyt semble confondre, dans *R. v. Davidson* (1982), 29 C.R. (3d) 241 (N.B. Q.B.), le fondement de l'exclusion pour des considérations de morale institutionnelle et l'exclusion d'une preuve dont la réception serait inéquitable pour l'accusé (voir p. 248); il en va de même dans *R. v. Therens*, *supra*, note 6.

⁸³ Le juge Bergeron affirme dans *La Reine c. Clouate Tabah et Williams*, C.S.M. no. 500-011962-81, 22 nov. 1982, p. 10: "... l'article 24 apporte une modification à la juridiction de la Cour".

⁸⁴ *R. v. Donald Ward et al.*, Ont. Prov. Ct., 1^{er} sept. 1983; *R. v. Blackstock* (1982), 29 C.R. (3d) 249 (Sask. Prov. Ct.).

En résumé établissons à titre de constat préliminaire que l'exclusion de la preuve obtenue contrairement à un droit protégé, selon qu'elle a été décrétée en vertu de l'alinéa (1) ou (2) de l'article 24 de la Charte, ne se justifiera pas par fondement unique. L'exclusion des preuves obtenues en contravention des droits constitutionnellement reconnus se justifiera soit par la discrétion inhérente en vertu de l'alinéa (1) de l'article 24 lorsque le juge considère qu'il serait inéquitable pour l'accusé de recevoir cette preuve, soit par l'alinéa (2) si le juge établit subjectivement que le mode d'obtention de cette preuve se situe au delà de normes acceptables et de ce fait discrédite l'administration de la justice.⁸⁵ Le recours de procédure se transmute alors en sanction judiciaire d'actes extra-judiciaires. L'alinéa (2) n'est pas une simple illustration des pouvoirs généraux couverts par l'alinéa (1).

En ce sens le recours exclusionnaire constitutionnel est analogue à celui que prévoit l'article 178.16(2) du Code criminel, mais s'en distingue par son automaticité. Cette automaticité ne nie cependant pas la discrétion du juge dans l'évaluation subjective des circonstances ayant entouré l'irrégularité et il ne faut pas y voir, comme certains, une règle exclusionnaire procédurale stricte.⁸⁶ Mais n'anticipons pas. Tout comme l'exclusion de la preuve découlant de l'interception illégale d'une communication privée se justifie par la sanction exemplaire de contraventions commises par les policiers dans un secteur d'activité auquel la société attache une grande importance—les atteintes à la vie privée—de même le recours exclusionnaire prévu à l'article 24(2) est fonction d'atteintes aux droits civils et aux libertés fondamentales auxquels la société en général attache suffisamment de primauté pour avoir décidé de les enchâsser constitutionnellement.⁸⁷

Cependant l'automaticité du recours exclusionnaire stipulé à l'article 24(2) de la Charte ne permet pas au juge de donner prééminence à la recherche de la vérité sur les valeurs sociales qui sous-tendent les droits protégés. Le juge ne pourra pas véritablement justifier la recevabilité d'une preuve dont le mode d'obtention est susceptible de discréditer l'administration de la justice. Le juge n'exercera sa discrétion qu'en amont de l'instance dans laquelle le recours exclusionnaire est invoqué. Il devra relier objectivement l'irrégularité à un droit protégé, puis évaluer subjectivement la nature de l'irrégularité en fonction de l'appréciation en l'espèce de l'effet de cette irrégularité sur l'administration de la justice.^{87a} Si cette preuve a

⁸⁵ *R. v. Cohen* (1983), 33 C.R. (3d) 151 (B.C.C.A.); *R. v. Therens*, *supra*, note 6.

⁸⁶ *R. v. Simmons*, *supra*, note 53a, pp. 39-41; pour le juge Craig de la Cour d'Appel de la Colombie-Britannique, l'article 24(2) ne propose pas un modèle discrétionnaire: *R. v. Cohen*, *ibid.*, aux pp. 166-167; voir aussi *R. v. Davidson*, *supra*, note 82, à la p. 246; *R. v. Collins*, *supra*, note 51, à la p. 143, où l'on réfère à G.L. Peiris, *The Admissibility of Evidence Obtained Illegally: A Comparative Analysis* (1981), 13 *Ottawa L. Rev.* 309.

⁸⁷ *La Reine c. Belzille*, no. 100-01-00573-820, C.S. district de Rimouski, 14 février 1983, juge Cloutier, p. 3: "... le fait d'être enchâssés dans la Constitution donne à tous les droits préexistants une qualité nouvelle et en fait quelque chose de différent".

^{87a} *R. v. Simmons*, *supra*, note 53a, à la p. 39.

été obtenue dans des conditions telles que les moyens pris par les policiers ne puissent se justifier et discréditent la justice, le juge une fois arrivé à cette conclusion devra écarter la preuve: il y a sanction de procédure automatique. À propos, il faut distinguer ce processus qui fait appel à des considérations éthiques de la règle exclusionnaire américaine qui est strictement objective en ce qu'elle n'exige du juge que la seule détermination factuelle d'une atteinte aux droits constitutionnellement reconnus de l'accusé pour faire jouer la sanction exclusionnaire.

Dans le cas de l'article 178.16(2) du Code criminel, le juge doit cependant aller plus loin encore dans sa démarche discrétionnaire. Il doit en effet considérer, en plus des circonstances en amont de l'instance, les conséquences de l'exclusion de la preuve sur le déroulement ultérieur du procès. La recherche de la vérité reste un objectif prééminent, confronté à l'éthique judiciaire. L'antinomie entre les deux composantes de l'intérêt public, combinée à la règle générale en matière de recevabilité de la preuve, ne conduira qu'exceptionnellement à l'exclusion. Cependant, nous avons vu dans la partie précédente que l'existence de la discrétion pave la voie à d'autres recours. Cette discrétion "relative" est, au moins à première vue, plus contraignante pour la victime que la sanction automatique prévue dans le recours constitutionnel.

En dernière analyse, que l'exclusion de la preuve soit automatique ou conditionnelle, elle obéira dans les deux cas aux mêmes considérations de morale institutionnelle, sans rapport avec l'équité. C'est ce qui distingue ce type de discrétion judiciaire des garanties de procédure qui justifient, le cas échéant, l'exclusion en vertu de la discrétion inhérente en common law.

(2) *Les fondements du recours exclusionnaire*

Les modèles inclusionnaires et exclusionnaires stricts ont l'avantage de véhiculer la certitude inhérente à l'application systématique d'une règle aux fondements respectifs antinomiques. Le modèle discrétionnaire, pour sa part, fait appel à diverses considérations appartenant et n'appartenant pas à l'instance, ce que souligne Lord Cooper dans l'affaire *Lawrie v. Muir*.⁸⁸ Éthique judiciaire, dissuasion, utilitarisme, équité, sont tous des notions pertinentes à l'exercice de la discrétion. Que le juge justifie l'exclusion ou la réception de tel facteur ou ensemble de facteurs, le fondement de la discrétion pourra s'en trouver modifié et son exercice affecté. Par définition, le modèle discrétionnaire, médian des deux autres modèles de recevabilité, sera en pratique plus ou moins proche conceptuellement des modèles inclusionnaire ou exclusionnaire respectivement.⁸⁹

⁸⁸ *Supra*, note 44.

⁸⁹ *R. v. Collins*, *supra*, note 51, à la p. 143, par le juge Seaton; *R. v. Simmons*, *supra*, note 53a, à la p. 41.

Même dans le cas prévu à l'article 24(2), les juges ne sont pas limités dans l'évaluation des circonstances de l'affaire aux seules considérations "morales" que semble exprimer l'expression "discréditer l'administration de la justice".⁹⁰ En ce sens, les tribunaux qui ont eu à interpréter cette juridiction nouvelle ont lié celle-ci à des considérations de deux ordres: considérations qui tiennent à la protection des droits et libertés et considérations qui tiennent à l'éthique judiciaire.

(a) *La protection des droits et libertés*

En enchâssant les droits et libertés fondamentaux, la société a reconnu à ceux-ci une dimension symbolique. Concrètement, le tribunal est appelé à veiller au respect de ces droits par les agents de l'État, à défaut de quoi la Charte restera lettre morte.⁹¹ Il ne s'agit pas tant pour le tribunal de s'arroger, comme aux États-Unis, un rôle institutionnel prééminent dans la mise en oeuvre de ces droits, que de donner effet aux sanctions prévues par la Charte, lesquelles sont de deux ordres: les sanctions ordinaires prévues par la loi, qu'elles soient de caractère substantif ou de procédure, et une sanction additionnelle inhérente à l'application de la Charte elle-même qui est l'exclusion de la preuve recueillie par des moyens qui ne respectent pas les droits enchâssés. Pour certains juges, en fait sinon dans le texte, la discrétion judiciaire à l'article 24(2) n'en est pas une et toute irrégularité dans le mode d'obtention de la preuve qui puisse être reliée à un droit enchâssé discréditera par définition l'administration de la justice et devra être écartée. La seule discrétion du juge sera alors de déterminer s'il y a eu irrégularité et si cette irrégularité peut être reliée à la preuve en litige.⁹² L'exclusion n'est plus alors basée sur une évaluation subjective du degré de l'irrégularité ni de sa nature mais sur une sanction judiciaire par la dénonciation de l'irrégularité elle-même. Il y a alors sanction judiciaire des pratiques d'enquête et prééminence absolue des droits constitutionnels sur d'autres valeurs, comme la lutte contre le crime, la bonne foi, le rôle fonctionnel du tribunal, etc. . . .⁹³ Si le juge prend pour fondement exclusif la protection des droits enchâssés, il aboutit à l'exclusion automatique qui assimile le modèle discrétionnaire au modèle exclusionnaire strict.

Cette tendance jurisprudentielle inspire plusieurs réserves. Premièrement, l'adoption du modèle exclusionnaire n'est pas conforme à l'histoire législative de l'article 24(2). Il est clair que, pour le législateur, l'article n'incorporait pas une modification fondamentale du droit existant et devait

⁹⁰ Par exemple le juge Hoyt dans *R. v. Davidson*, *supra*, note 82.

⁹¹ Barry Strayer, *op. cit.*, note 81, p. 298.

⁹² *R. v. Cheryl Ann David* (1983), 10 W.C.B. 327 (Ont. Prov. Ct.); *R. v. Blackstock*, *supra*, note 84, à la p. 253.

⁹³ Barry Strayer, *op. cit.*, note 81, aux pp. 50 et s. Pour le juge Seaton la justification de l'article 24(2) n'est pas de sanctionner les policiers: *R. v. Collins*, *supra*, note 51, à la p. 144; *R. v. Rex*, no. C830263, B.C. Co. Ct., 5 juillet 1983, juge Wong.

rester d'application exceptionnelle.⁹⁴ Deuxièmement, le texte même de l'article peut difficilement être réconcilié avec le modèle exclusionnaire strict qui permet l'exclusion de preuves obtenues suite à des irrégularités techniques. En effet le rôle didactique de la règle américaine suppose que la régularisation des moyens d'enquête justifie la libération de quelques coupables. Or n'a-t-on pas dit que la libération d'un coupable par l'exclusion technique d'une preuve entachée d'une irrégularité mineure discréditerait l'administration de la justice?⁹⁵ De plus pourquoi exiger du juge qu'il évalue les circonstances d'obtention de cette preuve si, de toute manière, toute irrégularité discréditera l'administration de la justice?

Certains ont aussi mis en garde contre le danger qu'il y a à soumettre l'enquête aux garanties de procédure qui prévalent au cours de l'instance.⁹⁶ D'autres qui donnent une importance spéciale à la protection des droits de l'accusé en se basant sur la règle d'exclusion énoncée à l'article 24(2), ont préféré une approche réactive en fonction d'une appréciation des moyens "inacceptables" pris par les policiers pour obtenir la preuve. Même si le tribunal n'a pas à imposer au processus d'enquête les garanties de procédure qui prévalent pour le déroulement équitable du procès, les policiers doivent se conformer à certaines normes de conduite minimales décidées par le juge. Toute pratique se situant au delà aboutira à une sanction judiciaire qui se traduira par l'exclusion de la preuve ainsi obtenue. Les tribunaux sont divisés sur le fondement réel de la sanction exclusionnaire. Dans *R. v. Rex*,⁹⁷ le juge Wong après avoir décidé de l'exclusion de la preuve remarque:

In coming to this conclusion, I wish to emphasize that the basis for my ruling is to affirm the important social values in our community of sanctity of one's home, and not to discipline the police.

De plus, le recours exclusionnaire fondé sur la seule protection des droits de la victime d'un abus, même tempéré par une interprétation restrictive des pratiques policières susceptibles de discréditer l'administration de la justice comme le propose le juge Lamer dans l'affaire *Rothman*, ne donne pas au juge la souplesse du droit écossais par exemple. En droit écossais, l'effet sur l'accusé de l'irrégularité dans le mode d'obtention de la preuve n'est qu'un des facteurs que doit évaluer le juge préalablement à l'exercice de sa discrétion. En particulier, la seule mise en oeuvre des droits de l'accusé escamote le fondement éthique qui sous-tend les considérations inhérentes à l'intégrité judiciaire. À cet égard, on peut relier plus facile-

⁹⁴ A plusieurs reprises les tribunaux ont réitéré le fait que le recours prévu à l'article 24(2) de la Charte n'avait pas substitué une règle exclusionnaire au modèle inclusionnaire de common law: *R. v. Esau* (1983), 147 D.L.R. (3d) 562 (Man. C.A.); *R. v. Collins*, *supra*, note 51.

⁹⁵ *Supra*, note 55.

⁹⁶ *Supra*, note 78.

⁹⁷ *Supra*, note 93, à la p. 15.

ment les considérations qui tiennent à la protection des droits au recours en équité possible en vertu de l'article 24(1), ce qui permet d'éviter l'écueil de l'automatisme de l'alinéa (2) et le glissement vers une règle exclusionnaire stricte.

(b) *L'éthique judiciaire*

Dans l'affaire *Clot*,⁹⁸ le juge était confronté au cas même prévu par le juge Lamer dans l'arrêt *Rothman* d'un aveu obtenu par des policiers déguisés en prêtres. Même si l'aveu fut finalement jugé involontaire, donc irrecevable, il aurait probablement pu, en vertu de la Charte, faire l'objet d'une exclusion en équité en vertu de l'article 24(1); mais ce type de conduite rebute, soulève des considérations de moralité publique et, au delà de la personne de l'accusé, met en cause la respectabilité du système. De recevoir une telle preuve discrédite l'image de la justice comme l'indique le juge Lamer. En fait l'intégrité de la justice, c'est celle de tout le système judiciaire, de l'ensemble de ses composantes et toute conduite moralement répréhensible déteint sur le reste du système.⁹⁹ L'article 24(2), par l'exclusion de la preuve, permet alors au juge, envers et contre les règles de recevabilité de la preuve irrégulièrement obtenue, d'écarter la preuve qui discrédite le système.¹⁰⁰ Le fondement éthique de cette exclusion, qui fait appel à des considérations de moralité en ce qui concerne les moyens pris par les agents de l'État pour appliquer les lois, ne véhicule en soi aucune sanction et à ce titre ne contredit pas la common law. En fait l'argument moral ou le fondement éthique peut exister seul comme justification de la règle discrétionnaire prévue à l'article 24(2) de la Charte.¹⁰¹ Nous verrons, dans l'étude de l'exercice de la discrétion, la mécanique discrétionnaire qui s'offre au juge grâce à l'adoption du fondement éthique de la discrétion.

Par ailleurs, pour certains juges, l'adoption de l'article 24(2) et la possibilité toujours présente d'une exclusion des preuves obtenues irrégulièrement, incorpore un élément dissuasif—à ne pas confondre avec la sanction judiciaire des policiers—par lequel l'existence de règles de conduite minimales interprétées par les tribunaux et assorties de sanctions

⁹⁸ *R. v. Clot* (1983), 69 C.C.C. (2d) 349 (C.S. district de Labelle).

⁹⁹ *R. v. Cohen*, *supra*, note 85, à la p. 187 (le juge Anderson).

¹⁰⁰ *R. v. Unrau* (1983), 24 Man. R. (2d) 5, à la p. 8 (Man. Co. Ct.): "I cannot think of anything which is more likely to bring the administration of justice into disrepute than (sic) the judicial sanctioning of infringement or denial by the police of our constitutionally enshrined rights".

¹⁰¹ *La Reine c. Rousseau*, Cour des Sessions de la Paix, district de Terrebonne, Québec, no. 700-27-001573-839, 6 avril 1983, juge S. Cuddihy, à la p. 20: "Je suis d'avis que, pour que la fouille soit abusive, il faut qu'elle soit susceptible de déconsidérer l'administration de la justice et qu'elle dépasse une limite qu'on peut qualifier de déraisonnable et dont la justification ne puisse pas se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique".

de délits et de procédure incitera les policiers à plus de "prudence" dans leurs techniques d'enquête.¹⁰² Les tribunaux jouent alors un rôle actif dans la recherche de l'équilibre optimal entre les deux volets de l'intérêt public que sont la protection des droits individuels et les intérêts collectifs dans la lutte contre le crime. L'abus grave ne pouvant être toléré, la respectabilité du système sera préservée par le rejet de la preuve. Dans l'affaire *Rex*, citée plus haut, le juge ajoutait:¹⁰³

If Court rulings, such as this, encourage law enforcement officers to follow the law on search and seizure more scrupulously, so much the better.

À l'intérieur de ce cadre moral, le fondement de la règle exclusionnaire prévue à l'article 24(2) de la Charte est la reconnaissance de la complémentarité des diverses composantes de l'administration de la justice, complémentarité qui, eu égard à l'enchâssement institutionnel des droits civils, enjoint le juge à se démarquer, par l'exclusion de la preuve, des pratiques d'enquête qui, non seulement ne respectent pas les droits enchâssés, mais se situent de plus au delà des normes éthiques et de ce fait discréditent l'administration de la justice.¹⁰⁴

(3) *L'exercice de la discrétion*

Selon le fondement de la règle que choisira le juge, l'irrégularité dans le mode d'obtention de la preuve aboutira plus ou moins automatiquement à l'exclusion. Reste que la tendance jurisprudentielle dominante semble pencher en faveur d'un fondement éthique qui oblige le juge à considérer des objectifs contradictoires en fonction de normes à définir. On a déjà mentionné le test du "choc à la collectivité" préconisé par le juge Lamer, ce qui suppose un exercice relativement exceptionnel de la discrétion. Pourtant le professeur Stuart note qu'il y a un fort pourcentage d'exclusion de preuves irrégulièrement obtenues.¹⁰⁵ Est-ce que dans tous ces cas les policiers avaient agi de telle façon que leur conduite choquait la collectivité? La difficulté de définir un étalon de moralité se complique, nous l'avons souligné, par l'absence d'un "code discrétionnaire" qui énumérerait les facteurs pertinents à l'exercice de la discrétion. De tels codes

¹⁰² *R. v. Donald Ward et al.*, *supra*, note 84; Donald R. Stuart, commentant l'affaire *R. v. Samson et al.* en arrive à cette conclusion: "It is clear that the Charter envisages excluding evidence in an effort to deter improper conduct by authorities": (1982), 29 C.R. (3d) 215, à la p. 216.

¹⁰³ *R. v. Rex*, *supra*, note 93, à la p. 15.

¹⁰⁴ *R. v. Kathleen Mary Taylor*, Ont. Prov. Ct., Dodds Prov. Ct. J., 8 juin 1983: l'accusée tentait de faire exclure des photographies prises par une caméra automatique dans une librairie sous prétexte que cela violait son droit à l'intimité. Le juge en refusant d'écarter la preuve indiquait pour motifs que, même si la surveillance électronique constitue une activité réglementée, dans ce cas la surveillance était pleinement justifiée et n'entravait pas spécifiquement le droit de quiconque à l'intimité. En tout état de cause, ce type de surveillance, même s'il avait constitué une violation de droit, n'était pas de nature à discréditer l'administration de la justice.

¹⁰⁵ Don Stuart, commentaire sur *R. v. Collins*, *supra*, note 51, à la p. 134.

existent, notamment dans la jurisprudence écossaise, irlandaise et australienne et dans la doctrine.

Or, curieusement, la grande majorité des juges semblent expressément ou tacitement reconnaître l'opportunité d'établir une jurisprudence typiquement canadienne.¹⁰⁶ Cette méfiance vis-à-vis des sources disponibles s'explique peut-être mieux pour la jurisprudence américaine que pour la jurisprudence écossaise ou australienne, plus proches idéologiquement du modèle discrétionnaire fondé sur une évaluation morale du rôle de la preuve irrégulièrement obtenue dans l'administration de la justice.

L'exercice de la discrétion est bien sûr assujéti à des considérations juridictionnelles que nous ne traiterons pas ici: rétroactivité du dispositif, instance séparée, tribunal approprié. Il en va de même pour les considérations d'interprétation: interprétation générale large ou restrictive, sens des mots, application à la preuve indirecte.¹⁰⁷ Finalement l'exclusion de la preuve est directement liée à une irrégularité dans le mode d'obtention qui affecte un droit protégé.¹⁰⁸ Ce qui constitue un droit protégé n'est cependant pas ici notre propos, pas plus que les considérations de pure procédure telles que les objections à l'admissibilité, le fardeau de la preuve, le renversement de ce fardeau, l'établissement d'un lien de causalité entre l'irrégularité et le droit protégé.¹⁰⁹ Enfin selon la nature de l'exclusion discrétionnaire, le droit et les conditions d'appel en seront affectés.¹¹⁰

Soulignons malgré tout, pour délimiter schématiquement le champ d'application de l'article 24(2), que l'exclusion a été invoquée dans trois grandes catégories de cas: les fouilles de lieux et de personnes,¹¹¹ les

¹⁰⁶ *R. v. Therens*, *supra*, note 6, à la p. 227; *R. v. Davidson*, *supra*, note 82; *R. v. MacIntyre, Stoyles and Lamb* (1983), 139 D.L.R. (3d) 602, à la p. 606 (Alta. Q.B.); *contra* D. Watt, *Electronic Surveillance* (1979), p. 1; *R. v. Welsh* (1977), 32 C.C.C. (2d) 363 (Ont. C.A.).

¹⁰⁷ Voir *R. v. Cohen*, *supra*, note 85, à la p. 172 et Ewashuk, *op. cit.*, note 6.

¹⁰⁸ *R. c. Miller*, C.S.P., Mtl., no. 500-01-008768-829, 18 janvier 1983, jugement No. 83-203, juge Denis R. Lancôt.

¹⁰⁹ Causalité: *R. v. Cheryl Ann David*, *supra*, note 92; *R. v. Cohen*, *supra*, note 85; fardeau de la preuve: *R. v. Simmons*, *supra*, note 53a, à la p. 43: "Evidence, even though improperly obtained, is *prima facie* admissible. The onus is on the person who is seeking to exclude the evidence to establish that its admission would bring the administration of justice into disrepute: see *R. v. Collins* (1983), 33 C.R. (3d) 130 (B.C.C.A.). The onus would clearly be only on the balance of probabilities"; *Regina v. Chapin* (1983), 7 C.C.C. (3d) 538, à la p. 541 (Ont. C.A.).

¹¹⁰ *R. v. Peter Allan Stevens* (1983), 1 D.L.R. (4th) 465, 35 C.R. (3d) 1, 58 N.S.R. (2d) 413, 7 C.C.C. (3d) 260 (N.S. App. Div.).

¹¹¹ *R. v. Peter Fehr*, Man. Prov. Ct., 10 août 1983, James Prov. Ct. J.; *R. v. MacIntyre, Stoyles and Lamb*, *supra*, note 106; *Descoteaux c. Mierzwinsky*, [1982] 1 R.C.S. 860, (1982), 70 C.C.C. (2d) 385; *R. v. Forrest Bernard Pierce* (1983), 59 N.S.R. (2d) 210 (N.S.T.D.); *R. v. Thériault*, C.S.P., 22 sept. 1983, jugement No. 83-941, juge Falardeau.

arrestations¹¹² et le droit à un avocat.¹¹³ De plus on a invoqué et accordé le sursis d'instance (l'article 24(1)) en vertu du droit à des procédures intentées dans un délai raisonnable.¹¹⁴

Retenons que l'exercice de la discrétion amène le juge à une analyse exhaustive des conditions d'obtention de la preuve incriminée et remarquons que cet exercice préalable constitue en soi; par la divulgation des méthodes d'enquête, un recours et un facteur de dissuasion des pratiques irrégulières.¹¹⁵ C'est d'ailleurs par l'évaluation des circonstances de l'irrégularité présumée, en fonction d'une norme subjective, que le juge exercera son jugement "discrétionnaire" pour décider si la réception de la preuve discréditerait l'administration de la justice.^{115a}

(a) *Les circonstances de l'affaire*

Nous avons déjà énuméré les sources possibles auxquelles peuvent puiser les juges obligés de décider de la recevabilité d'une preuve irrégulièrement obtenue. Le juge Anderson, dans *R. v. Cohen*,¹¹⁶ comme avant lui les juges Borins pour l'article 178.16(2)¹¹⁷ et Spencer pour l'article 178.16(2)(b),¹¹⁸ a tenté de formuler un cadre conceptuel pour l'analyse et l'évaluation des "circonstances" d'obtention de la preuve en fonction de leur caractère plus ou moins éthique. Par ailleurs les juges appelés à décider de la recevabilité d'une preuve obtenue en contravention d'un droit enchâssé ont plutôt confronté les circonstances de l'affaire à une norme éthique, généralement inspirée d'ailleurs de "l'obiter dictum" du juge Lamer dans l'arrêt *Rothman*, pour décider en l'instance si la réception de cette preuve, ou cette preuve proprement dite, était susceptible de discréditer l'administration de la justice.¹¹⁹

¹¹² *R. c. Vendetti*, *supra*, note 78.

¹¹³ *R. v. Nelson* (1982), 3 C.C.C. (3d) 147, à la p. 153 (Man. Q.B.): "The thrust of s. 10(b) of the Charter is the guarantee of information so that an early opportunity to make a reasoned choice is available to the accused. The essence of the provision is opportunity": *R. v. Nott* (1982), 29 C.R. (3d) 284 (Ont. Prov. Ct.); *R. v. Simmons*, *supra*, note 53a, aux pp. 53 et s.

¹¹⁴ *R. c. Morrison*, 24 janvier 1984, (C.P. Ont.), juge J.P. Beaulne, (sursis de procédure).

¹¹⁵ En effet, l'argument dissuasif par la divulgation de l'irrégularité au procès qui justifiait l'adoption de 178.16(2) du Code criminel pourrait, par extension, être valable pour le recours exclusionnaire dans la Charte: voir *supra*, note 75.

^{115a} *R. v. Simmons*, *supra*, note 53a, aux pp. 42-43.

¹¹⁶ *R. v. Cohen*, *supra*, note 85.

¹¹⁷ *R. v. Samson*, *supra*, note 71.

¹¹⁸ *R. v. Wai Ting Li*, *supra*, note 39.

¹¹⁹ Voir cependant les notes du juge Wong dans *R. v. Rex*, *supra*, note 93, à la p. 12, qui analyse les critères proposés par le juge Borins dans *R. v. Samson*, *supra*, note 71 et propose les critères suivants pour l'évaluation des circonstances d'obtention de la preuve irrégulièrement obtenue:

1. Was the impropriety trivial or technical?

La bonne foi des policiers, le caractère raisonnable de l'enquête, la gravité respective de l'inculpation et de l'irrégularité, l'urgence sont autant de facteurs qui reviennent constamment sous la plume des juges.¹²⁰

Le caractère raisonnable de l'enquête vise à répondre aux cas où l'irrégularité alléguée peut se justifier par les circonstances, les policiers ayant agi raisonnablement.¹²¹ L'établissement du seuil minimal de tolérance reste cependant pour le juge une difficulté pratique.

Au Canada, la bonne foi¹²² est déjà un critère important qui pourrait devenir primordial si la Cour suprême des États-Unis l'acceptait à titre d'exception au modèle exclusionnaire.^{122a} Les deux jurisprudences pourraient alors en pratique se rejoindre. Quoiqu'il en soit, les juges ont pu justifier certaines irrégularités par la bonne foi des policiers. On a mis cependant en garde contre l'erreur grossière qui aboutirait alors à l'exclusion¹²³ et on s'est indigné contre la notion de "justice à rabais" qui pourrait résulter d'une tentative de justification au nom de la bonne foi d'irrégularités ayant affecté tangiblement les droits constitutionnellement reconnus à l'accusé.¹²⁴

2. Did the impropriety show a disregard for the legislation or of the apparent policy reflected therein?
3. Was the impropriety a result of deliberate action on the part of the police, or did it arise as a result of their ignorance of the law or mistake in judgment?
4. Other considerations were also included, such as the seriousness of the offence, and the significance of the evidence sought to be excluded.

¹²⁰ *R. v. Davidson*, *supra*, note 82; *R. v. Simmons*, *supra*, note 53a, à la p. 45; *Regina v. Chapin*, *supra*, note 109; *Regina v. Manninen* (1983), 3 D.L.R. (4th) 541 (Ont. C.A.).

¹²¹ *R. c. Ronald Kolthoff*, C.S. Québec, 13 avril 1983, juge Greenberg; dans *R. c. Thériault*, *supra*, note 111, le juge Falardeau ne pouvait justifier une fouille générale de par son côté abusif ou déraisonnable; dans *R. v. Esau*, *supra*, note 94, le juge en chef Freedman, les juges Monnin et Hubbard justifiaient le caractère raisonnable d'une saisie écartée en première instance parce que les policiers avaient une "croyance raisonnable". Le juge Hubbard allait même plus loin (p. 566): "In my opinion, had the police not stopped and searched that vehicle they would have been guilty of a dereliction of duty".

¹²² Ce critère a été utilisé pour excuser les irrégularités dans les cas suivants: (1) utilisation irrégulière d'un mandat de main-forte: *R. v. Noble* (1983), 150 D.L.R. (3d) 103, 42 O.R. (2d) 285 (Ont. Co. Ct.); (2) mandat techniquement défectueux: *R. v. Davidson*, *supra*, note 82; (3) "Throat hold": *R. v. Collins*, *supra*, note 51; (4) fouille sans mandat: *R. c. Cloutre, Tabah and Williams*, *supra*, note 83, à la p. 12.

^{122a} Voir note 52a, *supra*.

¹²³ *R. v. Rex*, *supra*, note 93, à la p. 14: "... whether the police was acting deliberately or through a mistake in judgment does not make much difference in this case. Convenient expediency was no justification for trying to circumvent the necessity of the required scrutiny by a justice of the peace before the search was carried out".

¹²⁴ *La Reine c. Vendetti, Marchand et al.*, *supra*, note 78, où le juge a décidé de surseoir aux procédures intentées contre l'accusé à cause du délai déraisonnable dans la mise en accusation, même si ce délai était dû à des "circonstances malheureuses". "Il ne peut exister une telle chose qu'une 'justice à rabais' et la bonne foi des officiers de justice ne suffira pas à annihiler la Charte des droits et libertés" (p. 14).

Quant à la gravité respective de l'inculpation et de l'irrégularité, ce critère, entre autres, a été reconnu à l'occasion comme pertinent, et, pour les irrégularités techniques, rejoint la justification par le caractère "raisonnable" de l'enquête.¹²⁵ Cependant le "maquignonnage" bénin que suppose ce critère se marie mal avec le fondement éthique de la discrétion en vertu de l'article 24(2). C'est pourquoi nous nous sentons en sympathie avec le juge Cloutier dans l'affaire *Belzille*;¹²⁶ celui-ci rejette ce critère comme non pertinent pour la détermination de la "moralité" de la réception d'une preuve irrégulièrement obtenue.

Le côté dangereux de ce critère apparaît dans une affaire où le juge rejetait une confession irrégulièrement obtenue en indiquant que le résultat eut pu être autre s'il n'y avait eu d'autres preuves prouvant la culpabilité de l'accusé.¹²⁷ Il aurait du suffire que la confession ait été obtenue dans des conditions telles que sa réception en preuve aurait discrédité l'administration de la justice. En ce sens, l'article 24(2) ne se prête pas au même exercice de casuistique que son équivalent du Code criminel, l'article 178.16(2). D'autre part l'administration de la justice peut aussi être discréditée par l'exclusion d'une preuve sans laquelle l'accusé pourrait être libéré. Le juge pourrait alors se sentir justifié, dans les cas douteux, de n'écarter la preuve que lorsque le tribunal a d'autres preuves permettant de poursuivre son rôle fonctionnel.

Le problème s'étant posé dans les cas d'aveux extra-judiciaires faits en l'absence d'un avocat, une solution élégante pourrait être alors d'écarter la preuve en vertu de l'article 24(1), la réception de cette preuve étant inéquitable pour l'accusé, et éviter ainsi le piège d'une exclusion qui discrédite l'administration de la justice "à rebours".¹²⁸

Dans *R. v. Cohen*,¹²⁹ le juge Anderson propose le modèle d'analyse suivant:

1. The words "administration of justice" include not only the trial process but the investigatory process. In other words, the "integrity of the judicial process"

¹²⁵ *R. c. Belzille*, *supra*, note 87, à la p. 13: "Je conviens facilement que la violation dont il s'agit n'est pas crapuleuse et qu'il s'en trouve certainement de plus odieuse. Mais je ne crois pas que le citoyen moyen serait prêt à admettre qu'il y a de grands et de petits droits pouvant faire l'objet de grandes ou de petites violations. Je ne suis pas disposé à réduire la Charte à la dimension d'un paillason sur lequel il serait défendu de poser le pied mais qu'on pourrait salir impunément à la condition de n'y faire que de petites taches".

¹²⁶ *Ibid.*; voir aussi les réserves du juge Anderson dans *R. v. Cohen*, *supra*, note 85, à la p. 190.

¹²⁷ Voir *R. v. Nelson*, *supra*, note 113, aux pp. 154-155.

¹²⁸ *Ibid.*, à la p. 154; l'argument se complique si on introduit la distinction de recours entre l'exclusion automatique des preuves obtenues à l'encontre des droits enchâssés à l'art. 24(2) et le sursis d'instance pour abus de procédure dans les mêmes circonstances. On a proposé que seule l'automatisme de ce dernier recours discréditerait l'administration de la justice à rebours: *R. v. Blackstock*, *supra*, note 84.

¹²⁹ *Supra*, note 85, aux pp. 187-188.

- depends not only on the conduct of strictly judicial matters but also on the conduct of the police in their dealings with suspected offenders.
2. The administration of justice will be brought into disrepute if the conduct of the police tends to "prejudice the public interest in the integrity of the judicial process".
 3. The "integrity of the judicial process" may be prejudiced by the conduct of the police in several ways, some of which are as follows:
 - (a) failure to observe a humane and honourable standard of conduct in the treatment of persons suspected or accused;
 - (b) flagrant abuse of police powers; or
 - (c) failure of the police to abide by the law in carrying out their duties.
 4. A balance must be struck between the need for firm and effective law enforcement and the right of the citizen to be free as far as reasonably possible from illegal and unreasonable conduct on the part of the police.
 5. The courts will not be concerned with technical or insubstantial breaches of the law by the police.
 6. In determining whether the violation is "prejudicial to the integrity of the judicial process", the court will review all the circumstances in the light of, at least, the following factors:
 - (a) the seriousness of the offence in the light of the facts relating to the charge;
 - (b) the seriousness of the violation and, in particular,
 - (i) the extent to which the constitutional rights of the accused were breached in obtaining the evidence;
 - (ii) whether any harm was inflicted on the accused; and
 - (iii) the seriousness of the violation as compared to the seriousness of the offence.
 - (c) whether the violation was deliberate or inadvertent . . .
 - (d) urgency or necessity, in the sense that the police may be required in some circumstances to take reasonable steps, including the use of violence, to prevent the destruction of evidence.

Nous verrons que la notion de "préjudice à l'intérêt public dans l'intégrité de la procédure judiciaire", n'est pas celle retenue par la majorité des juges ni par les collègues du juge Anderson à la Cour d'appel de Colombie-Britannique. Il est par ailleurs difficile de ne pas se montrer d'accord avec l'énoncé qu'il propose des critères pertinents à l'exercice de la discrétion judiciaire en vertu de l'article 24(2).

Enfin, le libellé de l'article 24(2) soulève une difficulté additionnelle. Le rôle conféré au juge de décider des pratiques d'enquête qui sont susceptibles de discréditer l'administration de la justice donne-t-il au tribunal une prépondérance dans la mise en oeuvre de normes éthiques minimales pour l'ensemble de l'administration de la justice? C'est ce que laissent entendre certains juges qui voient dans la sanction exclusionnaire une dénonciation judiciaire des pratiques d'enquête rebutantes.¹³⁰

¹³⁰ *La Reine c. Villeneuve*, C.S.P. (district de Terrebonne), no. 700-01-001255-820, 17 septembre 1982, juge Lamoureux; *R. v. Tontarelli* (1982), 8 W.C.B. 259 (Ont. Co. Ct.): "When Parliament used the phrase "in a manner" in s. 24(2) of the Charter it contemplated something active as opposed to passive, that is, in order for evidence to be excluded it would

(b) *La norme exclusionnaire*

Après avoir établi le droit protégé et l'irrégularité du mode d'obtention de la preuve, démontré le lien causal et analysé les circonstances de l'affaire, le juge doit finalement comparer ces dernières à une norme subjective qui lui permettra finalement de décider si la règle exclusionnaire prévue à l'article 24(2) s'applique ou non à l'instance.

Le processus de détermination de ce qui discrédite l'administration de la justice soulève deux problèmes. Premièrement, le juge devra adopter une norme d'appréciation des gestes posés par les contrevenants à un droit protégé afin de décider du seuil de tolérance du système d'administration de la justice. La conduite qui "scandalise la collectivité" et qui est susceptible de discréditer l'administration de la justice procédera d'une irrégularité plus grave que celle permettant l'exclusion d'une "preuve préjudiciable à l'intérêt public dans l'intégrité de la procédure judiciaire". Selon que le juge accepte l'une ou l'autre de ces normes, la sanction exclusionnaire sera plus ou moins stricte. L'adoption de la norme appropriée pourrait à cet égard dépendre de l'importance relative que les tribunaux accorderont, dans le contexte de la Charte, à l'application régulière de la loi et à la recherche de la vérité.

La seconde difficulté tient à la nature du recours exclusionnaire qui exige du juge une appréciation subjective de la conduite irrégulière en fonction de la norme éthique applicable en l'instance. Puisque la preuve sera écartée si sa réception est susceptible de discréditer l'administration de la justice, le juge devra-t-il se fier à son seul jugement, ou comparer les circonstances de l'affaire à ces étalons théoriques que sont l'homme raisonnable, l'homme de la rue, l'acceptation de la communauté et enfin l'opinion des spécialistes? En filigrane de ces deux questions demeure l'évidente nécessité qu'une valeur sociale importante ait été bafouée.¹³¹ C'est ce qui fait que la réception de la preuve discréditera le système.

have had to have been obtained by some means outside the norm, otherwise there would be no need for this phrase. By using "in a manner", Parliament obviously contemplated trickery, illegal acts and the like, and it is only when such acts are established that the Court must decide, in all the circumstances, whether admission of the evidence would bring the administration of justice into disrepute"; *R. v. Christian* (1982), 7 W.C.B. 467 (Ont. Prov. Ct.); *contra R. v. Cohen, supra*, note 85, par le juge Anderson, dissident (pour qui les mots "in a manner" signifient simplement qu'il faut, pour que l'article 24(2) puisse s'appliquer, établir un lien "réel et substantiel" entre l'irrégularité qui affecte le droit protégé et la preuve en litige plutôt qu'une relation causale directe entre l'irrégularité et cette preuve. Le juge Craig, pour la majorité) n'accepte pas cette formulation: "As much as the action of the police officer in seizing the accused by the throat was to be deprecated, I do not see how the unlawful seizing of her throat "taints" the subsequent lawful search and finding of the cocaine", à la p. 166.

¹³¹ *R. v. Rex, supra*, note 93, à la p. 14: "An illegal search of a person's home breaches our social values to a high degree. The privacy of a person's home is one of our most cherished values and should not be intruded upon, except under necessity of law; if the

La "conduite qui scandalise", bien qu'exprimée par le juge Lamer dans l'arrêt *Rothman* dans le contexte des aveux, a pu être proposée aux États-Unis pour justifier la règle exclusionnaire. C'est là une norme qui fait appel aux réactions quasi émotives d'un citoyen moyen confronté à des pratiques d'enquête rebutantes.¹³² Les affaires *Clot*¹³³ et *Pettipiece*¹³⁴ constituent des exemples où les techniques utilisées par les policiers étaient telles que la condamnation d'un coupable perd sa justification sociale. Dans l'affaire *Rex*,¹³⁵ le policier avait induit en erreur, quant à ses véritables motifs, le juge ayant émis un mandat d'arrestation. En excluant la preuve ainsi obtenue le juge disait:¹³⁶

If the question is put in the context that a police officer, out of cavalier expediency, sought to prevent a judicial officer from deciding an issue which only he had the authority to decide, I think an ordinary right thinking citizen of the community would be shocked.

Les mots importants ici sont "cavalier expediency". Devant une valeur sociale importante—le droit de n'être privé de sa liberté que conformément aux prescriptions d'un mandat judiciairement émis—toute irrégularité des policiers qui ne puisse être excusée discrédite l'administration de la justice et justifie le juge d'écarter la preuve ainsi obtenue.

La "conduite qui scandalise" confère une dimension exceptionnelle à la règle exclusionnaire prévue à l'article 24(2).¹³⁷ La règle inclusionnaire demeure avec quelques exceptions, même quand des droits constitutionnellement reconnus ont été violés.^{137a} Les irrégularités techniques n'empêchent pas la recevabilité de la preuve. Les policiers doivent avoir agi avec une volonté consciente de contourner les pratiques d'enquête acceptables.¹³⁸ L'irrégularité doit être telle que la sanction criminelle perd tout sens eu égard aux moyens pris pour l'obtenir. Cette perception de la justice, de son "image", c'est celle du citoyen ordinaire ou raisonnable et non celle du juge en tant que spécialiste, ou encore celle des avocats ou des représentants des forces de l'ordre.¹³⁹ Par l'exclusion, le juge ne cherche pas à contrôler les techniques d'enquête mais à se dissocier de pratiques

Courts are not solicitous in the protection of that right, I fear privacy will not have much meaning before long".

¹³² *R. v. Nelson*, *supra*, note 113.

¹³³ *R. v. Clot*, *supra*, note 98.

¹³⁴ *R. v. Pettipiece* (1972), 7 C.C.C. (2d) 133 (B.C. C.A.).

¹³⁵ *Supra*, note 93.

¹³⁶ *Ibid.*, à la p. 15.

¹³⁷ *R. v. Collins*, *supra*, note 51.

^{137a} *R. v. Simmons*, *supra*, note 53a, à la p. 43.

¹³⁸ *Smallwood v. A.G. of Canada et al.* (1983), 10 W.C.B. 271 (Nfld. S.C.).

¹³⁹ *R. v. Nelson*, *supra*, note 113; *La Reine c. Belzille*, *supra*, note 125, à la p. 11: "Ce critère d'exclusion de l'article 24(2) doit s'appliquer en fonction de ce qui pourrait choquer le citoyen moyen, l'homme ordinaire. Mais tout comme en matière d'obscénité ce citoyen moyen n'est ni le plus libertin, ni le plus pudibond, dans le présent cas il n'est ni

rebutantes.¹⁴⁰ Le fondement de la règle est d'éviter que les moyens justifient à tout prix la fin qui est celle d'identifier un suspect qui pourra plus tard être trouvé coupable.¹⁴¹

Même si ce concept de "conduite qui scandalise" semble avoir été accepté par les tribunaux,¹⁴² la norme contraignante qu'elle impose se trouve contredite par le pourcentage élevé d'exclusions décrétées par les tribunaux,¹⁴³ à moins que l'on ne prête aux corps policiers des habitudes peu respectueuses des lois! Serait-ce qu'au delà des justifications normatives, les juges n'ont pas hésité à jouer un rôle plus actif dans la mise en oeuvre des droits constitutionnellement reconnus qui leur permet de préférer l'application régulière de la loi?

C'est ce que le professeur Stuart laisse entendre quand il s'associe à une autre formulation, celle du juge Estey dans l'arrêt *Rothman*.¹⁴⁴ Pour celui-ci, le juge peut exclure la preuve obtenue par des moyens qui sont "préjudiciables à l'intérêt public dans l'intégrité de la procédure judiciaire". Cette norme suppose une prépondérance judiciaire dans l'évaluation des méthodes d'enquête. Cette prépondérance justifie l'utilisation de la procédure criminelle pour imposer aux forces de l'ordre des règles de conduite qui respectent l'interprétation judiciaire des droits constitutionnellement reconnus. Ce test recoupe les remarques de Lord Hodson dans l'arrêt *King*¹⁴⁵ pour qui le Ministère public ne devait pas profiter des irrégularités commises dans le mode d'obtention de la preuve, concept repris par le juge Spence, dissident dans l'arrêt *Wray*.¹⁴⁶ Le tribunal devient le gardien de l'orthodoxie des moyens de lutte contre le crime (ou de mise en oeuvre des lois) et peut conférer à une règle de procédure, telle la recevabilité de la preuve, un rôle normatif à titre de sanction des abus commis à d'autres paliers de l'administration de la justice.

anarchiste impénitent, ni justicier intransigeant. Et j'ajouterais que le citoyen moyen s'attend à ce que la loi soit la même pour tous et qu'elle soit respectée par tous, y compris et à plus forte raison par ceux qui sont chargés de son application".

¹⁴⁰ *R. v. Cohen*, *supra*, note 85, le juge Taggart, à la p. 158, et le juge Anderson, à la p. 170, ont reproduit l'obiter dictum suivant du juge de l'instance: "The fact is that the Courts, as well as other bodies, have been somewhat remiss in the past in not castigating this very common form of search [choking] . . . One thing the Charter has done, I think, is to make us all direct our attention to conduct that may or may not be acceptable in our society. The conduct is not acceptable".

¹⁴¹ *La Reine c. Belzille*, *supra*, note 87.

¹⁴² *R. v. Esau*, *supra*, note 94; *R. v. MacIntyre, Stoyles and Lamb*, *supra*, note 106; *La Reine c. Rousseau*, *supra*, note 101, à la p. 21: ". . . ce qui ne devrait donc pas être toléré, c'est une conduite de la part des autorités qui scandalise cette communauté. Donc si la conduite scandalise le public, c'est abusif".

¹⁴³ *Supra*, note 105.

¹⁴⁴ *La Reine c. Rothman*, *supra*, note 11. Le juge en chef Laskin endosse les propos du juge Estey. La même norme activiste est préconisée par le juge Anderson, dissident, dans *R. v. Cohen*, *supra*, note 85.

¹⁴⁵ *Supra*, note 35.

¹⁴⁶ *Supra*, note 5.

Contrairement aux cas de "conduites qui scandalisent" permettant l'exclusion afin de protéger l'intégrité de l'institution judiciaire, le rôle activiste proposé par les juges Estey et Anderson cherche à réglementer par la règle exclusionnaire les défaillances du système. Cette nouvelle fonction judiciaire qui ne va pas aussi loin que la dissuasion dans le modèle exclusionnaire américain s'éloigne quand même du modèle inclusionnaire pour lequel les sanctions aux irrégularités dans le mode d'obtention de la preuve sont indépendantes des procédures en l'instance.¹⁴⁷

Laquelle des deux propositions recevra l'aval de la Cour suprême? Il est difficile d'en préjuger. L'histoire de l'interprétation de la Déclaration canadienne des droits pourrait ne pas se répéter si l'on en juge par la volonté clairement exprimée par les tribunaux de première instance de donner plein effet à la Charte; la Cour suprême pourrait elle aussi verser dans l'activisme judiciaire.¹⁴⁸ La formulation du juge Anderson sur la conception du rôle de l'instance dans l'administration de la justice et du rôle de la preuve à l'instance pourrait alors être retenue avec toutes ses conséquences.¹⁴⁹

Il faut cependant insister sur l'existence parallèle des recours à l'article 24(1) qui visent la victime de l'irrégularité. Ces recours sont ceux-là mêmes qui existaient en common law et que la Charte confirme.^{149a} Par ailleurs, l'équité envers l'accusé n'est pas en cause dans le recours exclusionnaire prévu à l'alinéa (2).¹⁵⁰ Il reste à déterminer si la dissuasion des activités irrégulières sera retenue en sus du fondement purement éthique de l'exclusion.

Le texte même de l'article 24(2) de la Charte pourrait donner la clef de son interprétation.^{150a} Pour l'homme raisonnable, les actes répréhensibles susceptibles de l'application du recours exclusionnaire parce qu'ils discréc-

¹⁴⁷ Le juge Hoyt, dans *R. v. Davidson*, supra, note 82, sans énoncer une norme, penche vers un rôle judiciaire activiste que recoupe l'expression proposée plus tard par le juge Anderson dans *R. v. Cohen*, supra, note 85.

¹⁴⁸ Strayer, *op. cit.*, note 81, pp. 330 et s.

¹⁴⁹ L'extension à l'ensemble de la procédure pénale du modèle discrétionnaire à fondement éthique a cependant été rejetée par la Conférence d'Uniformisation des lois, Report of the Federal-Provincial Task Force on Uniform Rules of Evidence, prepared for the Uniform Law Conference of Canada, (1982); ce rapport a débouché sur le projet de loi S-33, Loi donnant effet pour le Canada à la Loi uniforme sur la preuve adoptée par la Conférence canadienne de l'uniformisation du droit, 1ère lecture le 18 novembre 1982, 1ère session, 32ième Législature, 29-30-31 Eliz. II 1980-81-82, article 22.

^{149a} *Contra: R. v. Simmons*, supra, note 53a, par le juge Howland, aux pp. 46-47. Mais le juge Tarnopolsky laisse cette question en suspens (voir p. 66).

¹⁵⁰ *Contra: R. v. Davidson*, supra, note 82; *R. v. Simmons*, supra, note 53a, par le juge Tarnopolsky, aux pp. 64-65.

^{150a} *R. v. Simmons*, supra, note 53a, à la p. 45: "If the evidence is obtained in such a manner as to shock the Canadian community as a whole, it would no doubt be inadmissible as bringing the the administration of justice into disrepute. There may, however, be instances where the administration of justice is brought into disrepute within s. 24(2)

ditent la justice ne devraient faire aucun doute. En dernière analyse, c'est peut-être cette norme purement discrétionnaire qui sera retenue en dehors de tout modèle conceptuel contraignant, laissant au juge des faits le privilège d'une discrétion en matière de recevabilité que la common law lui avait peut-être indûment refusé.¹⁵¹

Conclusion

L'article 24(2) de la Charte des droits et libertés est-il un moyen terme entre deux modèles rigides de recevabilité de la preuve irrégulièrement obtenue?¹⁵² Le modèle inclusionnaire, campé dans la compartimentation de l'instance vis-à-vis de l'enquête, ne voit pas de lien fonctionnel entre le mode d'obtention de la preuve et sa recevabilité à l'instance. La common law refuse même toute discrétion au juge d'écarter, "de par son mode d'obtention", une preuve dont la réception serait inéquitable pour l'accusé, ce qui n'a pas empêché les juges de le faire à l'occasion. Le modèle exclusionnaire, en mettant l'emphase sur la dissuasion des pratiques policières qui ne respectent pas les droits des citoyens, substitue un objectif constitutionnel à un objectif utilitaire en permettant l'utilisation de la procédure pénale à des fins extra-judiciaires. L'automatisme de cette règle exclusionnaire a suscité une vive polémique aux États-Unis et l'Administration américaine cherche à convaincre la Cour suprême d'y apporter des aménagements lorsque les policiers ont agi de "bonne foi".¹⁵³ Seul le modèle discrétionnaire en Écosse et en Australie permet une pondération des circonstances d'obtention d'une preuve irrégulièrement obtenue, le juge ayant toute latitude pour recevoir ou écarter la preuve incriminée en fonction d'un *code discrétionnaire* élaboré par les tribunaux.

Où se situe le recours exclusionnaire prévu à l'article 24(2) de la Charte des droits et libertés? L'application régulière de la loi aura-t-elle le dessus sur la "recherche de la vérité"?¹⁵⁴ Dans l'interprétation du recours exclusionnaire, la Cour suprême du Canada imposera-t-elle une norme contraignante, ou laissera-t-elle finalement au juge des faits une grande

without necessarily shocking the Canadian community as a whole. In my opinion it is preferable to consider every case on its merits as to whether it satisfies the requirements of s. 24(2) of the *Charter* and not to substitute a "community shock" or any other test for the plain words of the statute".

¹⁵¹ Strayer, *op. cit.*, note 81, aux pp. 227 et s.

¹⁵² *R. v. Simmons*, *supra*, note 53a, par le juge Howland, à la p. 41: "section 24(2) represents a compromise".

¹⁵³ Voir note 52a, *supra*.

¹⁵⁴ Le modèle discrétionnaire, moyen terme entre les deux extrêmes: *R. v. Collins*, *supra*, note 51, à la p. 149, par le juge Seaton: "We have not adopted the extreme position that Wigmore so effectively ridiculed. Nor have we maintained the extreme position that we formerly occupied. We have adopted a middle ground, excluding evidence if it is established that, having regard to all the circumstances, the admission of it would bring the administration of justice into disrepute".

latitude dans l'appréciation subjective de ces circonstances susceptibles de discréditer l'administration de la justice?

Que le fondement de la discrétion judiciaire d'écarter la preuve irrégulièrement obtenue soit intrinsèque à l'instance par l'équité envers l'accusé, extrinsèque par la dissuasion, ou mixte par l'éthique, le juge sera confronté dans l'exercice de sa discrétion à des manifestations contradictoires de l'intérêt public. En ce sens le recours exclusionnaire à l'article 24(2) se démarque du modèle exclusionnaire strict. La preuve dont le mode d'obtention est techniquement défectueux ne sera pas écartée pour ce seul motif. Les circonstances d'obtention de la preuve seront évaluées eu égard aux valeurs sociales en présence et en fonction de normes minimales de conduite par les agents de l'État.

Dans le cas de l'article 24(2) de la Charte, selon que les juges privilégient une approche active ou réactive envers l'administration de la justice, l'exclusion de la preuve obéira à des critères plus ou moins stricts et en sera plus ou moins exceptionnelle ou fréquente.

Dans l'état actuel du droit, il y a contradiction entre la volonté des tribunaux de donner effet à la Charte, ce qui se traduit par des exclusions relativement fréquentes et une norme morale qui ne justifie qu'une discrétion exceptionnelle de nature réactive. Cette tendance pourrait justifier la Cour suprême d'adopter la "conduite qui scandalise" comme étalon moral tout en laissant aux juges une grande latitude quant à l'évaluation subjective des circonstances pertinentes permettant de décider en l'espèce que la réception de la preuve discréditerait l'administration de la justice. Ou alors la Cour suprême pourrait reconnaître la souplesse d'une règle exclusionnaire originale en acceptant la norme du "préjudice à l'intérêt public dans l'intégrité de la procédure judiciaire". Les tribunaux seraient alors conviés, au moins dans le contexte de la Charte, et pour les droits enchâssés, à donner plein effet à ces derniers en obligeant l'ensemble de l'administration de la justice à se plier à des normes minimales de conduite.

Dans l'un et l'autre cas le recours exclusionnaire constitue un rempart contre des abus sur lesquels la common law a choisi de fermer les yeux envers et contre l'éthique judiciaire et l'intégrité de la justice.
