

R.J.S. Appellant

v.

Her Majesty The Queen Respondent

and

The Attorney General of Canada, the Attorney General of Quebec, the Attorney General of Manitoba, the Attorney General of British Columbia, the Attorney General for Saskatchewan and the Attorney General for Alberta *Intervenors*

INDEXED AS: R. v. S. (R.J.)

File No.: 23581.

1994: February 28 and March 1; 1995: February 2.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ONTARIO

Constitutional law — Charter of Rights — Fundamental justice — Self-incrimination — Right to silence — Whether accused separately charged with offence compellable as witness in criminal trial of another accused charged with same offence — Whether compellability in such circumstances violates principles of fundamental justice — Whether s. 5 of Canada Evidence Act constitutional — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 7, 11(c), 13, 24(2) — Canada Evidence Act, R.S.C., 1985, c. C-5, s. 5.

Criminal law — Powers of courts of appeal — New trial order — Accused charged with break, enter, and theft — Defence counsel arguing that Crown had not proved continuity with respect to stolen property — Crown requesting trial judge to dismiss charge on basis that it had not been proved beyond reasonable doubt — Whether appropriate for Court of Appeal to order new trial — Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, s. 686(4)(b)(i).

Criminal law — Appeals — Grounds of appeal — Witness compellability — Whether proper for accused to

R.J.S. Appellant

c.

Sa Majesté la Reine Intimée

et

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

RÉPERTORIÉ: R. c. S. (R.J.)

N° du greffe: 23581.

1994: 28 février et 1^{er} mars; 1995: 2 février.

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

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DE L'ONTARIO

Droit constitutionnel — Charte des droits — Justice fondamentale — Auto-incrimination — Droit de garder le silence — Une personne accusée séparément d'une infraction est-elle un témoin contraignable au procès criminel d'une autre personne accusée de la même infraction? — La contraignabilité en pareilles circonstances viole-t-elle les principes de justice fondamentale? — L'article 5 de la Loi sur la preuve au Canada est-il constitutionnel? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 7, 11(c), 13, 24(2) — Loi sur la preuve au Canada, L.R.C. (1985), ch. C-5, art. 5.

Droit criminel — Pouvoirs des cours d'appel — Ordonnance de nouveau procès — Accusé inculpé d'introduction par effraction et de vol — Avocat de la défense soutenant que le ministère public n'a pas établi la continuité de la preuve relativement aux biens volés — Ministère public demandant au juge du procès de rejeter l'accusation au motif qu'elle n'a pas été prouvée hors de tout doute raisonnable — Convenait-il que la Cour d'appel ordonne un nouveau procès? — Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 686(4)(b)(i).

Droit criminel — Appels — Moyens d'appel — Contraignabilité du témoin — L'accusé pouvait-il soulever

raise as ground of appeal right to silence or testimonial privilege personal to witness.

S was charged with break, enter, and theft. M was separately charged with the same offence. The charges against the two young offenders were laid separately because of an administrative procedure applicable at the youth court. The Crown subpoenaed M as its main witness at S's trial but, following an application by M's counsel, the trial judge quashed the subpoena on the ground that to compel M's testimony would violate s. 7 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. The trial judge found that, in the circumstances, M had an absolute right to silence which made him non-compellable. The Crown proceeded with the trial against S and called the owner of the stolen property and the investigating officer who had received the property from S and placed it in the charge of the property officer. The Crown did not call the property officer and, at the close of the Crown's case, defence counsel argued that failure to call the property officer constituted a break in the continuity of the evidence. In response, the Crown asked the trial judge to dismiss the charges against S on the basis that the charges had not been proven beyond a reasonable doubt. The trial judge dismissed the charges and, subsequently, the charges against M were stayed. The Crown appealed the acquittal on the ground that the trial judge erred in quashing M's subpoena. The Court of Appeal allowed the appeal and ordered a new trial.

Held: The appeal should be dismissed.

Per La Forest, Cory, Iacobucci and Major JJ.: There is in Canada a principle against self-incrimination which is part of fundamental justice. The policy justification for the principle, at common law and in the *Charter*, rests upon the idea that the Crown must establish a "case to meet". The principle, however, is not absolute and may reflect different rules in different contexts. It also has the capacity to introduce new rules to benefit the overall system.

On the facts of this case, M was properly compellable at S's trial and the trial judge erred in quashing the subpoena. While a statutory compulsion to testify engages the liberty interest of s. 7, M's liberty interest is affected in accordance with the principles of fundamental justice. Fundamental justice is satisfied because neither M's testimony, nor a limited class of evidence derived from his testimony, can later be used to incriminate him in other

comme moyen d'appel le droit de garder le silence ou privilège du témoin qui est propre à ce dernier?

S a été accusé d'introduction par effraction et de vol. M a été accusé séparément de la même infraction. Les deux jeunes contrevenants ont été accusés séparément à cause d'une procédure administrative applicable devant le tribunal pour adolescents. Le ministère public a assigné M comme principal témoin à charge au procès de S, mais sur requête de l'avocat de M, le juge du procès a annulé le subpoena au motif qu'il serait contraire à l'art. 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés* de contraindre M à témoigner. Le juge du procès a conclu que, dans les circonstances, M avait un droit absolu de garder le silence et qu'il ne pouvait être contraint à témoigner. Le ministère public a engagé le procès contre S et il a assigné le propriétaire des biens volés et l'enquêteur qui avait reçu les biens de S et les avait confiés à un agent responsable des biens. Le ministère public n'a pas assigné cet agent et à la fin de la preuve à charge, l'avocat de la défense a soutenu que cette omission constituait une rupture dans la continuité de la preuve. En réplique, le ministère public a demandé au juge du procès de rejeter les accusations contre S au motif qu'elles n'avaient pas été établies hors de tout doute raisonnable. Le juge du procès a rejeté les accusations et, par la suite, les accusations portées contre M ont été suspendues. Le ministère public a fait appel de l'acquiescement pour le motif que le juge du procès avait commis une erreur en annulant l'assignation de M. La Cour d'appel a accueilli l'appel et ordonné un nouveau procès.

Arrêt: Le pourvoi est rejeté.

Les juges La Forest, Cory, Iacobucci et Major: Il existe au Canada un principe interdisant l'auto-incrimination qui fait partie des principes de justice fondamentale. Sa justification de principe, en common law et dans la *Charte*, repose sur l'idée que le ministère public doit établir une «preuve complète». Toutefois, ce principe n'est pas absolu et peut refléter des règles différentes dans des contextes différents. Ce principe peut donner lieu à l'établissement de nouvelles règles qui profiteront à l'ensemble du système.

D'après les faits en l'espèce, c'est à juste titre que le témoin M pouvait être contraint à témoigner au procès de S, et le juge du procès a commis une erreur en annulant le subpoena. Bien qu'une contrainte à témoigner, prévue par la loi, fasse intervenir le droit à la liberté que garantit l'art. 7, l'atteinte au droit de M à la liberté est conforme aux principes de justice fondamentale. La justice fondamentale est respectée parce que ni le témoi-

proceedings (save for proceedings in respect of perjury or for the giving of contradictory evidence).

The similarity between the structure of ss. 11(c) and 13 of the *Charter*, and the statutory approach apparent in s. 5 of the *Canada Evidence Act*, demonstrate an obvious attempt to enact in constitutional form the same structural protection against self-incrimination for witnesses which existed historically. The protection envisioned involves a general rule of witness compellability, coupled with an evidentiary immunity. Although care must be taken to guard against defining the principles of fundamental justice in overreliance upon a legislative position, even a position of long standing, to contend that s. 7 of the *Charter* demands a testimonial privilege for all witnesses is to suggest that the framers of our Constitution misunderstood the nature of s. 5 of the *Canada Evidence Act* and forgot to include a provision in the *Charter* comparable to the Fifth Amendment of the American Constitution. Such a proposition is unacceptable.

Further, for s. 7 purposes, there is no need for an exemption to the general compellability rule which is based upon the status of the person whose evidence is sought to be compelled. The possibility that a proceeding not instituted for the purpose of obtaining self-descriptive evidence will nonetheless have that effect is a problem which confronts every witness who is compellable and who must answer questions pursuant to s. 5 of the *Canada Evidence Act*. The *Charter* protections against self-incrimination should not vary with individual status. The *Charter's* structure, however, cannot be invoked to condone all types of inquisition and one must focus on the purpose, or character, of proceedings at which testimony is sought to be compelled as a way to confine the reach of a general compellability rule. An objection must be lodged against proceedings which are justified by a self-incriminatory purpose. Here, although S's trial might be considered an inquiry in relation to M as witness, the inquiry is of the sort permitted by our law. The search for truth in a criminal trial against a named accused has an obvious social utility, and the truth-seeking goal operates to limit effectively the scope of the proceedings in terms of the "inquiry effect". The

gnage de M, ni une catégorie limitée d'éléments de preuve dérivés de ce témoignage ne peuvent être utilisés ultérieurement pour l'incriminer dans d'autres procédures (sauf dans des poursuites pour parjure ou pour témoignage contradictoire).

La similitude entre l'économie de l'al. 11c) et de l'art. 13 de la *Charte* et la méthode que le législateur semble avoir adoptée à l'art. 5 de la *Loi sur la preuve au Canada* montre que l'on a de toute évidence tenté d'y constitutionnaliser la même protection structurelle contre l'auto-incrimination dont les témoins bénéficiaient historiquement. La protection envisagée comporte une règle générale de contraignabilité des témoins, assortie d'une immunité relative à la preuve. Il faut veiller à ne pas nous fonder excessivement sur une position législative, même ancienne, pour définir les principes de justice fondamentale. Cependant, soutenir que l'art. 7 de la *Charte* exige que tous les témoins bénéficient du privilège du témoin revient à dire que les rédacteurs de notre Constitution ont mal saisi la nature de l'art. 5 de la *Loi sur la preuve au Canada* et qu'ils ont oublié d'inclure dans la *Charte* une disposition comparable au Cinquième amendement de la Constitution américaine. Une telle proposition est inacceptable.

Par ailleurs, pour les fins de l'art. 7, il n'est pas nécessaire d'établir une exception à la règle de la contraignabilité générale fondée sur la situation de la personne que l'on veut contraindre à témoigner. La possibilité qu'une procédure qui n'est pas engagée dans le but d'obtenir des éléments de preuve en mobilisant une personne contre elle-même pourra néanmoins avoir cet effet, est précisément le problème auquel est exposé tout témoin qui est contraignable et tenu de répondre à des questions en vertu de l'art. 5 de la *Loi sur la preuve au Canada*. Les garanties offertes par la *Charte* contre l'auto-incrimination ne devraient pas varier selon la situation de la personne concernée. L'économie de la *Charte* ne peut toutefois être invoquée pour tolérer tous les types d'inquisition et l'on doit, pour restreindre la portée d'une règle générale de contraignabilité, se concentrer sur l'objet ou la nature des procédures au cours desquelles on cherche à contraindre une personne à témoigner. Il faut s'opposer à une procédure justifiée par une fin incriminante. En l'espèce, même si le procès de S pouvait être considéré comme une enquête par rapport à M, en tant que témoin, cette enquête est du genre autorisé par notre droit. La recherche de la vérité dans un procès criminel contre un inculpé nommé a une utilité sociale évidente, et l'objectif de recherche de la vérité a pour effet de restreindre efficacement la portée des procédures quant à «l'effet de l'enquête». Les règles de la

laws of relevancy would preclude the random examination of individuals within a criminal trial.

While in *Hebert* the recognition of a residual role for s. 7 gave effect to the *Charter* as a coherent system, to use s. 7 as the repository for an absolute right to silence or for the common law witness privilege would do violence to that system since it would become difficult to account for the existence of s. 13 of the *Charter*.

Section 13, however, does not exclusively define the scope of the available evidentiary immunity. The principle against self-incrimination also finds recognition under s. 24(2) of the *Charter* and a review of the principles developed under that section discloses a need for a partial derivative use immunity under s. 7 of the *Charter*. Derivative evidence which could not have been obtained, or the significance of which could not have been appreciated, but for the testimony of a witness ought generally to be excluded under s. 7 in the interests of trial fairness. Such evidence, although not created by the accused and thus not self-incriminatory by definition, is self-incriminatory nonetheless because the evidence could not otherwise have become part of the Crown's case. To this extent, the witness must be protected against assisting the Crown in creating a case to meet.

The test for exclusion of derivative evidence involves the question whether the evidence could have been obtained but for the witness's testimony and requires an inquiry into logical probabilities, not mere possibilities. The important consideration is whether the evidence, practically speaking, could have been located. Logic must be applied to the facts of each case, not to the mere fact of independent existence. There should be no automatic rule of exclusion in respect of any derivative evidence. Its exclusion ought to be governed by the trial judge's discretion. The exercise of the trial judge's discretion will depend upon the probative effect of the evidence balanced against the prejudice caused to the accused by its admission. The burden is on the accused to demonstrate that the proposed evidence is derivative evidence deserving of a limited immunity protection.

In the context of S's criminal trial, M's testimony is therefore compellable under the general rule applicable to all witnesses, and the principle against self-incrimination is satisfied if M receives the simple use immunity provided by s. 13 of the *Charter*, together with a residual derivative use immunity in respect of evidence which could not have been obtained but for his com-

pertinence empêcheraient l'interrogatoire au hasard de personnes dans le cadre d'un procès criminel.

Même si l'arrêt *Hebert*, en reconnaissant à l'art. 7 un rôle résiduel, a mis à exécution la *Charte* en tant que système cohérent, utiliser l'art. 7 comme garantie d'un droit absolu de garder le silence ou du privilège du témoin reconnu en common law, irait à l'encontre de ce système puisqu'il deviendrait difficile de justifier l'existence de l'art. 13 de la *Charte*.

L'article 13 n'est cependant pas le seul à définir l'étendue de l'immunité relative à la preuve qui peut être invoquée. Le principe interdisant l'auto-incrimination est également reconnu au par. 24(2) de la *Charte* et un examen des principes élaborés en vertu de cette disposition révèle la nécessité de l'attribution, fondée sur l'art. 7 de la *Charte*, d'une immunité partielle contre l'utilisation de la preuve dérivée. La preuve dérivée qui n'aurait pas pu être obtenue, ou dont on n'aurait pas pu apprécier l'importance, n'eût été le témoignage d'une personne, devrait généralement être écartée en vertu de l'art. 7 de la *Charte* afin de préserver l'équité du procès. Cette preuve, même si elle n'est pas créée par l'accusé et n'est donc pas auto-incriminante par définition, est néanmoins auto-incriminante du fait qu'autrement elle n'aurait pas pu faire partie de la preuve à charge. Dans cette mesure, il faut protéger le témoin de l'obligation d'aider le ministère public à créer une preuve à charge.

Le critère d'exclusion d'une preuve dérivée dépend de la question de savoir si la preuve aurait pu être obtenue sans le témoignage en question et nécessite un examen des probabilités logiques, et non des simples possibilités. Ce qui importe c'est de savoir si, en pratique, les éléments de preuve auraient pu être découverts. Il faut appliquer la logique aux faits de chaque affaire, et non au simple fait qu'ils ont une existence indépendante. Il ne devrait pas y avoir de règle automatique d'exclusion d'une preuve dérivée. L'exclusion devrait relever du pouvoir discrétionnaire du juge. L'exercice de ce pouvoir sera fonction de la valeur probante de la preuve par rapport au préjudice causé à l'accusé par suite de son acceptation. Il incombe à l'accusé d'établir que la preuve proposée est une preuve dérivée à laquelle devrait s'appliquer l'immunité restreinte.

Dans le contexte du procès criminel de S, M était contraignable en vertu de la règle générale applicable à tous les témoins, et le principe interdisant l'auto-incrimination est respecté si on accorde à M l'immunité contre l'utilisation de la preuve visée à l'art. 13 de la *Charte*, ainsi qu'une immunité résiduelle contre l'utilisation de la preuve dérivée relativement à la preuve qui

pelled testimony. This residual immunity will be given recognition by the trial judge through the exercise of a discretion, but exclusion will be the likely result because the self-incrimination principle demands the preservation of trial fairness.

Section 5 of the *Canada Evidence Act* does not infringe s. 7 of the *Charter*. Section 5(1) of the Act abolishes the common law privilege against self-incrimination, with the result that a compellable witness must answer questions posed, and s. 5(2) offers such a witness protection in the form of an immunity. Neither subsection purports to make evidence of any kind necessarily admissible at a subsequent proceeding. Thus, nothing in s. 5 offends the requirement for a partial derivative use immunity under s. 7.

This Court had jurisdiction to consider this appeal since S could properly raise a question of law based upon M's compellability as a witness. The question associated with M's rights and privileges was initially raised by the Crown in the Court of Appeal, and it would ill comport with our system of law to suppose that S had no right to respond. An appeal to this Court is simply an extension of S's response.

The Court of Appeal did not err in ordering a new trial pursuant to s. 686(4)(b)(i) of the *Criminal Code*. The Crown did not concede the continuity problem and only made a general concession to the effect that its case did not meet the criminal standard of proof. Irrespective of the Crown's effort to link S to the offence by focusing on his alleged possession of certain property, the Crown had also planned to link him to the offence by offering M's eyewitness evidence. The Court of Appeal was correct to order a new trial in these circumstances, since it cannot be said that the verdict would necessarily have been the same if M had testified.

Per Lamer C.J.: Iacobucci J.'s comments concerning the status of the principle against self-incrimination as a principle of fundamental justice were agreed with and his conclusions regarding the availability of derivative evidence immunity as a means of realizing this principle were generally agreed with. In certain circumstances, however, s. 7 of the *Charter* will provide additional protection beyond evidentiary immunity in order to safe-

n'aurait pu être obtenue sans son témoignage forcé. Le juge du procès reconnaîtra cette immunité résiduelle par l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire, mais il y aura probablement exclusion, du fait que le principe interdisant l'auto-incrimination exige la préservation de l'équité du procès.

L'article 5 de la *Loi sur la preuve au Canada* ne porte pas atteinte à l'art. 7 de la *Charte*. Le paragraphe 5(1) de la *Loi* abolit le privilège de common law de ne pas s'incriminer et il s'ensuit qu'un témoin contraignable doit répondre aux questions qui lui sont posées. Le paragraphe 5(2) offre à ce témoin une protection sous forme d'immunité. Ni l'un ni l'autre de ces paragraphes n'est censé rendre des éléments de preuve recueillis nécessairement admissibles à des procédures ultérieures. En conséquence, l'art. 5 ne va aucunement à l'encontre de la nécessité d'une immunité partielle, fondée sur l'art. 7, contre l'utilisation de la preuve dérivée.

Notre Cour avait compétence pour entendre le présent pourvoi puisque S pouvait légitimement soulever une question de droit fondée sur la contraignabilité de M comme témoin. Le ministère public a soulevé la question de droit associée aux droits et privilèges de M en Cour d'appel, et il serait contraire à notre système juridique de supposer que S n'avait pas le droit de répondre. Le pourvoi devant notre Cour n'est qu'une simple extension de la réponse de S.

La Cour d'appel n'a pas commis d'erreur en ordonnant un nouveau procès, conformément au sous-al. 686(4)(b)(i) du *Code criminel*. Le ministère public n'a pas reconnu l'existence d'un problème de continuité de la preuve et a seulement admis de façon générale que sa preuve ne satisfaisait pas à la norme de preuve en matière criminelle. Indépendamment des efforts du ministère public pour relier S à l'infraction en mettant l'accent sur la possession alléguée de certains biens, le ministère public projetait également de le relier à l'infraction au moyen de la déposition du témoin oculaire M. Dans ces circonstances, la Cour d'appel a eu raison d'ordonner un nouveau procès puisque l'on ne peut affirmer que le verdict aurait nécessairement été le même si M avait témoigné.

Le juge en chef Lamer: Les remarques du juge Iacobucci concernant le statut du principe interdisant l'auto-incrimination comme principe de justice fondamentale sont acceptées et ses conclusions quant à la possibilité de recourir à l'immunité relative à la preuve dérivée comme moyen de mettre en œuvre ce principe sont acceptées de façon générale. Cependant, dans certaines circonstances, l'art. 7 de la *Charte* offrira une

guard adequately the right of individuals not to be compelled to incriminate themselves and will mandate exceptions to the general rule that the state is entitled to every person's evidence. The right of an accused not to be forced into assisting in his own prosecution is perhaps the most important principle in criminal law and the principles of fundamental justice require that courts retain the discretion to exempt witnesses from being compelled to testify, in appropriate circumstances. The person claiming the exemption has the burden of satisfying the judge that in all the circumstances the prejudice to his interests overbears the necessity of obtaining the evidence. The factors suggested by *Sopinka J.* will ordinarily need to be considered by the judge exercising this discretion. Here, the trial judge erred in quashing the subpoena against M on the basis of an absolute right to silence.

Iacobucci J.'s conclusions on the other issues arising in this case were agreed with.

Per Sopinka and McLachlin JJ.: The question in this case is whether, under the principles of fundamental justice, a co-accused can be compelled as a witness. This question can be resolved in each case by balancing the principle that the state is entitled to every person's evidence and the principle that an accused is entitled to remain silent. This, generally, is the approach which accords with the common law and therefore, if carried into s. 7 of the *Charter*, is the relevant principle of fundamental justice. If not included in s. 7, it remains a principle of the common law.

It would be consistent with the development of the common law and the principles of fundamental justice to allow the court to make an exception to the general right of the state to every person's evidence when the right of the accused to remain silent is seen to outweigh the necessity of having that evidence. This exception would recognize the anomaly of the systematic compulsion of persons accused of crime to testify in other proceedings while, at the same time, they are entitled to remain silent if interrogated by the police before their trial and are granted absolute immunity from testifying during their trial. The absence of such an exception would undermine these rights if not rendering them illusory. This approach accepts the basic tenets of the applicable common law principles but with a flexible, principled approach to the exceptions to a common law rule.

protection supplémentaire au-delà de l'immunité relative à la preuve de façon à sauvegarder le droit des individus de ne pas être contraints à s'incriminer, et il exigera des exceptions à la règle générale suivant laquelle l'État a droit au témoignage de chacun. Le principe directeur qui est sans doute le plus important en droit criminel est le droit de l'accusé de ne pas être contraint de prêter son concours aux poursuites intentées contre lui et les principes de justice fondamentale exigent que les tribunaux conservent le pouvoir discrétionnaire d'exempter une personne de l'obligation de témoigner, dans des circonstances appropriées. La personne qui réclame l'exemption a le fardeau de convaincre le juge que, dans toutes les circonstances, l'atteinte à ses droits l'emporte sur la nécessité d'obtenir le témoignage. Les facteurs énumérés par le juge *Sopinka* devront ordinairement être examinés par le juge qui exerce ce pouvoir discrétionnaire. En l'espèce, le juge du procès a commis une erreur en annulant le subpoena délivré contre M sur le fondement que ce dernier possédait un droit absolu de garder le silence.

Les conclusions du juge Iacobucci sur les autres questions soulevées en l'espèce sont acceptées.

Les juges Sopinka et McLachlin: La question en l'espèce est de déterminer si, en vertu des principes de justice fondamentale, le coaccusé peut être contraint à témoigner. On peut résoudre cette question dans chaque cas en soupesant le principe selon lequel l'État a droit au témoignage de toute personne en fonction du principe selon lequel l'accusé a le droit de garder le silence. C'est généralement le point de vue qui est compatible avec la common law et qui est donc le principe pertinent de justice fondamentale, si on le transpose à l'art. 7 de la *Charte*. Hors du cadre de l'art. 7, il demeure un principe de common law.

Il serait compatible avec l'évolution de la common law et des principes de justice fondamentale de permettre au tribunal d'établir une exception au droit général de l'État au témoignage de toute personne, dans les cas où l'on considère que le droit de l'accusé de garder le silence l'emporte sur la nécessité d'obtenir ce témoignage. Cette exception reconnaîtrait qu'il serait anormal de contraindre systématiquement les personnes accusées d'un crime à témoigner dans d'autres procédures, alors que celles-ci auraient, en même temps, le droit de garder le silence si elles étaient interrogées par la police avant leur procès et bénéficieraient d'un droit absolu de ne pas témoigner au cours de leur procès. L'absence d'une telle exception minerait ces droits et pourrait même les rendre illusoire. Cette méthode accepte les préceptes fondamentaux des principes de common law applicables,

Further, this approach does not affect the operation of s. 5 of the *Canada Evidence Act*, which deals with the right of a witness who is already on the stand. It is also more conducive to the efficient conduct of trials.

In some cases, the unfairness of compelling a witness to testify will not appear until after that witness has given evidence. In such circumstances, the person so compelled should not be precluded from seeking a remedy at the trial stage in proceedings against that person.

A person charged may thus have a right to an exception from the principle that the state is entitled to every person's evidence. The person claiming the exception must assert the right before his testimony is taken and has the burden of satisfying the judge that in all the circumstances the prejudice to his interests overbears the necessity of obtaining the evidence. A person who is for all intents and purposes an accused but has not been formally charged may in some circumstances also claim the exception. In balancing the accused's interest in remaining silent against the Crown's interest in obtaining evidence, the following non-exhaustive factors should be considered in arriving at a decision with respect to compellability: (1) the relative importance of the evidence to the prosecution in respect of which the accused is compelled; (2) whether the evidence can be obtained in some other manner; (3) whether the trial or other disposition of the charge against the accused whose evidence is sought to be compelled could reasonably be held before he is called to testify; (4) the relationship between the proposed questions to the accused witness and the issues in his trial; (5) whether the evidence of the accused witness is likely to disclose defences or other matters which will assist the Crown notwithstanding the application of s. 5(2) of the *Canada Evidence Act*; and (6) any other prejudice to the accused witness, including the effect of publication of his evidence. Failure to raise the issue of compellability at the appropriate time, or an adverse ruling in that regard, will in some circumstances not preclude the matter being renewed in subsequent proceedings. Here, the trial judge erred in quashing the subpoena against M on the basis of the application of an absolute right to remain silent which made him non-compellable. Since

mais assortis d'une approche souple, et fondée sur des principes, des exceptions à une règle de common law. Par ailleurs, cette méthode ne modifie pas l'application de l'art. 5 de la *Loi sur la preuve au Canada*, qui porte sur le droit d'un témoin qui est déjà à la barre. Cette méthode favorise également davantage le bon déroulement des procès.

Dans certains cas, le caractère inéquitable de la contrainte du témoin n'apparaîtra qu'après la déposition de ce témoin. Dans de telles circonstances, la personne ainsi contrainte ne devrait pas être empêchée de demander réparation à l'étape du procès dans les poursuites engagées contre elle.

Une personne accusée peut donc avoir le droit de profiter d'une exception au principe selon lequel l'État a droit au témoignage de toute personne. La personne qui invoque l'exception doit faire valoir ce droit avant de témoigner et a le fardeau de convaincre le juge que, dans toutes les circonstances, l'atteinte à ses droits l'emporte sur la nécessité d'obtenir le témoignage. Une personne qui est à toutes fins pratiques un accusé, mais qui n'a pas encore été officiellement accusée, peut dans certaines circonstances, invoquer cette exception. Lorsque l'on soupèse le droit d'un accusé de garder le silence en fonction de celui du ministère public d'obtenir les éléments de preuve, pour en arriver à une décision sur la contraignabilité, on devrait tenir compte des facteurs suivants dont l'énumération n'est pas exhaustive: (1) l'importance relative du témoignage dans les poursuites au cours desquelles l'accusé est contraint de témoigner; (2) la question de savoir si les éléments de preuve peuvent être obtenus d'une autre façon; (3) la question de savoir si le procès ou toute décision relative à l'accusation portée contre la personne accusée, que l'on veut contraindre à témoigner, pourrait raisonnablement avoir lieu avant que cette personne ne soit assignée à témoigner; (4) le rapport entre les questions que l'on compte poser au témoin accusé et les questions en litige dans le procès intenté contre lui; (5) la question de savoir si le témoin accusé risque de divulguer ses moyens de défense ou d'autres renseignements qui aideront le ministère public, nonobstant l'application du par. 5(2) de la *Loi sur la preuve au Canada*; et (6) tout autre préjudice pour le témoin accusé, y compris l'effet de la publication de son témoignage. Le défaut de soulever la question de la contraignabilité au moment approprié, ou une décision défavorable à ce sujet, n'empêchera pas que, dans certaines circonstances, la question soit renouvelée dans des procédures ultérieures. En l'espèce, le juge du procès a commis une erreur en annulant le subpoena délivré contre M pour le motif que celui-ci avait un droit absolu de garder le silence, qui le rendait non

the charge against M has been stayed, however, the issue of his compellability will not arise at S's new trial.

Per L'Heureux-Dubé and Gonthier JJ.: Common law protections against self-incrimination focus specifically on situations in which the state seeks to rely on compelled communications — words or actions that may be communicative in character — as a means of proving the accused's guilt. The principle is not so broad as to contemplate all self-incriminatory effects. Such a broad vision of the principle against self-incrimination would be inconsistent with many state actions, such as compulsion to submit to a breath sample, fingerprinting, participation in identification line-ups, or compulsion to produce documents, all of which implicate the individual in his own prosecution. There is also no rule at common law that prohibits use by the state of derivative evidence *per se*. The derivative use immunity approach is an American invention required to deal with the unique language of their Fifth Amendment. Many of the concerns at common law said to be countenanced by the principle against self-incrimination actually relate even more fundamentally to general considerations of fairness, human decency and the integrity of the judicial system. The doctrine of abuse of process has developed as a means to address these concerns directly. The occasional exception to compellability has been recognized to address these concerns indirectly. If exceptions are to be made to the general rule of compellability, then they should develop along the lines of these underlying principles of fairness rather than out of an imprecise extension of the common law principle against self-incrimination.

In the *Charter*, ss. 10(b), 11(c) and 11(d) are evidence that there exists a residual principle against self-incrimination under s. 7. This protection manifests itself in the form of the "right to silence". A careful examination of ss. 13, 24 and 7 of the *Charter*, however, reveals that the *Charter* has not created a broader fundamental principle against self-incrimination than that which existed previously at common law.

The historical context in which s. 13 of the *Charter* was introduced suggests strongly that Parliament did not intend to enhance significantly the protections against self-incrimination available under s. 5(2) of the *Canada Evidence Act*. Had the *Charter's* drafters intended to depart from the Canadian *status quo* towards the Ameri-

contraignable. Cependant, puisque l'accusation contre M a été suspendue, la question de la contraignabilité de M ne se posera pas au nouveau procès de S.

Les juges L'Heureux-Dubé et Gonthier: Les protections de common law contre l'auto-incrimination sont spécifiquement axées sur des situations où l'État cherche à utiliser des communications forcées — c'est-à-dire des paroles ou actes de nature communicatrice — comme moyen de prouver la culpabilité de l'accusé. Le principe n'est pas assez large pour englober tous les effets auto-incriminants. Une interprétation aussi large du principe interdisant l'auto-incrimination serait incompatible avec de nombreuses mesures d'État, telles la possibilité de contraindre une personne à fournir un échantillon d'haleine, la prise d'empreintes digitales, la participation à une séance d'identification ou la production de documents, qui nécessitent toutes la participation de la personne aux poursuites dont elle fait l'objet. De plus, aucune règle de common law n'interdit à l'État d'utiliser des éléments de preuve dérivés. L'immunité contre la preuve dérivée a été inventée aux États-Unis dans le but de résoudre le problème unique posé par le Cinquième amendement. Un grand nombre des préoccupations auxquelles répond la common law par le principe interdisant l'auto-incrimination se rapportent de façon encore plus fondamentale aux considérations générales d'équité, de décence humaine et d'intégrité du système judiciaire. La doctrine de l'abus des procédures a été élaborée pour fournir un moyen de répondre directement à ces préoccupations. Les exceptions occasionnelles à la contraignabilité ont été reconnues comme permettant de répondre indirectement à ces préoccupations. S'il faut faire des exceptions à la règle générale de la contraignabilité, ces exceptions devraient être élaborées en fonction de ces principes sous-jacents d'équité au lieu de procéder d'un élargissement imprécis du principe de common law interdisant l'auto-incrimination.

Dans la *Charte*, les al. 10b), 11c) et 11d) démontrent qu'il existe, en vertu de l'art. 7, un principe résiduel interdisant l'auto-incrimination. Cette protection résiduelle se manifeste dans le «droit de garder le silence». Un examen minutieux des art. 13, 24 et 7 de la *Charte* démontre que la *Charte* n'a pas créé de principe fondamental interdisant l'auto-incrimination plus large que ce qui existait auparavant en common law.

Le contexte historique de l'adoption de l'art. 13 de la *Charte* indique nettement que le Parlement n'avait pas l'intention d'accroître fortement les mesures de protection contre l'auto-incrimination prévues par le par. 5(2) de la *Loi sur la preuve au Canada*. Si les rédacteurs de la *Charte* avaient eu l'intention de s'écarter du statu quo

can model involving derivative use immunity, there would have been material changes in the wording or breadth of s. 13 as compared to s. 5(2). The drafters would not have left such an important change to the indefinite realm of the principles of fundamental justice under s. 7 of the *Charter*.

The *Charter* did not, under s. 7, actually create any brand new principles of fundamental justice. The *Charter* embodies those principles which Canadians consider fundamental to our system of justice and the principle against self-incrimination has not been radically redefined by the advent of the *Charter*. Defining "self-incrimination" over-inclusively as arising whenever the state obtains evidence which it could not have obtained "but for" the individual's participation would take the notion of self-incrimination far beyond the communicative character that grounds it at common law. If a principle against self-incrimination under s. 7 of the *Charter* were to be based on the "but for" test, the admission of evidence obtained through breathalyzers, fingerprinting, searches, or compelled production of documents would be inconsistent with s. 7. Objections made to the constitutionality of such evidence, however, are only recognized under the *Charter* in so far as they address the manner in which that evidence was obtained. Objections to the fact that such evidence may be gathered, and to the fact that the individual was compelled to assist in its production, are not recognized under the *Charter*. Both the common law and the *Charter* draw a fundamental distinction between incriminating evidence and self-incriminating evidence: the former is evidence which tends to establish the accused's guilt, while the latter is evidence which tends to establish the accused's guilt by his own admission, or based upon his own communication. The s. 7 principle against self-incrimination that is fundamental to justice requires protection against the use of compelled evidence which tends to establish the accused's guilt on the basis of the latter grounds, but not the former. Since evidence may not be admitted at trial on the basis of any compelled act which is communicative in character, the substantive fairness of the trial is not prejudiced by the fact of prior compelled testimony. Any remaining concerns about fairness must therefore relate to the manner by which the derivative evidence was obtained, and are therefore procedural. Such concerns centre on the integrity of our justice system and on fairness to, and the dignity of, the individual. These concerns are addressed by resort to the notions of fundamental fairness which underlie almost all of the values and principles said to flow from our *Charter*, and not

canadien en faveur du modèle américain qui offre une immunité contre l'utilisation de la preuve dérivée, il y aurait eu des différences notables entre le libellé de l'art. 13 et celui du par. 5(2). Les rédacteurs n'auraient pas laissé un changement si important se rattacher au vague domaine des principes de justice fondamentale en vertu de l'art. 7 de la *Charte*.

La *Charte* n'a pas, en vertu de l'art. 7, réellement créé de tout nouveaux principes de justice fondamentale. La *Charte* enchâsse tous les principes que les Canadiens considèrent comme fondamentaux dans notre système de justice et n'a pas radicalement redéfini le principe interdisant l'auto-incrimination. Donner à l'«auto-incrimination» une définition de portée excessive englobant tous les cas où l'État obtient des éléments de preuve qu'il n'aurait pu obtenir «n'eût été» la participation de l'intéressé, élargirait la notion d'auto-incrimination bien au-delà de la nature communicative qui en est le fondement en common law. Si le principe interdisant l'auto-incrimination en vertu de l'art. 7 de la *Charte* était fondé sur le critère du «n'eût été», l'utilisation d'éléments de preuve obtenus par des analyses de l'haleine, la prise d'empreintes digitales, des fouilles ou perquisitions, ou encore la production forcée de documents serait incompatible avec l'art. 7. Les objections soulevées quant à la constitutionnalité de ces éléments de preuve ne sont reconnues en vertu de la *Charte* que dans la mesure où elles visent la manière par laquelle la preuve a été obtenue. Des objections au fait que la preuve a été obtenue et au fait que la personne a été contrainte de participer à son obtention ne sont pas reconnues en vertu de la *Charte*. Tant la common law que la *Charte* font une distinction fondamentale entre une preuve incriminante et une preuve auto-incriminante: la première est la preuve qui tend à établir la culpabilité de l'accusé, alors que la deuxième est la preuve qui tend à établir la culpabilité de l'accusé par suite de son propre aveu ou de sa propre déclaration. Le principe interdisant l'auto-incrimination visé à l'art. 7, qui est fondamental pour la justice, nécessite une protection contre l'utilisation de témoignages forcés qui tendent à établir la culpabilité de l'accusé à partir de la deuxième catégorie et non de la première. Puisque des éléments de preuve résultant d'un acte fait sous la contrainte, de nature communicative, ne peuvent être admis au procès, le fait d'un témoignage antérieur forcé n'est pas préjudiciable à l'équité substantielle du procès. Toute préoccupation subsistant quant à l'équité doit donc être reliée à la manière dont la preuve dérivée a été obtenue et est donc d'ordre procédural. Ces préoccupations sont axées sur l'intégrité de notre système de justice ainsi que sur l'équité envers la personne

merely by a broad expansion of the principle against self-incrimination.

Furthermore, like other provisions of the *Charter*, s. 7 must be approached purposively. A commitment to purposive interpretation entails a commitment to ensuring that a legal principle is interpreted sufficiently broadly to further the interests it is meant to protect, yet not so broadly as to overshoot them. Ultimately, the principles of fundamental justice require a balancing of societal interests with those of the accused. To strike a balance that would effectively prohibit the state from engaging in otherwise lawful activity, in furtherance of a pressing and substantial state objective, which nonetheless has the effect of conscripting an individual to assist in his own investigation, would stultify law enforcement in our country. Accordingly, the common thread that is truly fundamental to our system of justice cannot be so broad as to extend to all potentially self-incriminatory effects of state action. What is fundamental to justice is that the state not be able to invade the sanctum of the mind for the purpose of incriminating that individual. This fundamental tenet is preserved, in its entirety, by a principle against self-incrimination that is communicative in character. This principle, in turn, is largely embodied in s. 13 of the *Charter*. To the extent that state compulsion may elicit incriminating communications or communicative behaviour from an individual even though not in the context of formal proceedings, this fundamental protection is rounded out by the recognition of a residual right to silence in s. 7. The right to silence in s. 7 is triggered when an adversarial relationship arises between the individual and the state. Given the protections that already enure to a witness under s. 13 of the *Charter* and s. 5 of the *Canada Evidence Act*, an individual who is compelled as a witness at other proceedings only truly stands in an adversarial position *vis-à-vis* the state when the state is seeking predominantly to build its case against that witness. This adversarial position can exist even in circumstances where the witness has not yet been charged. As long as the state is pursuing a valid purpose and not seeking predominantly to obtain discovery against the witness, however, the right to silence is not engaged, nor has an adversarial relationship between the compelled witness and the state crystallized.

et la dignité de la personne. On répond à ces préoccupations en recourant aux notions d'équité fondamentale qui sous-tendent presque toutes les valeurs et principes censés découler de notre *Charte*, et non par un élargissement imprécis du principe interdisant l'auto-incrimination.

Par ailleurs, comme d'autres dispositions de la *Charte*, l'art. 7 doit être interprété en fonction de son objet, ce qui exige de veiller à ce qu'un principe juridique soit interprété de façon suffisamment large pour favoriser les intérêts qu'il est censé protéger, mais non de façon si large qu'il aille au-delà de ces intérêts. En fin de compte, les principes de justice fondamentale exigent la pondération des droits de la société et de ceux de l'accusé. Établir un équilibre qui aurait pour effet d'interdire à l'État de s'engager dans des activités par ailleurs légitimes, dans la poursuite d'un objectif urgent et réel, qui a néanmoins pour effet de forcer une personne à participer à une enquête la concernant, paralyserait le processus d'application de la loi dans notre pays. Par conséquent, le lien fondamental à la base de notre système de justice n'est pas assez large pour englober tous les effets éventuellement auto-incriminants des mesures prises par l'État. Il est fondamental dans notre système de justice que l'État ne puisse violer le sanctuaire que constitue l'esprit d'une personne dans le but de l'incriminer. Ce précepte fondamental est préservé en totalité par le principe interdisant l'auto-incrimination qui est de nature communicatrice. Ce principe, à son tour, est en grande partie constitutionnalisé par l'art. 13 de la *Charte*. Dans la mesure où la contrainte de l'État peut soutirer à une personne des déclarations incriminantes ou un comportement communicateur, même hors du contexte de procédures formelles, cette protection fondamentale se trouve parachevée par la reconnaissance d'un droit résiduel de garder le silence en vertu de l'art. 7. Le droit de garder le silence prend naissance au moment où un rapport contradictoire naît entre l'État et l'individu. Étant donné les protections déjà accordées au témoin par l'art. 13 de la *Charte* et l'art. 5 de la *Loi sur la preuve au Canada*, la personne contrainte à témoigner dans d'autres procédures n'est vraiment dans un rapport contradictoire avec l'État que dans le cas où l'État cherche principalement à constituer une preuve contre ce témoin. Ce rapport contradictoire peut exister même dans des cas où le témoin n'a pas encore été inculpé. Toutefois, tant que l'État poursuit un objectif valide et qu'il ne cherche pas principalement à constituer une preuve contre le témoin, le droit de garder le silence n'entre pas en jeu et le rapport contradictoire entre le témoin forcé et l'État ne se matérialise pas.

Section 24(2) of the *Charter* is a remedy for a breach of a *Charter* right. It is neither a substantive right itself nor a principle of fundamental justice. The s. 24(2) jurisprudence elaborates mainly upon what is meant by the phrase "bringing the administration of justice into disrepute" and should not be overly relied upon in order to define a principle of fundamental justice under s. 7. Section 24(2) is not coextensive with s. 7. If the principles of fundamental justice are the bedrock of our legal system, then they must rest on more solid foundations than this Court's most recent jurisprudence governing s. 24(2).

A witness may be entitled to claim an exception under s. 7 from the principle that the state is entitled to every person's evidence if it is established that the Crown is engaging in fundamentally unfair conduct. Attempts to by-pass the procedural safeguards that are intrinsic to the notions of dignity and individual liberty contained in the *Charter* and to our conception of fundamental trial fairness are fundamentally unfair conduct that violates the principles of fundamental justice. Fundamentally unfair conduct thus will most frequently occur when the Crown is seeking, as its predominant purpose (rather than incidentally), to build or advance its case against that witness instead of acting in furtherance of those pressing and substantial purposes validly within the jurisdiction of the body compelling the testimony. A witness may not be compelled in a proceeding which is, in essence, an investigation of that witness, rather than a prosecution of an accused. When the state legitimately compels an individual to testify in order to pursue a valid purpose, unfavourable effects flowing from the disclosure of information that may incriminate or otherwise prejudice that person would not *per se* contravene the principles of fundamental justice embodied in s. 7, given other existing protections under the *Charter*. As well, the subsequent acquisition of evidence which may be derivative would not, *per se*, violate the *Charter*, where that evidence is acquired in a manner that is incidental to the valid purposes for which the witness was compelled. The onus is on the witness to establish fundamentally unfair conduct contrary to s. 7. In determining whether such conduct exists, the status of that witness as a person who has already been charged is not conclusive, but is an important factor in determining whether fundamentally unfair conduct has been established. While findings of fundamentally unfair conduct should not be limited to persons charged, as a practical

Le paragraphe 24(2) prévoit une réparation à une violation d'un droit garanti par la *Charte*. Il ne crée ni un droit substantiel ni un principe de justice fondamentale. La jurisprudence du par. 24(2) traite principalement de l'expression «déconsidérer l'administration de la justice» et ne devrait pas servir à définir un principe de justice fondamentale au sens de l'art. 7. Le paragraphe 24(2) n'a pas le même champ d'application que l'art. 7. Si les principes de justice fondamentale sont les assises de notre système juridique, ils doivent reposer sur des fondations plus solides que sur la jurisprudence la plus récente de notre Cour relative au par. 24(2).

Un témoin peut être en droit de revendiquer une exception, en vertu de l'art. 7, au principe selon lequel l'État a droit au témoignage de quiconque s'il est établi que le ministère public adopte une conduite fondamentalement inéquitable. Les tentatives de contournement des garanties procédurales, qui sont intrinsèques aux notions de dignité et liberté de la personne dans la *Charte* et à notre conception de l'équité fondamentale du procès, constituent une conduite fondamentalement inéquitable qui viole les principes de justice fondamentale. La conduite fondamentalement inéquitable survient le plus souvent lorsque le ministère public cherche principalement (plutôt qu'accessoirement) à bâtir ou à faire avancer la constitution de sa preuve contre le témoin au lieu de poursuivre les objectifs pressants et réels qui relèvent valablement de la compétence de l'organisme qui contraint à témoigner. On ne peut contraindre un témoin dans des procédures qui sont essentiellement une enquête visant ce témoin plutôt que la poursuite d'un accusé. Dans les cas où l'État est justifié de contraindre une personne à témoigner pour une fin valide, les effets défavorables de la divulgation par cette personne de renseignements susceptibles de l'incriminer ou de lui préjudicier ne vont pas en soi à l'encontre des principes de justice fondamentale constitutionnalisés à l'art. 7, étant donné les autres protections existant en vertu de la *Charte*. Par ailleurs, l'obtention subséquente d'éléments de preuve dérivés ne va pas non plus en soi à l'encontre de la *Charte* lorsqu'ils sont obtenus d'une façon qui est accessoire aux fins valides pour lesquelles le témoin a été contraint. Il incombe au témoin d'établir la conduite fondamentalement inéquitable contrevenant à l'art. 7. Pour déterminer s'il y a une telle conduite, le statut du témoin comme personne ayant déjà fait l'objet d'une accusation n'est pas concluant, mais constitue un facteur important quand il faut décider si la conduite fondamentalement inéquitable a été établie. Quoique les constatations relatives à la conduite fondamentalement inéquitable ne doivent pas être limitées aux accusés, en

matter it will be difficult to establish such conduct without such status.

The issue of fundamentally unfair conduct amounting to a breach of the principles of fundamental justice in s. 7 may be raised when the witness is subpoenaed and when the witness is tried. At the subpoena stage, the state shall disclose to the tribunal the general purpose for which it seeks to compel that individual's testimony and the relative importance of that evidence to the prosecution in respect of which the witness is compelled. The witness may then attempt to demonstrate fundamentally unfair conduct from the fact of the compulsion. If the witness succeeds, the appropriate remedy will be a quashing of the subpoena. If not, the issue may again be raised at the trial stage. At that stage, the court will ask itself whether, if what is now known had been known at the time the state sought to compel the witness, an exception would have been made to the general rule of compellability and the subpoena would have been quashed. Through fundamentally unfair conduct, the state may have gained important and diverse strategic advantages. If fundamentally unfair conduct contrary to s. 7 is demonstrated at that stage, the appropriate remedy is generally a stay of proceedings.

In light of the finding as to Crown conduct that would violate s. 7, the protections accorded a witness under ss. 7 and 13 of the *Charter* are such that although s. 5 of the *Canada Evidence Act* abrogates the common law privilege against self-incrimination, this fact does not render s. 5 unconstitutional. Section 5 therefore does not violate s. 7 of the *Charter*.

In the present case, the compulsion to testify subject to possible imprisonment for failure to comply was, itself, a deprivation of liberty which brings the issue of the witness's compellability within the scope of a s. 7 examination. The trial judge, however, erred in quashing the subpoena against M since he arrived at this conclusion on the basis that, under the circumstances, M should enjoy an absolute right to remain silent. The charge against M has been stayed and any question as to his compellability is now moot.

Cases Cited

By Iacobucci J.

Distinguished: *R. v. Hebert*, [1990] 2 S.C.R. 151; **considered:** *Batary v. Attorney General for Saskatche-*

pratique il sera assez difficile d'établir une telle conduite en l'absence d'un tel statut.

La question de la conduite fondamentalement inéquitable constituant une violation des principes de justice fondamentale au sens de l'art. 7 peut être soulevée au moment où le témoin est assigné et au procès du témoin. À l'étape du subpoena, l'État devra divulguer au tribunal l'objectif général de la contrainte et l'importance relative de cette preuve pour la poursuite à l'égard de laquelle le témoin est contraint à témoigner. Le témoin peut alors tenter de démontrer la conduite fondamentalement inéquitable en se fondant sur le fait de la contrainte. Si le témoin réussit, la réparation appropriée est l'annulation du subpoena. S'il ne réussit pas, la question peut être soulevée de nouveau à l'étape du procès. À cette étape, le tribunal se posera essentiellement la question suivante: si ce que l'on sait maintenant avait été connu au moment où l'État cherchait à contraindre le témoin, une exception aurait-elle été faite à la règle générale de contraignabilité et le subpoena aurait-il été annulé? Par sa conduite fondamentalement inéquitable, l'État peut avoir acquis des avantages stratégiques nombreux et importants. Une fois démontrée à cette étape la conduite fondamentalement inéquitable, contraire à l'art. 7, la réparation est en général l'arrêt des procédures.

Compte tenu de la conclusion relative à la conduite du ministère public qui constituerait une violation de l'art. 7, les protections offertes au témoin en vertu des art. 7 et 13 de la *Charte* sont telles que, même si l'art. 5 de la *Loi sur la preuve au Canada* abroge le privilège de common law contre l'auto-incrimination, ceci ne rend pas l'art. 5 inconstitutionnel. L'article 5 ne viole donc pas l'art. 7 de la *Charte*.

En l'espèce, contraindre quelqu'un à témoigner sous peine d'emprisonnement en cas de refus d'obtempérer constitue en soi une atteinte à la liberté qui permet d'assujettir la question de la contraignabilité des témoins à l'art. 7. Cependant, le juge du procès a annulé à tort le subpoena visant M, puisqu'il est parvenu à cette décision en partant du principe que, dans les circonstances, M devrait bénéficier d'un droit absolu de garder le silence. L'accusation de M a été suspendue et toute question relative à sa contraignabilité est donc devenue purement théorique.

Jurisprudence

Citée par le juge Iacobucci

Distinction d'avec l'arrêt: *R. c. Hebert*, [1990] 2 R.C.S. 151; **arrêts examinés:** *Batary c. Attorney Gen-*

wan, [1965] S.C.R. 465; *Thomson Newspapers Ltd. v. Canada* (Director of Investigation and Research, Restrictive Trade Practices Commission), [1990] 1 S.C.R. 425; referred to: *Re Praisoody* (1990), 1 O.R. (3d) 606, 61 C.C.C. (3d) 404 (sub nom. *R. v. Devasagayam*); *Re Welton and The Queen* (1986), 29 C.C.C. (3d) 226; *R. v. Zurlo* (1990), 57 C.C.C. (3d) 407; *R. v. Morra* (1992), 11 O.R. (3d) 202; *Re B.C. Motor Vehicle Act*, [1985] 2 S.C.R. 486; *R. v. Vaillancourt*, [1987] 2 S.C.R. 636; *Singh v. Minister of Employment and Immigration*, [1985] 1 S.C.R. 177; *R. v. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 S.C.R. 713; *Di Iorio v. Warden of the Montreal Jail*, [1978] 1 S.C.R. 152; *Dubois v. The Queen*, [1985] 2 S.C.R. 350; *R. v. P. (M.B.)*, [1994] 1 S.C.R. 555; *R. v. Jones*, [1994] 2 S.C.R. 229; *R. v. Gruenke*, [1991] 3 S.C.R. 263; *Lilburn's Trial* (1637), 3 How. State Tr. 1316; *Lamb v. Munster* (1882), 10 Q.B.D. 110; *Bell v. Klein*, [1954] 1 D.L.R. 225; *Brown v. Hooper* (1885), 3 Man. R. 86; *R. v. Pantelidis*, [1943] 1 D.L.R. 569; *Marcoux v. The Queen*, [1976] 1 S.C.R. 763; *Rothman v. The Queen*, [1981] 1 S.C.R. 640; *R. v. Fee* (1887), 13 O.R. 590; *Gosselin v. The King* (1903), 33 S.C.R. 255; *Attorney General of Quebec and Keable v. Attorney General of Canada*, [1979] 1 S.C.R. 218; *Ibrahim v. The King*, [1914] A.C. 599; *R. v. Whittle*, [1994] 2 S.C.R. 914; *R. v. Wray*, [1971] S.C.R. 272; *R. v. Amway Corp.*, [1989] 1 S.C.R. 21; *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103; *R. v. Stinchcombe*, [1991] 3 S.C.R. 326; *R. v. Egger*, [1993] 2 S.C.R. 451; *Re Westinghouse Electric Corp. Uranium Contract Litigation MDL Docket No. 235 (No. 2)*, [1977] 3 All E.R. 717; *R. v. Whyte*, [1988] 2 S.C.R. 3; *R. v. Keegstra*, [1990] 3 S.C.R. 697; *R. v. Chaulk*, [1990] 3 S.C.R. 1303; *R. v. Romeo*, [1991] 1 S.C.R. 86; *R. v. Ratti*, [1991] 1 S.C.R. 68; *R. v. Downey*, [1992] 2 S.C.R. 10; *Counselman v. Hitchcock*, 142 U.S. 547 (1892); *R. v. Lyons*, [1987] 2 S.C.R. 309; *R. v. Beare*, [1988] 2 S.C.R. 387; *R. v. Seaboyer*, [1991] 2 S.C.R. 577; *R. v. Staranchuk* (1982), 3 C.C.C. (3d) 138 (Sask. Q.B.), rev'd on other grounds (1983), 8 C.C.C. (3d) 150 (Sask. C.A.); *R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 S.C.R. 295; *Re Regan*, [1939] 2 D.L.R. 135; *Faber v. The Queen*, [1976] 2 S.C.R. 9; *R. v. Scorey* (1748), 1 Leach 43, 168 E.R. 124; *Wakley v. Cooke* (1849), 4 Ex. 511, 154 E.R. 1316; *Re Transpacific Tours Ltd. and Director of Investigation & Research* (1985), 24 C.C.C. (3d) 103; *Haywood Securities Inc. v. Inter-Tech Resource Group Inc.* (1985), 24 D.L.R. (4th) 724; *Irvine v. Canada* (Restrictive Trade Practices Commission), [1987] 1 S.C.R. 181; *R. v. Wigglesworth*, [1987] 2 S.C.R. 541; *R. v. Power*, [1994] 1 S.C.R. 601; *R. v. Crooks* (1982), 39 O.R. (2d) 193; *R. v. Mazur* (1986), 27 C.C.C. (3d) 359 (B.C.C.A.), leave to appeal refused, [1986] 1 S.C.R. xi; *Kastigar v. United*

eral for Saskatchewan, [1965] R.C.S. 465; *Thomson Newspapers Ltd. c. Canada* (Directeur des enquêtes et recherches, Commission sur les pratiques restrictives du commerce), [1990] 1 R.C.S. 425; **arrêts mentionnés**: *Re Praisoody* (1990), 1 O.R. (3d) 606, 61 C.C.C. (3d) 404 (sub nom. *R. c. Devasagayam*); *Re Welton and The Queen* (1986), 29 C.C.C. (3d) 226; *R. c. Zurlo* (1990), 57 C.C.C. (3d) 407; *R. c. Morra* (1992), 11 O.R. (3d) 202; *Renvoi: Motor Vehicle Act de la C.-B.*, [1985] 2 R.C.S. 486; *R. c. Vaillancourt*, [1987] 2 R.C.S. 636; *Singh c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration*, [1985] 1 R.C.S. 177; *R. c. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 R.C.S. 713; *Di Iorio c. Gardien de la prison de Montréal*, [1978] 1 R.C.S. 152; *Dubois c. La Reine*, [1985] 2 R.C.S. 350; *R. c. P. (M.B.)*, [1994] 1 R.C.S. 555; *R. c. Jones*, [1994] 2 R.C.S. 229; *R. c. Gruenke*, [1991] 3 R.C.S. 263; *Lilburn's Trial* (1637), 3 How. State Tr. 1316; *Lamb c. Munster* (1882), 10 Q.B.D. 110; *Bell c. Klein*, [1954] 1 D.L.R. 225; *Brown c. Hooper* (1885), 3 Man. R. 86; *R. c. Pantelidis*, [1943] 1 D.L.R. 569; *Marcoux c. La Reine*, [1976] 1 R.C.S. 763; *Rothman c. La Reine*, [1981] 1 R.C.S. 640; *R. c. Fee* (1887), 13 O.R. 590; *Gosselin c. The King* (1903), 33 R.C.S. 255; *Procureur général du Québec et Keable c. Procureur général du Canada*, [1979] 1 R.C.S. 218; *Ibrahim c. The King*, [1914] A.C. 599; *R. c. Whittle*, [1994] 2 R.C.S. 914; *R. c. Wray*, [1971] R.C.S. 272; *R. c. Amway Corp.*, [1989] 1 R.C.S. 21; *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103; *R. c. Stinchcombe*, [1991] 3 R.C.S. 326; *R. c. Egger*, [1993] 2 R.C.S. 451; *Re Westinghouse Electric Corp. Uranium Contract Litigation MDL Docket No. 235 (No. 2)*, [1977] 3 All E.R. 717; *R. c. Whyte*, [1988] 2 R.C.S. 3; *R. c. Keegstra*, [1990] 3 R.C.S. 697; *R. c. Chaulk*, [1990] 3 R.C.S. 1303; *R. c. Romeo*, [1991] 1 R.C.S. 86; *R. c. Ratti*, [1991] 1 R.C.S. 68; *R. c. Downey*, [1992] 2 R.C.S. 10; *Counselman c. Hitchcock*, 142 U.S. 547 (1892); *R. c. Lyons*, [1987] 2 R.C.S. 309; *R. c. Beare*, [1988] 2 R.C.S. 387; *R. c. Seaboyer*, [1991] 2 R.C.S. 577; *R. c. Staranchuk* (1982), 3 C.C.C. (3d) 138 (B.R. Sask.), inf. pour un autre motif (1983), 8 C.C.C. (3d) 150 (C.A. Sask.); *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 R.C.S. 295; *Re Regan*, [1939] 2 D.L.R. 135; *Faber c. La Reine*, [1976] 2 R.C.S. 9; *R. c. Scorey* (1748), 1 Leach 43, 168 E.R. 124; *Wakley c. Cooke* (1849), 4 Ex. 511, 154 E.R. 1316; *Re Transpacific Tours Ltd. and Director of Investigation & Research* (1985), 24 C.C.C. (3d) 103; *Haywood Securities Inc. c. Inter-Tech Resource Group Inc.* (1985), 24 D.L.R. (4th) 724; *Irvine c. Canada* (Commission sur les pratiques restrictives du commerce), [1987] 1 R.C.S. 181; *R. c. Wigglesworth*, [1987] 2 R.C.S. 541; *R. c. Power*, [1994] 1 R.C.S. 601; *R. c. Crooks* (1982), 39 O.R. (2d) 193; *R. c. Mazur* (1986), 27 C.C.C. (3d) 359 (C.A.C.-B.), autorisa-

States, 406 U.S. 441 (1972); *Attorney-General v. Kelly* (1916), 28 D.L.R. 409; *R. v. Simpson*, [1943] 3 D.L.R. 355; *Re Ginsberg* (1917), 38 D.L.R. 261; *R. v. Kuldip*, [1990] 3 S.C.R. 618; *R. v. Collins*, [1987] 1 S.C.R. 265; *R. v. Pohoretsky*, [1987] 1 S.C.R. 945; *R. v. Ross*, [1989] 1 S.C.R. 3; *R. v. Black*, [1989] 2 S.C.R. 138; *R. v. Wise*, [1992] 1 S.C.R. 527; *R. v. Mellenthin*, [1992] 3 S.C.R. 615; *R. v. Colarusso*, [1994] 1 S.C.R. 20; *R. v. Elshaw*, [1991] 3 S.C.R. 24; *Sweitzer v. The Queen*, [1982] 1 S.C.R. 949; *R. v. Bartle*, [1994] 3 S.C.R. 173; *Vézeau v. The Queen*, [1977] 2 S.C.R. 277; *R. v. Morin*, [1988] 2 S.C.R. 345; *R. v. Kowlyk*, [1988] 2 S.C.R. 59; *R. v. C. (T.L.)*, [1994] 2 S.C.R. 1012.

By Lamer C.J.

Referred to: *R. v. P. (M.B.)*, [1994] 1 S.C.R. 555; *R. v. Jones*, [1994] 2 S.C.R. 229; *Batary v. Attorney General for Saskatchewan*, [1965] S.C.R. 465; *O'Hara v. British Columbia*, [1987] 2 S.C.R. 591.

By Sopinka J.

Referred to: *Batary v. Attorney General for Saskatchewan*, [1965] S.C.R. 465; *R. v. Amway Corp.*, [1989] 1 S.C.R. 21; *Re Spencer and The Queen* (1983), 145 D.L.R. (3d) 344 (Ont. C.A.), aff'd [1985] 2 S.C.R. 278; *R. v. Hebert*, [1990] 2 S.C.R. 151; *MacKeigan v. Hickman*, [1989] 2 S.C.R. 796; *R. v. Moran* (1987), 36 C.C.C. (3d) 225; *Re Mulronev and Coates* (1986), 54 O.R. (2d) 353; *Faber v. The Queen*, [1976] 2 S.C.R. 9; *O'Hara v. British Columbia*, [1987] 2 S.C.R. 591; *Hammond v. Commonwealth of Australia* (1982), 152 C.L.R. 188; *R. v. Pipe* (1966), 51 Cr. App. R. 17; *Re Regan*, [1939] 2 D.L.R. 135; *Re Welton and The Queen* (1986), 29 C.C.C. (3d) 226; *R. v. Zurlo* (1990), 57 C.C.C. (3d) 407; *R. v. Primeau* (1993), 108 Sask. R. 193; *Re Praissoody* (1990), 1 O.R. (3d) 606, 61 C.C.C. (3d) 404 (sub nom. *R. v. Devasagayam*); *R. v. Smith*, [1992] 2 S.C.R. 915; *R. v. Duvivier* (1991), 64 C.C.C. (3d) 20; *Thomson Newspapers Ltd. v. Canada (Director of Investigation and Research, Restrictive Trade Practices Commission)*, [1990] 1 S.C.R. 425; *R. v. Black*, [1989] 2 S.C.R. 138.

By L'Heureux-Dubé J.

Distinguished: *R. v. Hebert*, [1990] 2 S.C.R. 151; **considered:** *Batary v. Attorney General for Saskatchewan*, [1965] S.C.R. 465; **referred to:** *Thomson Newspapers Ltd. v. Canada (Director of Investigation and Research, Restrictive Trade Practices Commission)*, [1990] 1 S.C.R. 425; *R. v. Jones*, [1994] 2 S.C.R. 229; *Marcoux v. The Queen*, [1976] 1 S.C.R. 763; *Hogan v.*

tion de pourvoi refusée, [1986] 1 R.C.S. xi; *Kastigar c. United States*, 406 U.S. 441 (1972); *Attorney-General c. Kelly* (1916), 28 D.L.R. 409; *R. c. Simpson*, [1943] 3 D.L.R. 355; *Re Ginsberg* (1917), 38 D.L.R. 261; *R. c. Kuldip*, [1990] 3 R.C.S. 618; *R. c. Collins*, [1987] 1 R.C.S. 265; *R. c. Pohoretsky*, [1987] 1 R.C.S. 945; *R. c. Ross*, [1989] 1 R.C.S. 3; *R. c. Black*, [1989] 2 R.C.S. 138; *R. c. Wise*, [1992] 1 R.C.S. 527; *R. c. Mellenthin*, [1992] 3 R.C.S. 615; *R. c. Colarusso*, [1994] 1 R.C.S. 20; *R. c. Elshaw*, [1991] 3 R.C.S. 24; *Sweitzer c. La Reine*, [1982] 1 R.C.S. 949; *R. c. Bartle*, [1994] 3 R.C.S. 173; *Vézeau c. La Reine*, [1977] 2 R.C.S. 277; *R. c. Morin*, [1988] 2 R.C.S. 345; *R. c. Kowlyk*, [1988] 2 R.C.S. 59; *R. c. C. (T.L.)*, [1994] 2 R.C.S. 1012.

Citée par le juge en chef Lamer

Arrêts mentionnés: *R. c. P. (M.B.)*, [1994] 1 R.C.S. 555; *R. c. Jones*, [1994] 2 R.C.S. 229; *Batary c. Attorney General for Saskatchewan*, [1965] R.C.S. 465; *O'Hara c. Colombie-Britannique*, [1987] 2 R.C.S. 591.

Citée par le juge Sopinka

Arrêts mentionnés: *Batary c. Attorney General for Saskatchewan*, [1965] R.C.S. 465; *R. c. Amway Corp.*, [1989] 1 R.C.S. 21; *Re Spencer and The Queen* (1983), 145 D.L.R. (3d) 344 (C.A. Ont.), conf. par [1985] 2 R.C.S. 278; *R. c. Hebert*, [1990] 2 R.C.S. 151; *MacKeigan c. Hickman*, [1989] 2 R.C.S. 796; *R. c. Moran* (1987), 36 C.C.C. (3d) 225; *Re Mulronev and Coates* (1986), 54 O.R. (2d) 353; *Faber c. La Reine*, [1976] 2 R.C.S. 9; *O'Hara c. Colombie-Britannique*, [1987] 2 R.C.S. 591; *Hammond c. Commonwealth of Australia* (1982), 152 C.L.R. 188; *R. c. Pipe* (1966), 51 Cr. App. R. 17; *Re Regan*, [1939] 2 D.L.R. 135; *Re Welton and The Queen* (1986), 29 C.C.C. (3d) 226; *R. c. Zurlo* (1990), 57 C.C.C. (3d) 407; *R. c. Primeau* (1993), 108 Sask. R. 193; *Re Praissoody* (1990), 1 O.R. (3d) 606, 61 C.C.C. (3d) 404 (sub nom. *R. c. Devasagayam*); *R. c. Smith*, [1992] 2 R.C.S. 915; *R. c. Duvivier* (1991), 64 C.C.C. (3d) 20; *Thomson Newspapers Ltd. c. Canada (Directeur des enquêtes et recherches, Commission sur les pratiques restrictives du commerce)*, [1990] 1 R.C.S. 425; *R. c. Black*, [1989] 2 R.C.S. 138.

Citée par le juge L'Heureux-Dubé

Distinction d'avec l'arrêt: *R. c. Hebert*, [1990] 2 R.C.S. 151; **arrêt examiné:** *Batary c. Attorney General for Saskatchewan*, [1965] R.C.S. 465; **arrêts mentionnés:** *Thomson Newspapers Ltd. c. Canada (Directeur des enquêtes et recherches, Commission sur les pratiques restrictives du commerce)*, [1990] 1 R.C.S. 425; *R. c. Jones*, [1994] 2 R.C.S. 229; *Marcoux c. La*

The Queen, [1975] 2 S.C.R. 574; *R. v. Seaboyer*, [1991] 2 S.C.R. 577; *Rothman v. The Queen*, [1981] 1 S.C.R. 640; *R. v. Wray*, [1971] S.C.R. 272; *R. v. Whittle*, [1994] 2 S.C.R. 914; *R. v. Potvin*, [1989] 1 S.C.R. 525; *Re Regan*, [1939] 2 D.L.R. 135; *Faber v. The Queen*, [1976] 2 S.C.R. 9; *Di Iorio v. Warden of the Montreal Jail*, [1978] 1 S.C.R. 152; *Re B.C. Motor Vehicle Act*, [1985] 2 S.C.R. 486; *R. v. Prosper*, [1994] 3 S.C.R. 236; *R. v. Conway*, [1989] 1 S.C.R. 1659; *R. v. Strachan*, [1988] 2 S.C.R. 980; *R. v. Beare*, [1988] 2 S.C.R. 387; *Dagenais v. Canadian Broadcasting Corp.*, [1994] 3 S.C.R. 835; *Operation Dismantle Inc. v. The Queen*, [1985] 1 S.C.R. 441; *Ruben v. The Queen* (1983), 24 Man. R. (2d) 100; *Cunningham v. Canada*, [1993] 2 S.C.R. 143; *R. v. C. (T.L.)*, [1994] 2 S.C.R. 1012; *Re Welton and The Queen* (1986), 29 C.C.C. (3d) 226; *R. v. Zurlo* (1990), 57 C.C.C. (3d) 407; *Re Praisoody* (1990), 1 O.R. (3d) 606, 61 C.C.C. (3d) 404 (*sub nom. R. v. Devasagayam*); *Haywood Securities Inc. v. Inter-Tech Resource Group Inc.* (1985), 24 D.L.R. (4th) 724; *R. v. Power*, [1994] 1 S.C.R. 601; *A.T. & T. Istel Ltd. v. Tully*, [1992] 3 All E.R. 523; *R. v. Smith*, [1992] 2 S.C.R. 915.

Reine, [1976] 1 R.C.S. 763; *Hogan c. La Reine*, [1975] 2 R.C.S. 574; *R. c. Seaboyer*, [1991] 2 R.C.S. 577; *Rothman c. La Reine*, [1981] 1 R.C.S. 640; *R. c. Wray*, [1971] R.C.S. 272; *R. c. Whittle*, [1994] 2 R.C.S. 914; *R. c. Potvin*, [1989] 1 R.C.S. 525; *Re Regan*, [1939] 2 D.L.R. 135; *Faber c. La Reine*, [1976] 2 R.C.S. 9; *Di Iorio c. Gardien de la prison de Montréal*, [1978] 1 R.C.S. 152; *Renvoi: Motor Vehicle Act de la C.-B.*, [1985] 2 R.C.S. 486; *R. c. Prosper*, [1994] 3 R.C.S. 236; *R. c. Conway*, [1989] 1 R.C.S. 1659; *R. c. Strachan*, [1988] 2 R.C.S. 980; *R. c. Beare*, [1988] 2 R.C.S. 387; *Dagenais c. Société Radio-Canada*, [1994] 3 R.C.S. 835; *Operation Dismantle Inc. c. La Reine*, [1985] 1 R.C.S. 441; *Ruben c. The Queen* (1983), 24 Man. R. (2d) 100; *Cunningham c. Canada*, [1993] 2 R.C.S. 143; *R. c. C. (T.L.)*, [1994] 2 R.C.S. 1012; *Re Welton and The Queen* (1986), 29 C.C.C. (3d) 226; *R. c. Zurlo* (1990), 57 C.C.C. (3d) 407; *Re Praisoody* (1990), 1 O.R. (3d) 606, 61 C.C.C. (3d) 404 (*sub nom. R. c. Devasagayam*); *Haywood Securities Inc. c. Inter-Tech Resource Group Inc.* (1985), 24 D.L.R. (4th) 724; *R. c. Power*, [1994] 1 R.C.S. 601; *A.T. & T. Istel Ltd. c. Tully*, [1992] 3 All E.R. 523; *R. c. Smith*, [1992] 2 R.C.S. 915.

Statutes and Regulations Cited

Act further to amend The Canada Evidence Act, 1893, S.C. 1906, c. 10, s. 1.
Canada Evidence Act, R.S.C., 1985, c. C-5, s. 5.
Canada Evidence Act, 1893, S.C. 1893, c. 31, s. 4.
Canadian Bill of Rights, R.S.C., 1985, App. III.
Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 7, 8-14, 10(b), 11(c), 11(d), 13, 15, 24(2).
Competition Act, R.S.C., 1985, c. C-34, s. 45(1)(c) [am. c. 19 (2nd Supp.)], s. 30].
 Constitution of the United States, Fifth Amendment.
Constitution Act, 1867, s. 91(27).
Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, ss. 348(1)(b), 686(4)(b)(i), 691(2)(a) [rep. & sub. 1991, c. 43, s. 9 (Sch., item 9)].
Criminal Evidence Act, 1898 (U.K.), 61 & 62 Vict., c. 36, s. 1.
Criminal Justice and Public Order Act 1994 (U.K.), 1994, c. 33.
Young Offenders Act, R.S.C., 1985, c. Y-1, ss. 2(1), 5(1), 27(1) [rep. & sub. c. 24 (2nd Supp.)], s. 20(1)].

Lois et règlements cités

Acte de la preuve en Canada, 1893, S.C. 1893, ch. 31, art. 4.
Acte modifiant de nouveau l'Acte de la preuve en Canada, 1893, S.C. 1906, ch. 10, art. 1.
Charte canadienne des droits et libertés, art. 7, 8 à 14, 10b), 11c), 11d), 13, 15, 24(2).
Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 348(1)b), 686(4)b)(i), 691(2)a) [abr. & rempl. 1991, ch. 43, art. 9 (ann., art. 9)].
 Constitution des États-Unis, Cinquième amendement.
Criminal Evidence Act, 1898 (R.-U.), 61 & 62 Vict., ch. 36, art. 1.
Criminal Justice and Public Order Act 1994 (R.-U.), 1994, ch. 33.
Déclaration canadienne des droits, L.R.C. (1985), app. III.
Loi constitutionnelle de 1867, art. 91(27).
Loi sur la concurrence, L.R.C. (1985), ch. C-34, art. 45(1)c) [mod. ch. 19 (2^e suppl.), art. 30].
Loi sur la preuve au Canada, L.R.C. (1985), ch. C-5, art. 5.
Loi sur les jeunes contrevenants, L.R.C. (1985), ch. Y-1, art. 2(1), 5(1), 27(1) [abr. & rempl. ch. 24 (2^e suppl.), art. 20(1)].

Authors Cited

- Alberta. Law Reform Institute. Report No. 62. *Proposals for the Reform of the Public Inquiries Act*. Edmonton: The Institute, 1992.
- Canada. Canadian Committee on Corrections. *Toward Unity: Criminal Justice and Corrections*. Ottawa: Queen's Printer, 1969.
- Canada. Commission of Inquiry Concerning Certain Activities of the Royal Canadian Mounted Police. Second Report. *Freedom and Security under the Law*, vol. 2. Ottawa: The Commission, 1981.
- Canada. Federal/Provincial Task Force on Uniform Rules of Evidence. *Report of the Federal/Provincial Task Force on Uniform Rules of Evidence*. Toronto: Carswell, 1982.
- Canada. Law Reform Commission. *Report on Evidence*. Ottawa: The Commission, 1975.
- Canada. Law Reform Commission. Report 13. *Advisory and Investigatory Commissions*. Ottawa: The Commission, 1979.
- Canada. Law Reform Commission. Working Paper 17. *Commissions of Inquiry: A New Act*. Ottawa: The Commission, 1977.
- Canada. *The Canadian Constitution 1980: Proposed Resolution respecting the Constitution of Canada*. Ottawa, 1980.
- Cross, Rupert, Sir, and Colin Tapper. *Cross on Evidence*, 7th ed. London: Butterworths, 1990.
- Elman, Bruce P. "Returning to Wray: Some Recent Cases on Section 24 of the Charter" (1988), 26 *Alta. L. Rev.* 604.
- Ghio, R. S. "The Iran-Contra Prosecutions and the Failure of Use Immunity" (1992), 45 *Stan. L. Rev.* 229.
- Greer, Steven. "The Right to Silence: A Review of the Current Debate" (1990), 53 *Mod. L. Rev.* 709.
- Haines, Edson. "Future of the Law of Evidence — The Right to Remain Silent — Two Views" (View I). In Roger E. Salhany and Robert J. Carter, eds., *Studies in Canadian Criminal Evidence*. Toronto: Butterworths, 1972, 321.
- Henkel, William. "Competency, Compellability and Coroners' Courts" (1970), 12 *Crim. L.Q.* 166.
- Heydon, J. D. "Statutory Restrictions on the Privilege Against Self-Incrimination" (1971), 87 *L.Q.R.* 214.
- Hor, Michael. "The Privilege Against Self-Incrimination and Fairness to the Accused", [1993] *Singapore J. Legal Stud.* 35.
- MacNair, M. R. T. "The Early Development of the Privilege against Self-Incrimination" (1990), 10 *Oxford J. Legal Stud.* 66.
- Maloney, Arthur, and Paul V. Tomlinson. "Future of the Law of Evidence — The Right to Remain Silent —

Doctrine citée

- Alberta. Law Reform Institute. Report No. 62. *Proposals for the Reform of the Public Inquiries Act*. Edmonton: The Institute, 1992.
- Canada. Comité canadien de la réforme pénale et correctionnelle. *Justice pénale et correction: un lien à forger*. Ottawa: Imprimeur de la Reine, 1969.
- Canada. Commission d'enquête sur certaines activités de la Gendarmerie royale du Canada. Deuxième rapport. *La liberté et la sécurité devant la loi*, vol. 2. Ottawa: La Commission, 1981.
- Canada. Commission de réforme du droit. Document de travail 17. *Les commissions d'enquête: une nouvelle loi*. Ottawa: La Commission, 1977.
- Canada. Commission de réforme du droit. *Rapport sur la preuve*. Ottawa: La Commission, 1975.
- Canada. Commission de réforme du droit. Rapport 13. *Les commissions consultatives et les commissions d'enquête*. Ottawa: La Commission, 1979.
- Canada. Groupe de travail fédéral-provincial sur l'uniformisation des règles de preuve. *La preuve au Canada*. Cowansville, Qué.: Yvon Blais, 1983.
- Canada. *La Constitution canadienne 1980: Projet de résolution concernant la Constitution du Canada*. Ottawa, 1980.
- Cross, Rupert, Sir, and Colin Tapper. *Cross on Evidence*, 7th ed. London: Butterworths, 1990.
- Elman, Bruce P. «Returning to Wray: Some Recent Cases on Section 24 of the Charter» (1988), 26 *Alta. L. Rev.* 604.
- Ghio, R. S. «The Iran-Contra Prosecutions and the Failure of Use Immunity» (1992), 45 *Stan. L. Rev.* 229.
- Greer, Steven. «The Right to Silence: A Review of the Current Debate» (1990), 53 *Mod. L. Rev.* 709.
- Haines, Edson. «Future of the Law of Evidence — The Right to Remain Silent — Two Views» (View I). In Roger E. Salhany and Robert J. Carter, eds., *Studies in Canadian Criminal Evidence*. Toronto: Butterworths, 1972, 321.
- Henkel, William. «Competency, Compellability and Coroners' Courts» (1970), 12 *Crim. L.Q.* 166.
- Heydon, J. D. «Statutory Restrictions on the Privilege Against Self-Incrimination» (1971), 87 *L.Q.R.* 214.
- Hor, Michael. «The Privilege Against Self-Incrimination and Fairness to the Accused», [1993] *Singapore J. Legal Stud.* 35.
- MacNair, M. R. T. «The Early Development of the Privilege against Self-Incrimination» (1990), 10 *Oxford J. Legal Stud.* 66.
- Maloney, Arthur, and Paul V. Tomlinson. «Future of the Law of Evidence — The Right to Remain Silent —

- Two Views" (View II). In Roger E. Salhany and Robert J. Carter, eds., *Studies in Canadian Criminal Evidence*. Toronto: Butterworths, 1972, 335.
- Mewett, Alan W. "Law Enforcement and the Conflict of Values" (1970), 12 *Crim. L.Q.* 179.
- Mewett, Alan W. "Prejudicing an Accused" (1992), 34 *Crim. L.Q.* 385.
- Mewett, Alan W. "The Right to Silence" (1990), 32 *Crim. L.Q.* 273.
- Murphy, Jerome A. "The Aftermath of the Iran-Contra Trials: The Uncertain Status of Derivative Use Immunity" (1992), 51 *Md. L. Rev.* 1011.
- Ontario. Law Reform Commission. *Report on Public Inquiries*. Toronto: The Commission, 1992.
- Ontario. Law Reform Commission. *Report on the Law of Evidence*. Toronto: The Commission, 1976.
- Paciocco, David M. *Charter Principles and Proof in Criminal Cases*. Toronto: Carswell, 1987.
- Ratushny, Ed. "Is There a Right Against Self-Incrimination in Canada?" (1973), 19 *McGill L.J.* 1.
- Ratushny, Ed. *Self-Incrimination in the Canadian Criminal Process*. Toronto: Carswell, 1979.
- Ratushny, Ed. "Self-Incrimination: Nailing the Coffin Shut" (1978), 20 *Crim. L.Q.* 312.
- Ratushny, Ed. "The Role of the Accused in the Criminal Process". In Gérard-A. Beaudoin and Ed Ratushny, eds., *The Canadian Charter of Rights and Freedoms*, 2nd ed. Toronto: Carswell, 1989, 451.
- Robardet, Patrick. "Should We Abandon the Adversarial Model in Favour of the Inquisitorial Model in Commissions of Inquiry?" In A. Paul Pross, Innis Christie and John A. Yogis, eds., *Commissions of Inquiry*. Toronto: Carswell, 1990, 111.
- Schiff, Stanley A. *Evidence in the Litigation Process*, vol. 2, 4th ed. Scarborough, Ont.: Carswell, 1993.
- Sharpe, Robert J. *Injunctions and Specific Performance*, 2nd ed. Aurora, Ont.: Canada Law Book, 1993 (loose-leaf).
- Sopinka, John, Sidney N. Lederman and Alan W. Bryant. *The Law of Evidence in Canada*. Toronto: Butterworths, 1992.
- Stratas, David. *The Charter of Rights in Litigation: Direction from the Supreme Court of Canada*, vol. I. Aurora, Ont.: Canada Law Book, 1990 (loose-leaf).
- Watson, Jack. "Talking About the Right to Remain Silent" (1991), 34 *Crim. L.Q.* 106.
- Wigmore, John Henry. *Evidence in Trials at Common Law*, vol. 8. Revised by John T. McNaughton. Boston: Little, Brown & Co., 1961.
- Two Views» (View II). In Roger E. Salhany and Robert J. Carter, eds., *Studies in Canadian Criminal Evidence*. Toronto: Butterworths, 1972, 335.
- Mewett, Alan W. «Law Enforcement and the Conflict of Values» (1970), 12 *Crim. L.Q.* 179.
- Mewett, Alan W. «Prejudicing an Accused» (1992), 34 *Crim. L.Q.* 385.
- Mewett, Alan W. «The Right to Silence» (1990), 32 *Crim. L.Q.* 273.
- Murphy, Jerome A. «The Aftermath of the Iran-Contra Trials: The Uncertain Status of Derivative Use Immunity» (1992), 51 *Md. L. Rev.* 1011.
- Ontario. Law Reform Commission. *Report on Public Inquiries*. Toronto: The Commission, 1992.
- Ontario. Law Reform Commission. *Report on the Law of Evidence*. Toronto: The Commission, 1976.
- Paciocco, David M. *Charter Principles and Proof in Criminal Cases*. Toronto: Carswell, 1987.
- Ratushny, Ed. «Is There a Right Against Self-Incrimination in Canada?» (1973), 19 *McGill L.J.* 1.
- Ratushny, Ed. «Le rôle de l'accusé dans la poursuite criminelle». Dans Gérard-A. Beaudoin et Ed Ratushny, dir., *Charte canadienne des droits et libertés*, 2^e éd. Montréal: Wilson & Lafleur, 1989, 505.
- Ratushny, Ed. *Self-Incrimination in the Canadian Criminal Process*. Toronto: Carswell, 1979.
- Ratushny, Ed. «Self-Incrimination: Nailing the Coffin Shut» (1978), 20 *Crim. L.Q.* 312.
- Robardet, Patrick. «Should We Abandon the Adversarial Model in Favour of the Inquisitorial Model in Commissions of Inquiry?» In A. Paul Pross, Innis Christie and John A. Yogis, eds., *Commissions of Inquiry*. Toronto: Carswell, 1990, 111.
- Schiff, Stanley A. *Evidence in the Litigation Process*, vol. 2, 4th ed. Scarborough, Ont.: Carswell, 1993.
- Sharpe, Robert J. *Injunctions and Specific Performance*, 2nd ed. Aurora, Ont.: Canada Law Book, 1993 (loose-leaf).
- Sopinka, John, Sidney N. Lederman and Alan W. Bryant. *The Law of Evidence in Canada*. Toronto: Butterworths, 1992.
- Stratas, David. *The Charter of Rights in Litigation: Direction from the Supreme Court of Canada*, vol. I. Aurora, Ont.: Canada Law Book, 1990 (loose-leaf).
- Watson, Jack. «Talking About the Right to Remain Silent» (1991), 34 *Crim. L.Q.* 106.
- Wigmore, John Henry. *Evidence in Trials at Common Law*, vol. 8. Revised by John T. McNaughton. Boston: Little, Brown & Co., 1961.

APPEAL from a judgment of the Ontario Court of Appeal (1993), 12 O.R. (3d) 774, 61 O.A.C. 395, 80 C.C.C. (3d) 397, 21 C.R. (4th) 47, 14

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario (1993), 12 O.R. (3d) 774, 61 O.A.C. 395, 80 C.C.C. (3d) 397, 21 C.R. (4th) 47, 14 C.R.R.

C.R.R. (2d) 244, allowing the Crown's appeal from the young offender's acquittal on a charge of break, enter, and theft, and ordering a new trial. Appeal dismissed.

Alan D. Gold, for the appellant.

Michal Fairburn and *Scott Hutchison*, for the respondent.

S. Ronald Fainstein, Q.C., and *Robert J. Frater*, for the intervener the Attorney General of Canada.

Jacques Gauvin and *Gilles Laporte*, for the intervener the Attorney General of Quebec.

Marva J. Smith, for the intervener the Attorney General of Manitoba.

George H. Copley, for the intervener the Attorney General of British Columbia.

Graeme G. Mitchell, for the intervener the Attorney General for Saskatchewan.

Paul C. Bourque, for the intervener the Attorney General for Alberta.

The following are the reasons delivered by

LAMER C.J. — I have read the reasons of my colleagues Justice L'Heureux-Dubé, Justice Sopinka and Justice Iacobucci. While I agree with Iacobucci J.'s remarks concerning the status of the principle against self-incrimination as a principle of fundamental justice (remarks that are in accordance with the views I expressed in *R. v. P. (M.B.)*, [1994] 1 S.C.R. 555, and *R. v. Jones*, [1994] 2 S.C.R. 229), and while I generally agree with his conclusions regarding the availability of derivative-evidence immunity as a means of realizing this principle, I believe it is necessary to say more about the question of whether, in certain circumstances, s. 7 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* requires additional measures to be taken to safeguard the right of individuals not to be compelled to incriminate themselves.

(2d) 244, qui a accueilli l'appel interjeté par le ministère public contre l'acquiescement d'un jeune contrevenant, relativement à une accusation d'introduction par effraction et de vol, et ordonné la tenue d'un nouveau procès. Pourvoi rejeté.

Alan D. Gold, pour l'appellant.

Michal Fairburn et *Scott Hutchison*, pour l'intimée.

S. Ronald Fainstein, c.r., et *Robert J. Frater*, pour l'intervenant le procureur général du Canada.

Jacques Gauvin et *Gilles Laporte*, pour l'intervenant le procureur général du Québec.

Marva J. Smith, pour l'intervenant le procureur général du Manitoba.

George H. Copley, pour l'intervenant le procureur général de la Colombie-Britannique.

Graeme G. Mitchell, pour l'intervenant le procureur général de la Saskatchewan.

Paul C. Bourque, pour l'intervenant le procureur général de l'Alberta.

Version française des motifs rendus par

LE JUGE EN CHEF LAMER — J'ai lu les motifs de mes collègues les juges L'Heureux-Dubé, Sopinka et Iacobucci. Je suis d'accord avec les remarques du juge Iacobucci au sujet du statut du principe interdisant l'auto-incrimination comme principe de justice fondamentale (remarques qui sont conformes aux opinions que j'ai exprimées dans *R. c. P. (M.B.)*, [1994] 1 R.C.S. 555, et *R. c. Jones*, [1994] 2 R.C.S. 229), et je partage de façon générale ses conclusions quant à la possibilité de recourir à l'immunité relative à la preuve dérivée comme moyen de mettre en œuvre ce principe. Je crois cependant nécessaire d'analyser plus à fond la question de savoir si, dans certaines circonstances, l'art. 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés* exige que des mesures supplémentaires soient prises pour sauvegarder le droit des individus de ne pas être contraints à s'incriminer.

Although I agree with Iacobucci J.'s conclusion that the mere fact that a person is charged with a crime or is a serious suspect does not automatically entitle him or her to avoid being compelled to testify, this does not answer the question of whether s. 7 might sometimes mandate exceptions to the general rule that the state is entitled to every person's evidence. In my view, in certain circumstances such an exemption is justified and, indeed, is constitutionally required.

As I observed in *P. (M.B.)*, *supra*, at p. 577, "[p]erhaps the single most important organizing principle in criminal law is the right of an accused not to be forced into assisting in his or her own prosecution" — the "case to meet" principle. This principle, I noted, "is perhaps best described in terms of the overarching principle against self-incrimination, which is firmly rooted in the common law and is a fundamental principle of justice under s. 7 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*" (p. 577). The use immunity provided by s. 13 of the *Charter*, together with the s. 7 based derivative-use immunity proposed by my colleague Iacobucci J., will protect witnesses against the possibility of their testimony being used directly as evidence against them, or being used indirectly as a means of gathering derivative incriminatory evidence. In many cases, these forms of immunity will provide adequate protection for the principle against self-incrimination. In some situations, however, forcing a witness to testify will violate the case-to-meet principle in a manner that cannot be remedied by an exclusionary rule. For example, the compelled testimony might reveal an accused's defence strategy, or bring to light crimes of which the state was previously unaware. In these latter cases, attempting to protect the principle against self-incrimination through use immunity and derivative-use immunity would indeed be, as my colleague Sopinka J. notes (at p. 625), "like closing the barn door after

Bien que je sois d'accord avec la conclusion du juge Iacobucci que le simple fait qu'une personne soit accusée d'un crime ou soit fortement soupçonnée d'en être l'auteur ne lui donne pas automatiquement le droit d'échapper à l'obligation de témoigner, cela ne répond pas à la question de savoir si l'art. 7 pourrait quelquefois exiger des exceptions à la règle générale suivant laquelle l'État a droit au témoignage de chacun. À mon avis, dans certaines circonstances, une telle exemption est justifiée, et même exigée du point de vue constitutionnel.

Dans *P. (M.B.)*, précité, à la p. 577, je dis ceci: «Le principe directeur qui est sans doute le plus important en droit criminel est le droit de l'accusé de ne pas être contraint de prêter son concours aux poursuites intentées contre lui . . . » C'est le principe de la «preuve complète». Je fais remarquer que ce principe, «est sans doute mieux décrit [. . .] par le principe général interdisant l'auto-incrimination qui est fermement enraciné dans la common law et qui constitue un principe de justice fondamentale au sens de l'art. 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés*» (p. 577). L'immunité contre l'utilisation de la preuve offerte par l'art. 13 de la *Charte*, ainsi que l'immunité contre l'utilisation de la preuve dérivée fondée sur l'art. 7 proposée par mon collègue le juge Iacobucci, protégeront les témoins contre la possibilité que leur témoignage soit utilisé directement comme élément de preuve contre eux, ou indirectement comme moyen de rassembler des éléments de preuve dérivée de nature incriminante. Souvent, ces formes d'immunité offriront une protection adéquate au principe interdisant l'auto-incrimination. Dans certains cas, cependant, contraindre une personne à témoigner violera le principe de la preuve complète d'une façon telle qu'une règle d'exclusion ne peut y remédier. Par exemple, le témoignage forcé pourrait révéler la stratégie de défense de l'accusé, ou révéler des crimes dont l'État ignorait l'existence. Dans ces derniers cas, tenter de protéger le principe interdisant l'auto-incrimination au moyen des immunités contre l'utilisation de la preuve et de la preuve dérivée serait, comme le signale mon collègue le juge Sopinka (à la p. 625), «comme fermer les portes de l'écurie quand les chevaux se

the horses have escaped”. As Iacobucci J. observes (at p. 535):

[I]f it be accepted that a person can always be compelled as a witness and that protection by way of evidentiary immunity will always be sufficient, then it must also be accepted that we have gone considerable distance toward diluting the principle of the case to meet without ever having said so. [Emphasis in original.]

4 In my view, the principles of fundamental justice require that, in addition to the exclusionary rule proposed by Iacobucci J., courts retain the discretion to exempt witnesses from being compelled to testify, in appropriate circumstances. I agree with my colleague Sopinka J. that the person claiming the exemption “has the burden of satisfying the judge that in all the circumstances the prejudice to his or her interests overbears the necessity of obtaining the evidence” (p. 630). I also share his view that the factors listed on pp. 630-31 will ordinarily need to be considered and weighed by the judge exercising this discretion. Of course, it follows from my general agreement with the position adopted by Iacobucci J. that I am of the view that witnesses who fail to satisfy the court that they should be excused from testifying will still receive the protection of the use immunity rules and derivative-use immunity rules he sets out in his reasons.

5 The assertion that the courts have the discretion to make exceptions to the general rule of compellability in situations where it would be unfair to force a person to testify is not, I would suggest, a novel proposition in Canadian law, even as it stood before the *Charter*. As Sopinka J. observes at p. 621, this Court’s decision in *Batary v. Attorney General for Saskatchewan*, [1965] S.C.R. 465, can be seen as having been informed by this view. My colleague notes that in *Batary* “the Supreme Court, speaking through Cartwright J. (no stranger to the principles of fundamental justice), considered that the circumstances in which the accused was called were unfair and therefore an exception could be made to the general principle of compellability”. I agree with this interpretation of *Batary*, and with

sont échappés». Le juge Iacobucci fait observer (à la p. 535):

[S]i on acceptait qu’une personne peut toujours être contrainte à témoigner et que la protection au moyen de l’immunité relative à la preuve est toujours suffisante, il faudrait reconnaître également que nous avons aussi beaucoup atténué le principe de la preuve complète sans l’avoir dit. [Souligné dans l’original.]

À mon avis, les principes de justice fondamentale exigent que, outre la règle d’exclusion proposée par le juge Iacobucci, les tribunaux conservent le pouvoir discrétionnaire d’exempter une personne de l’obligation de témoigner, dans des circonstances appropriées. Je partage l’opinion de mon collègue le juge Sopinka que la personne qui réclame l’exemption «a le fardeau de convaincre le juge que, dans toutes les circonstances, l’atteinte à ses droits l’emporte sur la nécessité d’obtenir le témoignage» (p. 630). Je partage également son opinion que les facteurs énumérés aux pp. 630 et 631 devront ordinairement être examinés et appréciés par le juge qui exerce ce pouvoir discrétionnaire. Il découle évidemment de mon accord général avec la position adoptée par le juge Iacobucci que j’estime que les personnes qui ne réussissent pas à convaincre le tribunal qu’elles devraient être exemptées de témoigner bénéficieront encore de la protection des règles d’immunité contre l’utilisation de la preuve et de la preuve dérivée qu’il a exposées dans ses motifs.

L’affirmation que les tribunaux ont le pouvoir discrétionnaire de faire des exceptions à la règle générale de contraignabilité dans les cas où il serait injuste de forcer une personne à témoigner n’est pas, à mon avis, une proposition nouvelle en droit canadien, même dans son état antérieur à la *Charte*. Comme le signale le juge Sopinka à la p. 621, on peut considérer que l’arrêt de notre Cour *Batary c. Attorney General for Saskatchewan*, [1965] R.C.S. 465, repose sur ce point de vue. Mon collègue note que, dans *Batary*, «la Cour suprême, par l’intermédiaire du juge Cartwright (qui connaissait bien les principes de justice fondamentale), a considéré que les circonstances dans lesquelles l’accusé avait été assigné à témoigner étaient inéquitables et qu’on pouvait donc faire

Sopinka J.'s observation that *Batary* was expressly confirmed by a majority of this Court in *O'Hara v. British Columbia*, [1987] 2 S.C.R. 591, at p. 607. Even if, strictly speaking, the remarks of the majority in that case are *obiter dicta*, the statement in *O'Hara* represents the well-considered opinion of the Court and constitutes the applicable law on this point.

As an example of a situation where a judicial exemption from compellability would, in my view, be warranted, the following hypothetical case can be considered. Suppose that the members of a trade association in a particular industry met and agreed upon a scheme to fix the prices of the goods they produced, an indictable offence under s. 45(1)(c) of the *Competition Act*, R.S.C., 1985, c. C-34. Suppose further that the Director of Investigation and Research obtained documents clearly indicating the persons involved and the nature of their involvement — for example, an agreement to fix prices signed by the parties. If the Director commenced an inquiry and obtained subpoenas compelling the signatories to testify, it would, in my view, be open to the signatories to apply to the court for an exemption from compulsion to testify. In such a case, where the facts revealed that the Director had already concluded that an offence had been committed and had identified the parties to the offence, the court would be justified in concluding that forcing the suspects to testify would violate their s. 7 rights. In these circumstances, I believe the court would have the discretion to declare the subpoenas to be of no force and effect, thereby excusing the suspects from testifying.

In his reasons, Iacobucci J. recognizes the need for additional protection of the principle against self-incrimination beyond evidentiary immunity in certain cases. As he notes (at p. 536):

[T]he *Charter's* structure . . . is founded upon the Crown's obligation to make a case, but it also assumes a general rule of compellability coupled with evidentiary

exception au principe général de la contraignabilité». Je suis d'accord avec cette interprétation de l'arrêt *Batary* et avec l'observation du juge Sopinka suivant laquelle notre Cour à la majorité a confirmé expressément l'arrêt *Batary* dans l'arrêt *O'Hara c. Colombie-Britannique*, [1987] 2 R.C.S. 591, à la p. 607. Même si, à proprement parler, elles sont incidentes, les remarques de la majorité dans cet arrêt représentent l'opinion bien motivée de la Cour et constituent le droit applicable sur ce point.

Le cas hypothétique suivant est un exemple d'une situation où, à mon avis, une cour est justifiée d'exempter une personne de l'obligation de témoigner. Supposons que les membres d'une association professionnelle d'un secteur d'activité donné se réunissent et s'entendent sur un plan pour fixer les prix des marchandises qu'ils produisent, ce qui constitue un acte criminel visé à l'al. 45(1)(c) de la *Loi sur la concurrence*, L.R.C. (1985), ch. C-34. Supposons également que le directeur des enquêtes et recherches obtienne des documents identifiant clairement les personnes impliquées et la nature de leur implication, par exemple un accord de fixation de prix signé par les parties. Si le directeur commençait une enquête et obtenait des assignations forçant les signataires à témoigner, ces derniers pourraient, à mon avis, demander à la cour une exemption de l'obligation de témoigner. Dans ce cas, où les faits révèlent que le directeur a déjà conclu qu'une infraction a été commise et a identifié les parties à l'infraction, la cour serait justifiée de conclure que contraindre les suspects à témoigner violerait les droits que leur garantit l'art. 7. Dans ces circonstances, je crois que la cour aurait le pouvoir discrétionnaire de déclarer les assignations inopérantes, dégageant ainsi les suspects de l'obligation de témoigner.

Dans ses motifs, le juge Iacobucci reconnaît le besoin, dans certains cas, d'une protection supplémentaire du principe interdisant l'auto-incrimination, au-delà de l'immunité relative à la preuve. Comme il le signale (à la p. 536):

[L]'économie [. . .] de la *Charte* est fondée sur l'obligation du ministère public de présenter une preuve, mais elle suppose aussi l'application d'une règle générale de

immunity. If, however, the *Charter* places no limits on when this structure can be invoked, then the *Charter* could, in fact, condone an inquisition of the most notorious kind. Such condonation would bespeak an impossible dualism. To ask a question by paraphrasing a concern voiced in *Thomson Newspapers [Ltd. v. Canada (Director of Investigation and Research, Restrictive Trade Practices Commission)]*, [1990] 1 S.C.R. 425], at p. 606, (*per Sopinka J.*): are we prepared to arm the police with subpoena powers?

In my view, the answer to this question must be “no”. Although I have the greatest respect for the view of my colleague Iacobucci J. that the fashioning of an acceptable response should be left to another day, I believe that it is incumbent upon this Court to provide guidance to the lower courts, which have been confronted with this problem in the past, and which will continue to face similar problems in the future. In my view, the judicial discretion recognized by Sopinka J. serves as an appropriate means of responding to Iacobucci J.’s concerns, which I share.

8 On the facts of this case, I agree with Sopinka J. that the trial judge erred in quashing the subpoena against J.P.M. on the basis of an absolute right to silence which made J.P.M. non-compellable. I further agree with the conclusions reached by Iacobucci J. on the other issues arising in this case, and would answer the constitutional questions as he proposes.

The judgment of La Forest, Cory, Iacobucci and Major JJ. was delivered by

9 IACOBUCCI J. — This appeal principally asks a narrow question: is a person separately charged with an offence compellable as a witness in the criminal trial of another person charged with that same offence? To seek an answer to this narrow question, however, is to embark on a much broader inquiry. We are asked to contemplate fundamental issues like the principle against self-incrimination, the right to silence, the protection offered by the testimonial privileges, and the prospect of eviden-

contraignabilité assortie d’une immunité relative à la preuve. Toutefois, si la *Charte* ne restreint pas les cas où l’on peut invoquer cette économie, alors elle pourrait, en fait, se trouver à tolérer une inquisition de l’espèce la plus notoire. Pareille tolérance annoncerait un dualisme impossible. Pour paraphraser, sous forme de question, une préoccupation exprimée dans l’arrêt *Thomson Newspapers [Ltd. c. Canada (Directeur des enquêtes et recherches, Commission sur les pratiques restrictives du commerce)]*, [1990] 1 R.C.S. 425], à la p. 606 (le juge Sopinka): sommes-nous disposés à investir la police de pouvoirs d’assignation?

À mon avis, la réponse doit être négative. J’ai le plus grand respect pour l’opinion de mon collègue le juge Iacobucci que la formulation d’une réponse acceptable doit être reportée à une autre occasion, mais je crois qu’il incombe à notre Cour de guider les tribunaux d’instance inférieure qui ont été confrontés à ce problème dans le passé et le seront encore dans l’avenir. À mon avis, le pouvoir discrétionnaire judiciaire reconnu par le juge Sopinka constitue une réponse appropriée aux inquiétudes du juge Iacobucci, que je partage.

Vu les faits de l’espèce, je partage l’opinion du juge Sopinka que le juge de première instance a commis une erreur en annulant le subpoena délivré contre J.P.M. sur le fondement que ce dernier possédait un droit absolu de garder le silence, qui le rendait non contraignable. Je suis aussi d’accord avec les conclusions du juge Iacobucci sur les autres questions soulevées en l’espèce, et suis d’avis de répondre aux questions constitutionnelles de la façon qu’il propose.

Version française du jugement des juges La Forest, Cory, Iacobucci et Major rendu par

LE JUGE IACOBUCCI — Le présent pourvoi soulève principalement une question précise: une personne accusée séparément d’une infraction est-elle un témoin contraignable au procès criminel d’une autre personne accusée de la même infraction? Cependant, pour répondre à cette question précise, il nous faut entreprendre une analyse bien plus poussée. On nous demande d’examiner des questions fondamentales comme le principe interdisant l’auto-incrimination, le droit de garder le silence,

tiary immunity. Where do these concepts fit in our criminal justice system, and how are they to be treated by the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

I. Facts

The appellant, R.J.S., was charged with the indictable offence of break, enter, and theft, contrary to s. 348(1)(b) of the *Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46. J.P.M. was separately charged with the same offence. The Scarborough youth court had exclusive jurisdiction in respect of these alleged offences, inasmuch as the alleged offenders were both "young persons" as defined by the *Young Offenders Act*, R.S.C., 1985, c. Y-1, ss. 2(1) and 5(1). Charges against the two were separately laid because of an administrative procedure applicable at that court which directs that younger accused be tried in Phase One youth court, and the older accused in Phase Two.

J.P.M. was to be the Crown's main witness at the trial of R.J.S. However, after R.J.S. was arraigned but before he entered a plea, counsel for J.P.M. brought a motion to quash the subpoena which had been issued to compel J.P.M.'s testimony. The trial judge allowed the motion and quashed the subpoena.

The Crown proceeded with the trial against R.J.S. and called two witnesses: Isaac Chung, the owner of the business where the offence allegedly occurred, and Detective Constable Carter. Chung testified about the property which disappeared from his store and which the police later returned to him. Carter testified that R.J.S., whom he knew to be wanted in relation to an offence, arrived at the police station one day and turned over certain property to him. Carter said that he tagged the items he received from R.J.S. and placed them in the control of a property officer who did not testify at trial.

The defence called no evidence. After the Crown closed its case, defence counsel argued that

la protection offerte par les privilèges du témoin et la perspective de l'immunité relative à la preuve. En quoi ces concepts s'harmonisent-ils avec notre système de justice criminelle et comment faut-il les traiter par rapport à la *Charte canadienne des droits et libertés*?

I. Les faits

L'appelant, R.J.S., a été accusé de l'acte criminel d'introduction par effraction et de vol, en vertu de l'al. 348(1)b) du *Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46. J.P.M. a été accusé séparément de la même infraction. Le tribunal pour adolescents de Scarborough avait compétence exclusive relativement aux infractions alléguées, puisque les accusés étaient tous deux des «adolescents» au sens de la *Loi sur les jeunes contrevenants*, L.R.C. (1985), ch. Y-1, par. 2(1) et 5(1). Les deux ont été accusés séparément à cause d'une procédure administrative applicable devant ce tribunal, qui exige que le plus jeune soit jugé devant la Phase un du tribunal et, le plus âgé, devant la Phase deux.

J.P.M. devait être le principal témoin à charge au cours du procès de R.J.S. Cependant, après l'interpellation de R.J.S., mais avant que celui-ci n'inscrive un plaidoyer, l'avocat de J.P.M. a déposé une requête en annulation du subpoena délivré pour contraindre J.P.M. à témoigner. Le juge du procès a accueilli la requête et annulé le subpoena.

Le ministère public a engagé le procès contre R.J.S. et assigné deux témoins: Isaac Chung, le propriétaire de l'entreprise où l'infraction aurait été commise, et le détective Carter. Chung a témoigné au sujet des biens qui étaient disparus du magasin et que la police lui avait ultérieurement retournés. Carter a témoigné que R.J.S., qu'il savait recherché en rapport avec une infraction, est arrivé, un jour, au poste de police et lui a remis certains biens. Carter a dit qu'il avait étiqueté les biens en question et qu'il les avait placés sous le contrôle d'un agent responsable des biens, qui n'a pas témoigné au procès.

La défense n'a pas assigné de témoin. À la fin de la preuve à charge, l'avocat de la défense a sou-

10

11

12

13

the Crown could not prove continuity in respect of the tagged property. In response, Crown counsel stated that "there is not enough evidence here to prove beyond a reasonable doubt that a break and enter has been committed and I'd ask Your Honour to dismiss the charges on that basis".

tenu que le ministère public ne pouvait établir la continuité de la preuve relativement aux biens étiquetés. Le substitut du procureur général a répliqué en affirmant: [TRADUCTION] «il n'existe pas suffisamment d'éléments de preuve pour établir hors de tout doute raisonnable qu'il y a eu introduction par effraction et nous vous demandons, Monsieur le juge, de rejeter les accusations pour ce motif».

14

The trial judge dismissed the charges against R.J.S. The Crown appealed, and the Ontario Court of Appeal held that the subpoena issued against J.P.M. should not have been quashed: (1993), 12 O.R. (3d) 774, 61 O.A.C. 395, 80 C.C.C. (3d) 397, 21 C.R. (4th) 47, 14 C.R.R. (2d) 244. A new trial was ordered. R.J.S. appeals as of right to this Court pursuant to s. 27(1) of the *Young Offenders Act* and s. 691(2)(a) of the *Criminal Code* on a question of law alone. On this point, the Court in *R. v. C. (T.L.)*, [1994] 2 S.C.R. 1012, subsequently held that such appeals as of right were not available under the *Young Offenders Act*. In the circumstances, the Court has granted leave *nunc pro tunc*.

Le juge du procès a rejeté les accusations portées contre R.J.S. Le ministère public a interjeté appel et la Cour d'appel de l'Ontario a statué que le subpoena délivré contre J.P.M. n'aurait pas dû être annulé: (1993), 12 O.R. (3d) 774, 61 O.A.C. 395, 80 C.C.C. (3d) 397, 21 C.R. (4th) 47, 14 C.R.R. (2d) 244. Un nouveau procès a été ordonné. R.J.S. se pourvoit de plein droit devant notre Cour sur une question de droit seulement, conformément au par. 27(1) de la *Loi sur les jeunes contrevenants* et à l'al. 691(2)a) du *Code criminel*. Sur ce point, la Cour, dans l'arrêt *R. c. C. (T.L.)*, [1994] 2 R.C.S. 1012, a jugé depuis que la *Loi sur les jeunes contrevenants* ne permettait pas de tels appels de plein droit. Dans les circonstances, la Cour a accordé l'autorisation *nunc pro tunc*.

II. Relevant Constitutional and Statutory Provisions

Canadian Charter of Rights and Freedoms

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

11. Any person charged with an offence has the right

(c) not to be compelled to be a witness in proceedings against that person in respect of the offence;

(d) to be presumed innocent until proven guilty according to law in a fair and public hearing by an independent and impartial tribunal;

13. A witness who testifies in any proceedings has the right not to have any incriminating evidence so given

II. Les dispositions législatives et constitutionnelles pertinentes

Charte canadienne des droits et libertés

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

11. Tout inculpé a le droit:

c) de ne pas être contraint de témoigner contre lui-même dans toute poursuite intentée contre lui pour l'infraction qu'on lui reproche;

d) d'être présumé innocent tant qu'il n'est pas déclaré coupable, conformément à la loi, par un tribunal indépendant et impartial à l'issue d'un procès public et équitable;

13. Chacun a droit à ce qu'aucun témoignage incriminant qu'il donne ne soit utilisé pour l'incriminer dans

used to incriminate that witness in any other proceedings, except in a prosecution for perjury or for the giving of contradictory evidence.

Canada Evidence Act, R.S.C., 1985, c. C-5

5. (1) No witness shall be excused from answering any question on the ground that the answer to the question may tend to criminate him, or may tend to establish his liability to a civil proceeding at the instance of the Crown or of any person.

(2) Where with respect to any question a witness objects to answer on the ground that his answer may tend to criminate him, or may tend to establish his liability to a civil proceeding at the instance of the Crown or of any person, and if but for this Act, or the Act of any provincial legislature, the witness would therefore have been excused from answering the question, then although the witness is by reason of this Act or the provincial Act compelled to answer, the answer so given shall not be used or admissible in evidence against him in any criminal trial or other criminal proceeding against him thereafter taking place, other than a prosecution for perjury in the giving of that evidence.

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

686. . . .

(4) Where an appeal is from an acquittal, the court of appeal may

- (b) allow the appeal, set aside the verdict and
 - (i) order a new trial. . . .

III. Judgments

Ontario Court, Provincial Division

Bovard Prov. Div. J. accepted the argument made by counsel for J.P.M., namely, that the subpoena issued against J.P.M. infringed his *Charter* right to remain silent. In an oral decision, Bovard Prov. Div. J. stated that “[i]t’s clear in our law that the accused is not obliged to disclose any kind of information or defenses to the Crown beforehand”. He thoroughly reviewed *Re Praissoody* (1990), 1 O.R. (3d) 606 (Gen. Div.), 61 C.C.C. (3d) 404 (*sub nom. R. v. Devasagayam*), and cases cited therein, and concluded that he was both bound and per-

d’autres procédures, sauf lors de poursuites pour parjure ou pour témoignages contradictoires.

Loi sur la preuve au Canada, L.R.C. (1985), ch. C-5

5. (1) Nul témoin n’est exempté de répondre à une question pour le motif que la réponse à cette question pourrait tendre à l’incriminer, ou pourrait tendre à établir sa responsabilité dans une procédure civile à l’instance de la Couronne ou de qui que ce soit.

(2) Lorsque, relativement à une question, un témoin s’oppose à répondre pour le motif que sa réponse pourrait tendre à l’incriminer ou tendre à établir sa responsabilité dans une procédure civile à l’instance de la Couronne ou de qui que ce soit, et si, sans la présente loi ou toute loi provinciale, ce témoin eût été dispensé de répondre à cette question, alors, bien que ce témoin soit en vertu de la présente loi ou d’une loi provinciale forcé de répondre, sa réponse ne peut être invoquée et n’est pas admissible en preuve contre lui dans une instruction ou procédure pénale exercée contre lui par la suite, sauf dans le cas de poursuite pour parjure en rendant ce témoignage.

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

686. . . .

(4) Lorsqu’un appel est interjeté d’un acquittement, la cour d’appel peut:

- b) admettre l’appel, écarter le verdict et, selon le cas:
 - (i) ordonner un nouveau procès . . .

III. Les juridictions inférieures

Cour de l’Ontario (Division provinciale)

Le juge Bovard a accepté l’argument présenté par l’avocat de J.P.M., selon lequel le subpoena délivré contre J.P.M. portait atteinte au droit de garder le silence que lui garantissait la *Charte*. Dans une décision orale, le juge Bovard affirme qu’[TRADUCTION] «[i]l est clair, dans notre droit, que l’accusé n’est pas tenu de divulguer préalablement au ministère public quelque renseignement ou moyen de défense que ce soit.» Il a examiné en profondeur la décision *Re Praissoody* (1990), 1 O.R. (3d) 606 (Div. gén.), 61 C.C.C. (3d) 404 (*sub*

sueded by the logic of that decision. Bovard Prov. Div. J. held that to compel J.P.M.'s testimony would be to violate s. 7 of the *Charter*. He quashed the subpoena and later acquitted R.J.S. after Crown counsel conceded that its case could not meet the criminal standard of proof.

Ontario Court of Appeal (1993), 12 O.R. (3d) 774

nom. R. c. Devasagayam), et des affaires qui y étaient citées, et il a conclu qu'il était à la fois lié et persuadé par la logique de cette décision. Le juge Bovard a conclu qu'il serait contraire à l'art. 7 de la *Charte* de contraindre J.P.M. à témoigner. Il a annulé le subpoena et, par la suite, acquitté R.J.S. après que le ministère public eut reconnu qu'il n'était pas en mesure, en l'espèce, de satisfaire à la norme de preuve applicable en matière criminelle.

Cour d'appel de l'Ontario (1993), 12 O.R. (3d) 774

16 J.P.M. did not participate before the Court of Appeal because the charge against him was stayed after R.J.S.'s acquittal. Carthy J.A. for the court noted, and counsel were agreed, that the change in J.P.M.'s status could not affect the issues on appeal. Carthy J.A. also noted that, although proper notices were not given to the Attorneys General, s. 5 of the *Canada Evidence Act* was at issue before him since the trial judge's decision failed to give effect to the language of that provision. In light of his *Charter* conclusions, however, Carthy J.A. did not regard the failure to give notice as important.

J.P.M. n'a pas pris part aux procédures devant la Cour d'appel en raison de la suspension de l'accusation portée contre lui après l'acquittement de R.J.S. Le juge Carthy, au nom de la cour, a souligné, ce avec quoi les avocats étaient d'accord, que le changement dans la situation de J.P.M. n'était pas susceptible d'influer sur les questions en appel. Le juge Carthy a aussi fait remarquer que, même si les procureurs généraux n'avaient pas reçu les avis nécessaires, il était saisi de l'art. 5 de la *Loi sur la preuve au Canada* puisque le juge du procès ne l'avait pas appliqué dans sa décision. Cependant, compte tenu de ses conclusions fondées sur la *Charte*, le juge Carthy n'a pas considéré comme importante l'omission de donner avis.

17 Carthy J.A. first reviewed the decisions of this Court in *Thomson Newspapers Ltd. v. Canada (Director of Investigation and Research, Restrictive Trade Practices Commission)*, [1990] 1 S.C.R. 425, and *R. v. Hebert*, [1990] 2 S.C.R. 151. He stated that s. 7 of the *Charter* recognizes residual rights not recognized in either s. 11 or s. 13, but he said that such rights are not "absolute" and that "a balancing of interests is required" to determine their extent. In this regard, he contrasted the criminal trial setting to the investigatory setting.

Le juge Carthy a tout d'abord examiné les arrêts de notre Cour *Thomson Newspapers Ltd. c. Canada (Directeur des enquêtes et recherches, Commission sur les pratiques restrictives du commerce)*, [1990] 1 R.C.S. 425, et *R. c. Hebert*, [1990] 2 R.C.S. 151. Il a affirmé que l'art. 7 de la *Charte* reconnaît des droits résiduels qui ne sont reconnus ni à l'art. 11 ni à l'art. 13, mais il a précisé que ces droits ne sont pas [TRADUCTION] «absolus» et qu'une «évaluation des intérêts en présence est nécessaire» pour en déterminer l'étendue. Sur ce point, il a fait une comparaison entre le contexte d'un procès criminel et celui d'une enquête.

18 Carthy J.A. noted that "[t]he right of an accused to remain silent at his or her trial has long existed side by side with the compellability of a witness who has been charged with the same offence but who will be tried separately" (p. 779). He indicated

Le juge Carthy a affirmé que [TRADUCTION] «[l]e droit d'un accusé de garder le silence au cours de son procès coexiste depuis longtemps avec la contraignabilité d'un témoin qui a été accusé de la même infraction, mais qui sera jugé

that such compellability is the foundation for an accused person's ability to apply for a separate trial, which ability in part protects the accused's right to make full answer and defence, but which ability also ensures that justice will be done. Carthy J.A. reasoned that "attaining a true result on all the available evidence overshadows the marginal area of exposure of the witness that is not protected by s. 13 of the *Charter*" (p. 779).

Carthy J.A. also noted that an absolute right to silence could be manipulated by accused persons tried separately. He suggested that it would not be possible to distinguish between a subpoena issued by the Crown, and one issued by an accused person, for *Charter* purposes. He then noted two points made by counsel for R.J.S.: first, that a subpoena issued by an accused protects the right to make full answer and defence; second, that any right to silence must be protected at the moment of compulsion and not at a later trial.

According to Carthy J.A., the s. 7 structure proposed by counsel for R.J.S. would compel the court to uphold a subpoena issued on behalf of an accused, even though this would impose a breach of *Charter* rights upon a separately charged witness. Carthy J.A. suggested that, once a breach is imposed, only a stay or an assurance of immunity for the witness could remedy the breach. He held that this result "would clearly be an unacceptable consequence of any formula of fundamental justice and would encourage manipulation of the system by co-accuseds" (p. 780).

Carthy J.A. concluded by noting that a contrary result was reached in *Praisoody, supra*. However, he expressed "no view as to the correctness of that decision, depending as it does on a balancing in a different context than that of a trial" (p. 780), and instead expressed a preference for the result in *R. v. Morra* (1992), 11 O.R. (3d) 202 (Gen. Div.).

séparément» (p. 779). Il a indiqué que cette contraignabilité est à la base même de la capacité d'un accusé de demander un procès distinct, capacité qui protège en partie son droit à une défense pleine et entière, mais qui garantit également que justice sera faite. Le juge Carthy a estimé que [TRADUCTION] «l'atteinte d'un résultat véritable à partir de l'ensemble des éléments de preuve disponibles éclipse la zone marginale de ce à quoi s'expose le témoin, que ne protège pas l'art. 13 de la *Charte*» (p. 779).

Le juge Carthy a aussi fait remarquer que des accusés jugés séparément pourraient exploiter un droit absolu de garder le silence. Il a laissé entendre que, pour les fins de la *Charte*, il ne serait pas possible d'établir une distinction entre un subpoena délivré par le ministère public et un autre délivré pour le compte d'un accusé. Il a ensuite souligné deux remarques faites par l'avocat de R.J.S.: premièrement, un subpoena délivré pour le compte d'un accusé protège le droit à une défense pleine et entière; deuxièmement, le droit de garder le silence doit être protégé au moment où une contrainte est exercée et non lors d'un procès ultérieur.

Selon le juge Carthy, le régime de l'art. 7, tel qu'interprété par l'avocat de R.J.S., obligerait le tribunal à confirmer un subpoena délivré pour le compte d'un accusé, même si cela entraînerait une atteinte aux droits garantis par la *Charte* à un témoin accusé séparément. Le juge Carthy a laissé entendre que seul un sursis ou une garantie d'immunité pour le témoin pourrait remédier à une telle atteinte, le cas échéant. Il a conclu que ce résultat [TRADUCTION] «serait clairement une conséquence inacceptable de toute formule de justice fondamentale et encouragerait l'exploitation du système par des coaccusés» (p. 780).

En conclusion, le juge Carthy a fait remarquer que, dans l'affaire *Praisoody*, précitée, on est arrivé à un résultat contraire. Cependant, il n'a exprimé [TRADUCTION] «aucune opinion sur la justesse de cette décision, puisqu'elle repose sur une évaluation dans un contexte différent d'un procès» (p. 780), et il a plutôt exprimé une préférence pour le résultat obtenu dans l'affaire *R. c. Morra* (1992), 11 O.R. (3d) 202 (Div. gén.).

19

20

21

22 Carthy J.A. allowed the Crown's appeal and ordered a new trial.

IV. Issues

23 The appellant's notice of appeal to this Court states a question of law comparable to the narrow question posed at the outset. Therefore, only one question is squarely before this Court, and it can be stated in the following general terms:

Is a person separately charged with an offence compellable as a witness in the criminal trial of another person charged with that same offence, or would compellability in this context violate s. 7 of the *Charter*?

24 In answering this general question, regard will be had to the following constitutional questions stated on July 19, 1993:

1. [Does] s. 5 of the *Canada Evidence Act*, R.S.C., 1985, c. C-5, infringe[] s. 7 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?
2. If the answer to question 1 is affirmative, is the limitation one which is reasonable, prescribed by law, and demonstrably justified pursuant to s. 1 of the *Charter*?

25 In passing, however, I note that the parties contest two additional points which are necessarily incidental to the larger questions of law stated above. First, the Crown asks whether it is proper for R.J.S. to raise a right to silence or testimonial privilege which is personal to the witness J.P.M., as a ground of appeal. Second, R.J.S. asks whether it was appropriate for the Court of Appeal to order a new trial since the Crown chose not to call the property officer. I will return to these subsidiary issues at the end of these reasons.

V. Analysis

A. *Introduction*

26 The appellant's contention is that s. 7 of the *Charter* operates to prevent J.P.M. from being compelled as a witness in the appellant's criminal

Le juge Carthy a accueilli l'appel du ministère public et ordonné la tenue d'un nouveau procès.

IV. Les questions en litige

Dans l'avis d'appel devant notre Cour, l'appellant énonce une question de droit semblable à la question précise formulée au début. En conséquence, notre Cour se trouve saisie d'une seule question que l'on peut formuler dans les termes généraux suivants:

Une personne accusée séparément d'une infraction est-elle un témoin contraignable au procès criminel d'une autre personne accusée de la même infraction, ou la contraignabilité dans ce contexte violerait-elle l'art. 7 de la *Charte*?

Pour répondre à cette question générale, il nous faudra examiner les questions constitutionnelles suivantes formulées le 19 juillet 1993:

1. L'article 5 de la *Loi sur la preuve au Canada*, L.R.C. (1985), ch. C-5, porte-t-il atteinte à l'art. 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés*?
2. Si la réponse est affirmative, s'agit-il d'une restriction raisonnable prescrite par une règle de droit et dont la justification peut se démontrer, conformément à l'article premier de la *Charte*?

Toutefois, je souligne, en passant, que les parties contestent deux points additionnels que soulèvent nécessairement les grandes questions de droit que je viens de formuler. Premièrement, le ministère public demande s'il convient que R.J.S. soulève comme motif d'appel un droit de garder le silence ou privilège du témoin qui est propre à J.P.M. Deuxièmement, R.J.S. demande s'il convenait que la Cour d'appel ordonne un nouveau procès puisque le ministère public avait choisi de ne pas assigner l'agent responsable des biens. J'examinerai ces questions subsidiaires à la fin des présents motifs.

V. Analyse

A. *Introduction*

L'appellant, soutient que l'art. 7 de la *Charte* a pour effet d'empêcher J.P.M. d'être contraint à témoigner au procès criminel de l'appellant. Bien

trial. Although other sections of the *Charter* are invoked to support this contention, especially ss. 11(c) and 13, it is not suggested that these other sections have any direct role to play in precluding compellability *per se*. In other words, if the *Charter* is to keep J.P.M. off the stand, it will only be because of s. 7.

Section 7 establishes that “[e]veryone has the right to life, liberty and security of the person and the right not to be deprived thereof except in accordance with the principles of fundamental justice”. An analysis under this provision can logically proceed in stages. First, it can be determined whether there exists a real or imminent deprivation of an interest or interests recognized in the section. Second, the relevant principles of fundamental justice can be isolated, and the deprivation can be measured against these principles to determine whether s. 7 has been infringed. I will consider each stage in turn.

Before doing so, however, it may be helpful to state my eventual conclusions up front. In particular, I will note immediately below that a statutory compulsion to testify engages the liberty interest of s. 7. However, I will proceed to suggest that the liberty interest is affected in accordance with the principles of fundamental justice. In this case, no principle of fundamental justice demands that J.P.M. should have a right to silence or a privilege against self-incrimination. That is, J.P.M. is properly compellable on the facts. Fundamental justice is satisfied because neither J.P.M.’s testimony, nor a limited class of evidence derived from his testimony, can be later used to incriminate him in other proceedings (save for proceedings in respect of perjury or for the giving of contradictory evidence).

These are conclusions which can and will, no doubt, be criticized because the issues involved are difficult and on which reasonable persons will differ. Indeed, if an unrestricted policy choice were available to design a system capable of protecting

que d’autres dispositions de la *Charte*, plus particulièrement l’al. 11c) et l’art. 13, soient invoquées à l’appui de cet argument, on n’affirme pas pour autant que ces dispositions ont directement pour effet d’empêcher la contraignabilité elle-même d’un témoin. En d’autres termes, c’est seulement l’art. 7 de la *Charte* qui pourrait empêcher J.P.M. d’être assigné à témoigner.

L’article 7 prévoit que «[c]hacun a droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de sa personne», et qu’il «ne peut être porté atteinte à ce droit qu’en conformité avec les principes de justice fondamentale». Une analyse fondée sur cette disposition peut logiquement se faire par étapes. Premièrement, on peut déterminer s’il existe une atteinte réelle ou imminente à un droit garanti dans cette disposition. Deuxièmement, on peut examiner séparément les principes pertinents de justice fondamentale et évaluer l’atteinte en fonction de ces principes de façon à déterminer s’il y a eu violation de l’art. 7. Je vais examiner chaque étape à tour de rôle.

Avant de le faire, toutefois, il peut être utile de formuler dès maintenant les conclusions que je vais tirer en fin de compte. Dans les paragraphes qui suivent, je ferai tout particulièrement ressortir qu’une contrainte à témoigner, prévue par la loi, fait intervenir le droit à la liberté que garantit l’art. 7. Cependant, je préciserai que l’atteinte à ce droit est conforme aux principes de justice fondamentale. En l’espèce, il n’existe aucun principe de justice fondamentale qui exige que J.P.M. bénéficie du droit de garder silence ou du privilège de ne pas s’incriminer. Autrement dit, J.P.M. est un témoin contraignable à juste titre, d’après les faits. La justice fondamentale est respectée parce que ni le témoignage de J.P.M., ni une catégorie limitée d’éléments de preuve dérivés de ce témoignage ne peuvent être utilisés ultérieurement pour l’incriminer dans d’autres procédures (sauf dans des poursuites pour parjure ou pour témoignage contradictoire).

Ce sont là des conclusions qui pourront et seront certainement critiquées parce que les questions soulevées sont difficiles et suscitent chez des personnes raisonnables, des divergences d’opinions. En fait, s’il existait un choix de principe illimité

27

28

29

Canadians against self-incrimination, one might design a system different from the one reflected in my conclusions; then again, one might not. However, as I will proceed to explain, I believe that a particular system of protection was consciously selected by those who framed the *Charter*. While I will repeatedly acknowledge other theoretical approaches to self-incrimination in these reasons, and while many such approaches are sustainable, it is my opinion that, at the end of the day, only one such approach finds favour in the language and structure of the *Charter*.

B. *The Liberty Interest*

30 Section 7 of the *Charter* is engaged by deprivations in respect of life, liberty, or security of the person. To date, this Court has recognized that an interest is subject to deprivation, in this context, if there is either an immediate or imminent threat to the interest, and, in this appeal, the interest at stake is liberty. For example, both imprisonment and an imminent threat of imprisonment constitute deprivations of the liberty interest: *Re B.C. Motor Vehicle Act*, [1985] 2 S.C.R. 486, and *R. v. Vaillancourt*, [1987] 2 S.C.R. 636.

31 With respect to the concept of liberty, it is germane to observe that the liberty interest may be engaged although there is no coincident deprivation in respect of the other s. 7 interests, life or security of the person: *Singh v. Minister of Employment and Immigration*, [1985] 1 S.C.R. 177. Moreover, I observe that not every restriction on absolute freedom constitutes a deprivation of liberty for s. 7: *Re B.C. Motor Vehicle Act*, *supra*, at p. 524 (*per* Wilson J.), and *R. v. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 S.C.R. 713, at pp. 785-86 (*per* Dickson C.J.).

32 It is in this context that the compulsion to speak must be considered. In *Thomson Newspapers*, *supra*, where this context was recognized, a majority of this Court held that such compulsion somehow engages the liberty interest. I use the word

pour concevoir un régime susceptible de protéger les Canadiens contre l'auto-incrimination, on pourrait, mais encore là pas nécessairement, concevoir un régime différent de celui qui se dégage de mes conclusions. Cependant, comme je vais l'expliquer, je crois que les auteurs de la *Charte* ont consciemment choisi un régime particulier de protection. Même si, dans les présents motifs, je reconnaitrai à maintes reprises l'existence d'autres façons théoriques d'aborder l'auto-incrimination et même si un bon nombre d'entre elles sont défendables, j'estime qu'il n'y en a qu'une seule qui, en dernière analyse, mérite d'être retenue compte tenu du texte et de l'économie de la *Charte*.

B. *Le droit à la liberté*

L'article 7 de la *Charte* s'applique lorsqu'il y a atteinte à la vie, à la liberté ou à la sécurité de la personne. Jusqu'à maintenant, notre Cour a reconnu que, dans ce contexte, il y a atteinte à un droit s'il existe un risque immédiat ou imminent d'atteinte au droit en question; dans le présent pourvoi, le droit en jeu est celui à la liberté. Par exemple, l'emprisonnement et le risque imminent d'emprisonnement constituent des atteintes au droit à la liberté: *Renvoi: Motor Vehicle Act de la C.-B.*, [1985] 2 R.C.S. 486, et *R. c. Vaillancourt*, [1987] 2 R.C.S. 636.

En ce qui concerne le concept de la liberté, il convient de faire remarquer que le droit à la liberté entre en jeu même s'il n'y a pas d'atteinte simultanée aux autres droits garantis par l'art. 7, la vie ou la sécurité de la personne: *Singh c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration*, [1985] 1 R.C.S. 177. De plus, je tiens à préciser que ce ne sont pas toutes les restrictions apportées à une liberté absolue qui constituent une atteinte à la liberté aux fins de l'art. 7: *Renvoi: Motor Vehicle Act de la C.-B.*, précité, à la p. 524 (le juge Wilson), et *R. c. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 R.C.S. 713, aux pp. 785 et 786 (le juge en chef Dickson).

C'est dans ce contexte qu'il faut examiner la contrainte à parler. Dans l'arrêt *Thomson Newspapers*, précité, où on a reconnu l'existence de ce contexte, notre Cour à la majorité a statué que cette contrainte fait intervenir en quelque sorte le droit à

“somehow” advisedly in the last sentence, since I believe the exact manner of its engagement was left unclear by *Thomson Newspapers*. As an initial task, therefore, I believe it is necessary to comment upon the relationship between the liberty interest and the compellability of a witness.

The provision challenged in *Thomson Newspapers* was s. 17 of the *Combines Investigation Act*, R.S.C. 1970, c. C-23, which established, in part, the authority to compel testimony from “any person resident or present in Canada”. That is, the appellants in *Thomson Newspapers* challenged a subpoena power. Like an ordinary subpoena power, the power invested in the Restrictive Trade Practices Commission was associated with the Commission’s ability to enforce statutory compliance using “all powers that are exercised by any superior court in Canada for the enforcement of subpoenas to witnesses or punishment of disobedience thereof”: s. 17(1). In other words, the constitutional challenge mounted in *Thomson Newspapers* was directed toward a subpoena power enforceable by contempt proceedings.

Five members of this Court heard the appeal in *Thomson Newspapers*, and each wrote separate reasons. Of these five, four held that s. 17 of the *Combines Investigation Act* engaged the liberty interest, but these four split evenly on the question whether the subpoena power infringed fundamental justice. The fifth, Lamer J. (as he then was), reasoned that it was not appropriate to focus on the subpoena power at the expense of a direct constitutional challenge to s. 20(2) of the *Combines Investigation Act*. That provision, like s. 5(1) of the *Canada Evidence Act*, is silent on the question whether a person can be compelled to speak. It is a provision concerned only with the kind of speech which may be compelled.

la liberté. J'utilise délibérément l'expression «en quelque sorte» puisque je crois que l'arrêt *Thomson Newspapers* n'établit pas clairement comment cela se produit exactement. En conséquence, je juge nécessaire de commenter, tout d'abord, le rapport qui existe entre le droit à la liberté et la contraignabilité d'un témoin.

Dans l'arrêt *Thomson Newspapers*, la disposition contestée était l'art. 17 de la *Loi relative aux enquêtes sur les coalitions*, S.R.C. 1970, ch. C-23, qui établissait notamment le pouvoir de contraindre à témoigner «toute personne résidant ou présente au Canada». Autrement dit, les appelants, dans l'arrêt *Thomson Newspapers*, contestaient un pouvoir d'assigner à témoigner. Comme dans le cas du pouvoir ordinaire d'assignation à témoigner, le pouvoir de la Commission sur les pratiques restrictives du commerce était associé à sa capacité d'assurer le respect de la loi au moyen des «pleins pouvoirs exercés par toute cour supérieure au Canada quant à l'exécution des brefs d'assignation ou à la punition en cas de défaut de s'y conformer»: par. 17(1). En d'autres termes, la contestation constitutionnelle dont il était question dans l'arrêt *Thomson Newspapers* visait un pouvoir d'assigner à témoigner pouvant être mis à exécution au moyen de procédures en matière d'outrage au tribunal.

Le pourvoi *Thomson Newspapers* a été entendu par cinq membres de notre Cour qui ont tous rédigé des motifs distincts. Quatre d'entre eux ont conclu que l'art. 17 de la *Loi relative aux enquêtes sur les coalitions* faisait intervenir le droit à la liberté, tout en étant cependant partagés à deux contre deux sur la question de savoir si le pouvoir d'assignation était contraire à la justice fondamentale. Le cinquième, le juge Lamer (maintenant Juge en chef) était d'avis qu'il ne convenait pas de se concentrer sur le pouvoir d'assignation au détriment d'une contestation directe de la constitutionnalité du par. 20(2) de la *Loi relative aux enquêtes sur les coalitions*. À l'instar du par. 5(1) de la *Loi sur la preuve au Canada*, cette disposition ne précise pas si une personne peut être contrainte à parler. Elle ne porte que sur le type de discours que l'on peut contraindre.

35

The distinction between a compulsion to speak, and a compulsion to speak in response to particular questions, was well drawn by Lamer J. He stated (at p. 443):

In this case, no one is suggesting that the contempt power or the *Criminal Code* offences for which a recalcitrant witness may be prosecuted offend the principles of fundamental justice. What can only be argued, irrespective of the parties' approach, is that s. 17 violates s. 7 of the *Charter* to the extent that it enables a Commissioner to punish for contempt a witness who refuses to give an answer to a question put to him, on the ground that it may tend to incriminate him. Section 17 empowers generally to punish for contempt witnesses who refuse to answer. That does not violate s. 7. It is s. 20, in fact the first few lines of s. 20(2) which takes away the common law right to refuse to give incriminatory answers, that brings the refusal to answer within contempt and that really triggers the violation. [Emphasis in original.]

It was this distinction which motivated Lamer J. to resolve the appeal in *Thomson Newspapers* without regard for the compellability issue. In the absence of a direct attack on s. 20(2) of the *Combines Investigation Act*, Lamer J. refused to be led "into inferentially pronouncing upon s. 5(1) of the *Canada Evidence Act*", especially given that a challenge to s. 5(1) "would have attracted different interventions from the Attorneys General" (at p. 445).

36

Thus, the question which underlies the apparent disagreement in *Thomson Newspapers* asks whether the proper focus of attack in a case such as the present one is a subpoena power on the one hand, or s. 5 of the *Canada Evidence Act* on the other, the latter of which purports to abolish the common-law privilege against self-incrimination: see *Di Iorio v. Warden of the Montreal Jail*, [1978] 1 S.C.R. 152, at p. 219, and *Dubois v. The Queen*, [1985] 2 S.C.R. 350, at p. 362. But does this question not promote a somewhat circular analysis? Perhaps it is not possible to determine the proper focus of attack before one determines how the

Le juge Lamer a bien établi la distinction qui existe entre la contrainte à parler et la contrainte à répondre à des questions particulières. Il précise (à la p. 443):

En l'espèce, personne ne laisse entendre que le pouvoir de condamner pour outrage ou les infractions définies au *Code criminel* en vertu desquelles un témoin récalcitrant peut faire l'objet de poursuites sont contraires aux principes de justice fondamentale. Quel que soit le point de vue adopté par les parties, on ne peut que faire valoir que l'art. 17 viole l'art. 7 de la *Charte* dans la mesure où il habilite un membre de la Commission à punir un témoin pour outrage au tribunal si ce témoin refuse de répondre à une question pour le motif que sa réponse peut tendre à l'incriminer. L'article 17 confère, de façon générale, le pouvoir de punir pour outrage le témoin qui refuse de répondre. Cela n'est pas contraire à l'art. 7. C'est l'art. 20, plus précisément les premières lignes du par. 20(2) qui suppriment le droit reconnu par la common law de refuser de donner des réponses incriminantes, qui fait du refus de répondre un outrage et qui provoque vraiment la violation. [Souligné dans l'original.]

C'est cette distinction qui a incité le juge Lamer à trancher l'affaire *Thomson Newspapers* sans égard à la question de la contraignabilité. En l'absence d'une contestation directe du par. 20(2) de la *Loi relative aux enquêtes sur les coalitions*, le juge Lamer a refusé d'être amené «à rendre une décision implicite au sujet du par. 5(1) de la *Loi sur la preuve au Canada*», étant donné, particulièrement, qu'une contestation du par. 5(1) «aurait provoqué des interventions différentes de la part des procureurs généraux» (p. 445).

Ainsi, la question à l'origine du désaccord apparent, dans *Thomson Newspapers*, est de savoir si, dans un cas comme la présente affaire, la contestation vise, d'une part, un pouvoir d'assignation ou, d'autre part, l'art. 5 de la *Loi sur la preuve au Canada* qui est censé abolir le privilège de ne pas s'incriminer, reconnu en common law: voir les arrêts *Di Iorio c. Gardien de la prison de Montréal*, [1978] 1 R.C.S. 152, à la p. 219, et *Dubois c. La Reine*, [1985] 2 R.C.S. 350, à la p. 362. Cependant, cette question ne favorise-t-elle pas une analyse quelque peu tautologique? Peut-être est-il impossible de déterminer la cible réelle de la con-

Charter will respond to problems of compelled speech.

On the one hand, a witness who claims a complete right to silence might legitimately challenge a subpoena power. In effect, such a witness denies the very essence of a subpoena, namely, the direction that a person can "be examined upon oath": *Combines Investigation Act*, s. 17(1). On the other hand, if the *Charter* protects the witness using any mechanism short of an absolute right to silence, then the focus logically shifts to whatever statutory authority compels the sworn witness to answer. Stated another way, the focus shifts from the fact of compelled speech, to the nature of compelled speech.

In *Thomson Newspapers*, *supra*, different *Charter* outcomes led naturally to different points of focus. Both Wilson and Sopinka JJ. held the state could not compel self-incriminatory speech in the circumstances there considered, such that s. 17 of the *Combines Investigation Act*, the subpoena power, was a proper and complete remedial target. Section 20(2), the abolition of the common-law privilege, although not irrelevant to their discussion, became irrelevant as a constitutional target once the power to compel testimony was rejected.

The opposite was true for L'Heureux-Dubé and La Forest JJ. In their reasons, the subpoena power targeted by the appellants prompted a primary rejection of an absolute right to silence, and a consequential analysis of the kind of speech which can be compelled from a witness who takes the stand. Although such a consequential analysis probably involved s. 20(2) of the *Combines Investigation Act* by necessary implication, in view of the conclusions L'Heureux-Dubé and La Forest JJ. reached about the propriety of provisions like s. 20(2), it was perhaps unnecessary for them to highlight its inferential role in their examination of the liberty interest.

testation avant d'établir comment la *Charte* répondra aux problèmes de discours forcé.

D'une part, un témoin qui réclame le droit absolu de garder le silence pourrait en toute légitimité contester un pouvoir d'assignation. En fait, un tel témoin se trouve à nier l'essence même d'un subpoena, soit l'ordre qu'une personne soit «interrogée sous serment»: par. 17(1) de la *Loi relative aux enquêtes sur les coalitions*. D'autre part, si la *Charte* protège le témoin au moyen d'un mécanisme autre que le droit absolu de garder le silence, alors l'attention porte logiquement sur quelque pouvoir légal de forcer le témoin assermenté à répondre. En d'autres termes, l'attention porte non plus sur le fait que le discours soit forcé, mais sur la nature de ce discours forcé.

Dans l'arrêt *Thomson Newspapers*, précité, des résultats différents fondés sur la *Charte* ont naturellement abouti à des centres d'attention différents. Les juges Wilson et Sopinka ont tous deux statué que l'État ne pouvait forcer quelqu'un à s'incriminer dans les circonstances de cette affaire, de sorte que l'art. 17 de la *Loi relative aux enquêtes sur les coalitions*, le pouvoir d'assignation, constituait une cible appropriée et complète en matière de redressement. Le paragraphe 20(2), qui abolissait le privilège de common law, quoique pertinent pour les fins de leur analyse, est devenu non pertinent comme cible constitutionnelle, une fois que le pouvoir de forcer à témoigner eut été rejeté.

Les juges L'Heureux-Dubé et La Forest étaient d'avis contraire. Dans leurs motifs, le pouvoir d'assignation contesté par les appelants a provoqué, dans un premier temps, le rejet d'un droit absolu de garder le silence et, dans un deuxième temps, une analyse du genre de discours auquel un témoin au procès peut être contraint. Même s'il est probable que cette analyse, par déduction nécessaire, visait le par. 20(2) de la *Loi relative aux enquêtes sur les coalitions*, il n'était peut-être pas nécessaire pour les juges L'Heureux-Dubé et La Forest, étant donné leurs conclusions sur sa validité, de faire ressortir le rôle indirect du par. 20(2) dans l'examen qu'ils ont fait du droit à la liberté.

37

38

39

40

Finally, Lamer J. objected to the structure of the appeal in *Thomson Newspapers*, but did not otherwise finally pronounce upon the proper target of a s. 7 challenge. Although he indicated that s. 20(2) should have been challenged, this position was premised upon the assumption "that it is and has long been in Canada a principle of fundamental justice that a witness may refuse to give an incriminating answer" (p. 442). If a different assumption had been made, namely, that a principle of fundamental justice suggests that there is an absolute right to silence, then s. 20(2) might naturally have been relevant for him in remedial terms. I reiterate that Lamer J. concerned himself with the structure of the appeal in *Thomson Newspapers*. He voiced his concern by making the first assumption noted above, but in no way precluded himself from adopting the latter.

Enfin, le juge Lamer s'est opposé à la structure du pourvoi dans l'arrêt *Thomson Newspapers*, mais ne s'est finalement pas prononcé sur l'objet approprié d'une contestation fondée sur l'art. 7. Bien qu'il ait indiqué que c'est le par. 20(2) qui aurait dû être contesté, ce point de vue était fondé sur l'hypothèse selon laquelle «il est un principe de justice fondamentale accepté depuis longtemps au Canada qu'un témoin puisse refuser de donner une réponse incriminante» (p. 442). Si une hypothèse différente avait été formulée, savoir qu'un principe de justice fondamentale établit un droit absolu de garder le silence, alors le par. 20(2) aurait naturellement pu être pertinent pour lui sur le plan du redressement à accorder. Je répète que c'est la structure du pourvoi qui préoccupait le juge Lamer dans l'affaire *Thomson Newspapers*. Il a exprimé sa préoccupation en formulant la première hypothèse susmentionnée, mais il ne s'est aucunement empêché d'adopter la deuxième.

41

All of which is to say that, in my view, a case which broadly asks questions about witness compellability tends to involve an encroachment upon liberty which is initially defined by a subpoena power, and which may be further defined by a provision like s. 5 of the *Canada Evidence Act*, but this further definition depends upon one's ultimate *Charter* conclusions. In view of the opinion I will ultimately render, I believe that s. 5 of the *Canada Evidence Act* is the more important focus in respect of the liberty-interest deprivation in this appeal, and it is that provision which is the subject of the constitutional questions dated July 19, 1993. Although no constitutional question has been stated in respect of the subpoena power, I regard that deficiency as of purely academic interest, first, because of the view I ultimately take of the case, and, second, because this appeal was heard along with *British Columbia Securities Commission v. Branch*.* *Branch* involves a direct challenge to a subpoena power. By consolidating these appeals,

Tout ceci pour dire que, selon moi, une affaire qui soulève de façon générale des questions sur la contraignabilité des témoins tend à comporter une atteinte à la liberté qui est d'abord définie par un pouvoir d'assignation, mais qui pourrait l'être davantage par une disposition comme l'art. 5 de la *Loi sur la preuve au Canada*, quoique cette autre définition dépende des conclusions ultimes fondées sur la *Charte*. Compte tenu de l'opinion que j'exprimerai en fin de compte, je crois que l'art. 5 de la *Loi sur la preuve au Canada* est, en l'espèce, le point de convergence le plus important pour ce qui est de l'atteinte au droit à la liberté, et c'est cette disposition qui fait l'objet des questions constitutionnelles formulées le 19 juillet 1993. Bien qu'aucune question constitutionnelle n'ait été formulée relativement au pouvoir d'assignation, j'estime que c'est une lacune qui présente un intérêt purement théorique, premièrement, à cause de ma perception ultime de l'affaire et, deuxièmement, parce que le présent pourvoi a été entendu en même temps que le pourvoi *British Columbia Securities Commission c. Branch**, où il est question d'une contestation directe d'un pouvoir d'assignation. En réunissant ces pourvois, on a donné

* Judgment rendered on April 13, 1995.

* Jugement rendu le 13 avril 1995.

sufficient notice was given to the Attorneys General regarding the kinds of provisions in jeopardy.

To conclude, I reiterate that *Thomson Newspapers*, *supra*, is authority for the proposition that a statutory compulsion to testify constitutes a deprivation of liberty. *Thomson Newspapers* in no way precludes the further refinement of this liberty-interest holding to embrace the concern articulated by Lamer J. in that case. A deprivation of liberty may arise by virtue of a compulsion to speak *per se*, but that deprivation may be particularized if one's approach to the *Charter* requires one to reach conclusions regarding the kind of speech which is compelled.

I note that if one particularizes the liberty-interest deprivation to include an analysis of the character of compelled speech, this refinement in no way changes the temporal focus of s. 7. If one examines the self-incriminatory character of speech, then one's attention is naturally drawn to the prospect of subsequent prosecution. However, this does not mean that the liberty interest is engaged in relation to that prospect. As A. W. Mewett has stated in "The Right to Silence" (1990), 32 *Crim. L.Q.* 273, at p. 274, "if it is true that being under compulsion to obey a subpoena is a deprivation of liberty, then the time to consider fundamental justice is at the time of the compulsion, not later when it may be too late". In other words, the encroachment upon liberty is complete at the moment of compelled speech, regardless of its character. D. Stratas, in *The Charter of Rights in Litigation* (1990), vol. I, has noted that an uncertainty which currently exists is "just how immediate a threatened deprivation of liberty must be" (p. 17-2.1). Inasmuch as a statutory compulsion to give oral testimony engages the liberty interest, it is unnecessary to resolve this uncertainty today. When J.P.M. challenged the subpoena in this case, he faced an imminent deprivation of liberty.

aux procureurs généraux un avis suffisant concernant les types de dispositions compromises.

Pour conclure, je répète que l'arrêt *Thomson Newspapers* permet d'affirmer qu'une contrainte légale à témoigner constitue une atteinte à la liberté. Cet arrêt n'empêche aucunement de préciser davantage cette conclusion à l'existence d'un droit à la liberté de façon à inclure la préoccupation qu'y exprime le juge Lamer. L'atteinte à la liberté peut découler de la contrainte à parler en soi, mais cette atteinte peut être précisée si la façon d'aborder la *Charte* exige que l'on tire des conclusions sur la nature du discours forcé.

Si l'on précise l'atteinte au droit à la liberté de façon à inclure une analyse de la nature du discours forcé, cette précision ne change rien à l'élément temporel de l'art. 7. Si on examine la nature auto-incriminante du discours, alors on s'intéresse naturellement à la perspective de poursuites subséquentes. Cependant, cela ne signifie pas que le droit à la liberté entre en jeu relativement à cette perspective. Comme l'affirme A. W. Mewett dans «The Right to Silence» (1990), 32 *Crim. L.Q.* 273, à la p. 274: [TRADUCTION] «s'il est exact que le fait d'être contraint d'obtempérer à une assignation constitue une atteinte à la liberté, alors le moment par rapport auquel il faut tenir compte de la justice fondamentale est celui où la contrainte est exercée, et non plus tard lorsqu'il pourrait être trop tard». En d'autres termes, l'atteinte à la liberté est complète au moment du discours forcé, quelle qu'en soit la nature. Dans son ouvrage intitulé *The Charter of Rights in Litigation* (1990), vol. I, D. Stratas fait remarquer qu'il existe actuellement une incertitude [TRADUCTION] «quant à savoir jusqu'à quel point la menace d'atteinte à la liberté doit être immédiate» (p. 17-2.1). Dans la mesure où une contrainte légale de témoigner oralement fait intervenir le droit à la liberté, il n'est pas nécessaire de dissiper cette incertitude aujourd'hui. Lorsque J.P.M. a contesté le subpoena en l'espèce, il était exposé à une atteinte imminente à sa liberté.

C. *The Principles of Fundamental Justice*

1. Introduction

44 The rights listed in s. 7 of the *Charter* are not guaranteed at large. Although J.P.M.'s liberty interest is engaged by the fact of testimonial compulsion, it does not follow that s. 7 will provide relief. J.P.M. cannot claim an abstract right to liberty. He can only demand that a deprivation of his liberty take place in accordance with the principles of fundamental justice. As Lamer J. stated in *Re B.C. Motor Vehicle Act, supra*, the principles of fundamental justice "set the parameters of that right" (p. 512).

45 In the discussion to follow, I will conclude that the principle of fundamental justice which is operative in the present appeal is the principle against self-incrimination. It is against this principle that the fact of testimonial compulsion must be measured. In reaching this conclusion, I acknowledge that I will largely follow the course already charted by Lamer C.J. in *R. v. P. (M.B.)*, [1994] 1 S.C.R. 555, and *R. v. Jones*, [1994] 2 S.C.R. 229.

46 In *Jones*, Lamer C.J. dissented on the question whether dangerous offender proceedings serve to "incriminate" further a person who has already been convicted of an offence. I regard his dissent as limited to that issue, such that his discussion of self-incrimination otherwise generally reflects Canadian law. In particular, I note that Lamer C.J. in *Jones* reviewed disparate jurisprudential topics and concluded that "the principle against self-incrimination is a principle of fundamental justice and this Court has, at least implicitly, recognized its status as such" (p. 257). To this point I would merely add that the Chief Justice's majority opinion in *P. (M.B.)*, *supra*, discusses a point of criminal procedure not considered in *Jones*, and gives explicit recognition to the principle against self-incrimination (p. 577).

C. *Les principes de justice fondamentale*

1. Introduction

Les droits énumérés à l'art. 7 de la *Charte* ne sont pas garantis de façon générale. Bien que la contrainte à témoigner fasse intervenir le droit à la liberté de J.P.M., il ne s'ensuit pas que l'art. 7 offrira un redressement. J.P.M. ne peut revendiquer un droit abstrait à la liberté. Il peut seulement exiger qu'une atteinte à sa liberté soit conforme aux principes de justice fondamentale. Comme l'affirme le juge Lamer dans le *Renvoi: Motor Vehicle Act de la C.-B.*, précité; les principes de justice fondamentale ont comme rôle «d'établir les paramètres de ce droit» (p. 512).

Dans l'analyse qui suit, j'arrive à la conclusion que le principe de justice fondamentale qui s'applique en l'espèce est le principe interdisant l'auto-incrimination. C'est par rapport à ce principe que la contrainte à témoigner doit être évaluée. Pour arriver à cette conclusion, je reconnais que je vais suivre en grande partie la voie déjà tracée par le juge en chef Lamer dans les arrêts *R. c. P. (M.B.)*, [1994] 1 R.C.S. 555, et *R. c. Jones*, [1994] 2 R.C.S. 229.

Dans l'arrêt *Jones*, le juge en chef Lamer était dissident sur la question de savoir si les procédures visant à déterminer si un contrevenant est dangereux servaient à «incriminer» davantage une personne déjà déclarée coupable d'une infraction. Je considère que sa dissidence se limitait à cette question de sorte que son analyse de l'auto-incrimination traduit généralement l'état du droit canadien. Je souligne en particulier que, dans l'arrêt *Jones*, le juge en chef Lamer a examiné une jurisprudence disparate et a conclu que «le principe interdisant l'auto-incrimination est un principe de justice fondamentale et que notre Cour l'a, implicitement du moins, reconnu comme tel» (p. 257). À ce stade, j'ajouterais simplement que, dans l'arrêt *P. (M.B.)*, précité, le Juge en chef analyse, au nom de la Cour à la majorité, un point de procédure criminelle non examiné dans *Jones*, et qu'il reconnaît explicitement le principe interdisant l'auto-incrimination (p. 577).

Thus, I acknowledge that *P. (M.B.)* and *Jones* have, so to speak, cleared the path I will follow in these reasons. However, I do not believe it would be sufficient for me simply to cite those cases here and move on. In all of its aspects, this appeal is intimately associated with the idea of self-incrimination broadly conceived. Moreover, the various protections against self-incrimination promote troubling terminological confusion. Ratushny has stated:

The idea of the right against self-incrimination has been expressed in a variety of ways: "privilege against self-incrimination", "right to remain silent", "*nemo tenetur seipsum prodere*", "*nemo tenetur seipsum accusare*", "*nemo tenetur armare adversarum contra se*". More recently, the Canadian Bill of Rights adopted the term "self-crimination". No useful purpose is served in attempting to ascribe a precise meaning to one of the phrases in comparison to another. The scope of this inquiry will encompass all matters which could be said to be related to the concept of self-incrimination in its broadest sense so that all of these phrases are enveloped.

(*Self-Incrimination in the Canadian Criminal Process* (1979), at p. 2.)

Like Ratushny, I must embark upon a discussion of various matters "which could be said to be related to the concept of self-incrimination in its broadest sense", and, in doing so, I wish to heed the admonition that one "bears a heavy responsibility to be as precise as possible" when one discusses self-incrimination: D. M. Paciocco, *Charter Principles and Proof in Criminal Cases* (1987), at p. 539. To achieve both goals, I thus consider it advisable to discuss the principle against self-incrimination in general terms at the outset, notwithstanding the helpful direction of *P. (M.B.)*, *supra*, and *Jones*, *supra*.

To commence my analysis, however, I note that in *Re B.C. Motor Vehicle Act*, *supra*, Lamer J. set forth the guiding thought that "the principles of fundamental justice are to be found in the basic tenets and principles, not only of our judicial process, but also of the other components of our legal system" (p. 512). Therefore, to explain why the

Ainsi, je reconnais que les arrêts *P. (M.B.)* et *Jones* ont, pour ainsi dire, ouvert la voie que je vais suivre dans les présents motifs. Cependant, je ne crois pas qu'il me suffit de les citer pour ensuite passer à autre chose. Le présent pourvoi est, à tous les points de vue, intimement lié à l'idée de l'auto-incrimination au sens large. Par ailleurs, les diverses garanties contre l'auto-incrimination suscitent une confusion terminologique troublante. Ratushny affirme:

[TRADUCTION] L'idée du droit de ne pas s'incriminer a été exprimée de diverses façons: «le privilège de ne pas s'incriminer», «le droit de garder le silence», «*nemo tenetur seipsum prodere*», «*nemo tenetur seipsum accusare*», «*nemo tenetur armare adversarum contra se*». Plus récemment, l'expression «protection contre son propre témoignage» a été adoptée dans la Déclaration canadienne des droits. Il serait inutile de tenter de définir précisément chacune de ces expressions les unes par rapport aux autres. La présente analyse portera sur toutes les questions dont on pourrait dire qu'elles sont liées au concept de l'auto-incrimination au sens le plus large de sorte que toutes les expressions citées seront visées.

(*Self-Incrimination in the Canadian Criminal Process* (1979), à la p. 2.)

À l'instar de Ratushny, je dois entreprendre une analyse de diverses questions [TRADUCTION] «dont on pourrait dire qu'elles sont liées au concept de l'auto-incrimination au sens le plus large», et, ce faisant, je tiens à tenir compte de l'avertissement que l'on a [TRADUCTION] «la lourde responsabilité d'être aussi précis que possible» lorsqu'on parle d'auto-incrimination: D. M. Paciocco, *Charter Principles and Proof in Criminal Cases* (1987), à la p. 539. Pour atteindre ces deux objectifs, je considère qu'il est souhaitable de traiter du principe interdisant l'auto-incrimination de manière générale au départ, malgré les directives utiles que l'on trouve dans les arrêts *P. (M.B.)* et *Jones*, précités.

Pour commencer mon analyse, je fais toutefois remarquer que, dans le *Renvoi: Motor Vehicle Act de la C.-B.*, précité, le juge Lamer exprime l'idée directrice que «les principes de justice fondamentale se trouvent dans les préceptes fondamentaux non seulement de notre processus judiciaire, mais aussi des autres composantes de notre système

principle against self-incrimination is a principle of fundamental justice, I should examine the basic tenets of our legal system. These tenets may be reflected in the common-law and statutory environment which exists outside of the *Charter*, they may be reflected in the specific and enumerated provisions of the *Charter*, or they may be more expansive than either of these: see *Hebert, supra*, at pp. 162-64. To begin my analysis, however, I think it will be sufficient for me to examine first self-incrimination protections apart from the *Charter* and then to turn my attention upon the *Charter* itself. Once that is done, I will be better placed to determine what the principle demands in respect of a statutory testimonial compulsion.

2. Protections Against Self-Incrimination Outside of the *Charter*

The protections against self-incrimination which exist apart from the *Charter* compose a topic of enormous scope. Indeed, before the *Charter* was proclaimed, at least one entire book investigated these protections: see Ratushny, *Self-Incrimination in the Canadian Criminal Process, supra*. My goals are more modest, however, and the discussion to follow will embrace three subjects. First, I will review the history of the testimonial privileges. This review will canvass the common-law privilege against self-incrimination for witnesses, the common-law non-compellability of an accused person, and the status of these concepts in other jurisdictions and in pre-*Charter* Canada. Second, I will review the confessions rule with a view to determining the extent to which the confessions rule is relevant to a principle against self-incrimination. Finally, I will consider policy arguments which have been advanced to account for these protections.

(a) *The Testimonial Privileges*

I cannot begin to comment upon the testimonial privileges without confining the inquiry. As Professor Mewett has rightly admonished, “[p]erhaps no phrase is bandied about with more imprecision and with more unawareness of its legal and social

juridique» (p. 512). Je devrais donc examiner les préceptes fondamentaux de notre système juridique pour expliquer pourquoi le principe interdisant l’auto-incrimination est un principe de justice fondamentale. Ces préceptes peuvent se refléter dans la common law, dans des textes législatifs autres que la *Charte*, dans les dispositions précises et énumérées de la *Charte*, ou encore ils peuvent avoir une portée encore plus large que ceux-ci: voir l’arrêt *Hebert*, précité, aux pp. 162 à 164. J’estime cependant que, pour commencer, il suffit d’examiner d’abord les garanties contre l’auto-incrimination autres que la *Charte*, pour ensuite me concentrer sur la *Charte* elle-même. Une fois cela fait, je serai mieux placé pour déterminer ce qu’exige le principe relativement à une contrainte légale à témoigner.

2. Les garanties contre l’auto-incrimination autres que la *Charte*

La question des garanties contre l’auto-incrimination qui existent indépendamment de la *Charte* est un vaste sujet. En fait, avant la proclamation de la *Charte*, un livre entier au moins traitait de ces garanties: voir Ratushny, *Self-Incrimination in the Canadian Criminal Process, op. cit.* Cependant, mes objectifs sont plus modestes et l’analyse qui suit portera sur trois sujets. Je ferai tout d’abord l’historique des privilèges du témoin. Cet examen portera sur le privilège de ne pas s’incriminer que la common law reconnaît au témoin, la non-contrainabilité d’un accusé en common law et la situation de ces concepts dans d’autres ressorts et au Canada avant l’adoption de la *Charte*. J’examinerai ensuite la règle des confessions en vue de déterminer dans quelle mesure cette règle est pertinente relativement au principe interdisant l’auto-incrimination. Enfin, j’analyserai les arguments de principe avancés à l’appui de ces garanties.

a) *Les privilèges du témoin*

Je ne puis entreprendre de commenter les privilèges du témoin sans délimiter mon examen. Comme le professeur Mewett nous en a averti à bon droit, [TRADUCTION] «[a]ucune expression n’est peut-être employée de façon plus imprécise

significance than the privilege against self-incrimination”: “Law Enforcement and the Conflict of Values” (1970), 12 *Crim. L.Q.* 179, at p. 186. The first point to note, therefore, is that I discuss here only the privileges against self-incrimination, and not, except by implication, the larger principle against self-incrimination which otherwise dominates my s. 7 investigation.

The privilege and the principle must be kept distinct. In *Thomson Newspapers*, *supra*, Sopinka J. stated that “[a] privilege is an exclusionary rule of evidence which is appropriately asserted in court” (p. 599); see also, *Hebert*, *supra*, at p. 195. In other words, a privilege is an evidentiary rule which operates in court to render otherwise relevant and probative evidence inadmissible, generally for policy reasons: see *R. v. Gruenke*, [1991] 3 S.C.R. 263, at p. 288. The principle is something else. In *Jones*, *supra*, Lamer C.J. isolated the critical point when he stated: “The principle is a general organizing principle of criminal law from which particular rules can be derived. . . . The privilege is merely one rule that has been derived from the principle” (p. 249 (emphasis in original)).

I proceed, then, to consider only the common-law privilege against self-incrimination, along with its origins and modern status. As I will describe below, the privilege embraces two different yet related rules: first, the privilege of a witness not to answer questions which might tend to incriminate that witness; second, the non-compellability of an accused person.

To search for the origins of the privilege against self-incrimination is to embark upon a perilous journey. Dean Wigmore introduced the privilege’s “long story” by commenting upon the “complicated task” ahead of him, an understatement which should stand as a warning to those who lack Wigmore’s formidable expertise and skills: *Wigmore on Evidence*, vol. 8 (McNaughton rev. 1961), §2250, at p. 269. It is a warning that I heed; even

et avec une plus grande ignorance de sa signification juridique et sociale que le privilège de ne pas s’incriminer»: «Law Enforcement and the Conflict of Values» (1970), 12 *Crim. L.Q.* 179, à la p. 186. En conséquence, je tiens tout d’abord à préciser que je n’examinerai ici que les privilèges de ne pas s’incriminer et non, sauf implicitement, le grand principe interdisant l’auto-incrimination qui domine par ailleurs mon examen de l’art. 7.

Il ne faut pas confondre privilège et principe. Dans l’arrêt *Thomson Newspapers*, précité, le juge Sopinka affirme qu’«[u]n privilège est une règle d’exclusion en matière de preuve que l’on peut à bon droit invoquer devant un tribunal» (p. 599); voir aussi l’arrêt *Hebert*, précité, à la p. 195. En d’autres termes, un privilège est une règle de preuve qui, devant un tribunal, a pour effet de rendre inadmissible, généralement pour des raisons de principe, une preuve par ailleurs pertinente et probante: voir l’arrêt *R. c. Gruenke*, [1991] 3 R.C.S. 263, à la p. 288. Le principe est quelque chose de différent. Dans l’arrêt *Jones*, précité, le juge en chef Lamer a identifié le point crucial lorsqu’il a affirmé: «Le principe est un principe directeur général de droit criminel, dont il est possible de tirer des règles particulières [. . .] Le privilège n’est qu’une des règles tirées du principe» (p. 249 (souligné dans l’original)).

Je vais donc examiner seulement le privilège de common law de ne pas s’incriminer, de même que ses origines et sa situation actuelle. Comme je vais le décrire plus loin, ce privilège englobe deux règles différentes, quoique connexes: premièrement, le privilège d’un témoin de ne pas répondre à des questions susceptibles de l’incriminer; deuxièmement, la non-contrainabilité de l’accusé.

Il est périlleux de se lancer à la recherche des origines du privilège de ne pas s’incriminer. Le doyen Wigmore a présenté la [TRADUCTION] «longue histoire» du privilège en parlant de la «tâche complexe» qui l’attendait, un euphémisme qui devrait servir de mise en garde pour ceux qui n’ont ni l’expertise ni les compétences formidables de Wigmore: *Wigmore on Evidence*, vol. 8 (McNaughton rev. 1961), §2250, à la p. 269. C’est

52

53

54

more, it is a warning which makes me wonder whether the historical journey is worth the price.

55

In *Thomson Newspapers*, Wilson J. relied upon Wigmore's analysis to suggest that the privilege against self-incrimination has its origins in "a revulsion against the practices of the courts of the Star Chamber and the High Commission in the seventeenth century" (p. 471). It is probably fair to state that this account rests upon an emotional touchstone of the common law, embracing as it does the facts of Lilburn's trial: *The Trial of John Lilburn and John Wharton, for Printing and Publishing Seditious Books* (1637), 3 How. State Tr. 1316. In Wigmore's account of that trial, Lilburn offers these stirring words (§2250, at p. 283):

I am not willing to answer you to any more of these questions, because I see you go about by this examination to ensnare me; for, seeing the things for which I am imprisoned cannot be proved against me, you will get other matter out of my examination; and therefore, if you will not ask me about the thing laid to my charge, I shall answer no more.

Wilson J. in *Thomson Newspapers*, again in reliance upon Wigmore, describes how Lilburn's objection was not aimed at the mere possibility of self-incriminatory speech, but rather at the lack of specificity in the indictment he faced. Wilson J. suggests, however, that "through the effluxion of time, the underlying rationale for the rights became blurred" (p. 471), such that a much broader privilege against self-incrimination was born.

56

In questioning whether this historical journey is worth its price, I do not in any way impugn the approach of Wigmore or of Wilson J. in *Thomson Newspapers*. Rather, I simply believe that an analysis of the privilege's origin is more amenable to an historical inquiry than to a legal one. In this regard, I note that there are at least three competing explanations for the development of the privilege against self-incrimination, one of which postulates that the privilege was available to witnesses

une mise en garde dont je tiens compte et qui m'incite même à me demander si ce périple historique en vaut la peine.

Dans l'arrêt *Thomson Newspapers*, le juge Wilson s'est fondée sur l'analyse de Wigmore pour laisser entendre que le privilège de ne pas s'incriminer est né «de la répugnance suscitée par les pratiques des tribunaux de la Chambre Étoilée et de la *High Commission* au dix-septième siècle» (p. 471). Il est probablement juste de dire que l'analyse se fonde sur une étape émouvante de la common law qui comprend le procès de Lilburn: *The Trial of John Lilburn and John Wharton, for Printing and Publishing Seditious Books* (1637), 3 How. State Tr. 1316. Dans son compte rendu du procès, Wigmore rapporte ces propos poignants de Lilburn (§2250, à la p. 283):

[TRADUCTION] Je ne veux plus répondre à vos questions parce que je vois que vous voulez, par ce moyen, me prendre au piège; en effet, après avoir constaté qu'il est impossible de faire la preuve des actes pour lesquels je suis emprisonné, vous tirerez autre chose de mon interrogatoire; c'est pourquoi si vous ne m'interrogez pas au sujet de l'accusation qui pèse contre moi, je ne répondrai plus à vos questions.

Dans *Thomson Newspapers*, le juge Wilson affirme, toujours en se fondant sur Wigmore, que l'objection de Lilburn résultait non pas de la simple possibilité d'un discours auto-incriminant, mais plutôt du manque de précision de l'acte d'accusation déposé contre lui. Cependant, le juge Wilson affirme que «[l']écoulement du temps a toutefois estompé la justification fondamentale de ces droits» (p. 471), de sorte qu'il en est résulté un privilège beaucoup plus général de ne pas s'incriminer.

Lorsque je me demande si ce périple historique en vaut la peine, je ne conteste aucunement l'approche de Wigmore ou celle du juge Wilson dans *Thomson Newspapers*. J'estime plutôt qu'une analyse de l'origine du privilège se prête davantage à un examen historique qu'à un examen juridique. À cet égard, je souligne qu'il existe au moins trois explications différentes de l'évolution du privilège de ne pas s'incriminer, l'une étant que les témoins disposaient de ce privilège longtemps avant le pro-

long before Lilburn's trial: M. R. T. MacNair, "The Early Development of the Privilege against Self-Incrimination" (1990), 10 *Oxford J. Legal Stud.* 66. The point is this: as I will discuss in greater detail below, policy explanations for rules against self-incrimination have arisen largely as *ad hoc* developments in our law, and one should not be misled into adopting a policy explanation *in toto* simply because the explanation fits well with an emotional view of history which is not, itself, susceptible to final proof.

Therefore, the more useful investigation does not attempt to define the privilege against self-incrimination as a product of certain historical forces. Rather, it attempts only to define the rules which developed at common law, since rules can be known with some certainty. By adopting this approach, it becomes quickly apparent that the focus should be on that common-law rule which recognizes a privilege against self-incrimination for witnesses who are compelled to testify. *Lamb v. Munster* (1882), 10 Q.B.D. 110, at pp. 112-13, is a frequently cited authority for the common-law privilege:

[T]he privilege extends to protect a man from answering any question which "would in the opinion of the judge have a tendency to expose the witness, or the wife or husband of the witness, to any criminal charge". . . . The extent of the privilege is I think this: the man may say, "If you are going to bring a criminal charge, or if I have reason to think a criminal charge is going to be brought against me, I will hold my tongue. Prove what you can, but I am protected from furnishing evidence against myself out of my own mouth."

The privilege is a privilege not to give answers which tend to incriminate the witness. It is a dormant giant who can be awakened in proceedings which are not perceived to involve its express statutory abridgement: see, e.g., *Bell v. Klein*, [1954] 1 D.L.R. 225 (B.C.S.C.), and *Brown v. Hooper* (1885), 3 Man. R. 86 (Q.B.).

cès de Lilburn: M. R. T. MacNair, «The Early Development of the Privilege against Self-Incrimination» (1990), 10 *Oxford J. Legal Stud.* 66. Là où je veux en venir, c'est que, comme nous l'examinerons davantage plus loin, les explications de principe des règles interdisant l'auto-incrimination résultent en grande partie de l'évolution particulière de notre droit, et qu'on ne devrait pas être induit en erreur en adoptant une explication théorique globale pour la simple raison que cette explication s'harmonise bien avec une perception émotive de l'histoire, dont on ne peut en fin de compte faire la preuve.

En conséquence, l'examen le plus utile ne tente pas de définir le privilège de ne pas s'incriminer comme le fruit de certaines forces historiques. Il tente plutôt de définir uniquement les règles établies en common law, puisque les règles peuvent être connues avec une certaine certitude. Si l'on adopte cette démarche, on s'aperçoit rapidement que l'accent devrait être mis sur la règle de common law qui reconnaît un privilège de ne pas s'incriminer aux personnes forcées de témoigner. La décision *Lamb c. Munster* (1882), 10 Q.B.D. 110, aux pp. 112 et 113, est fréquemment citée à l'appui du privilège de common law:

[TRADUCTION] [L]e privilège en cause va jusqu'à dispenser un témoin d'avoir à répondre à une question qui, «de l'avis du juge, tendrait à exposer ce témoin ou son conjoint à une accusation criminelle» [. . .] Voici, à mon avis, en quoi consiste le privilège en question: une personne peut dire: «Si vous allez porter une accusation criminelle, ou si j'ai des raisons de croire qu'une accusation criminelle sera portée contre moi, je tiendrai ma langue. Prouvez ce que vous pouvez, mais, quant à moi, je bénéficie d'une protection qui me dispense d'avoir à témoigner contre moi-même.»

Le privilège est celui du témoin de ne pas donner de réponse qui tende à l'incriminer. C'est un géant endormi qui peut être réveillé dans des procédures qui ne sont pas perçues comme mettant en cause sa limitation explicite par le législateur: voir, par exemple, *Bell c. Klein*, [1954] 1 D.L.R. 225 (C.S.C.-B.), et *Brown c. Hooper* (1885), 3 Man. R. 86 (B.R.).

58

Moreover, it is true that the common-law privilege did not simply protect a witness's testimony. Derivative evidence, that is, evidence which may come to light as a result of a compelled disclosure, was implicitly protected because a witness could claim the privilege not only in relation to facts which were directly incriminatory, but also in relation to so-called "clue facts". Wigmore defined a "clue fact" as being a fact "which increases the probability that a subordinate fact will be discovered and thus that an ultimate fact, and the crime, will be proved" (*supra*, §2260, at p. 371). Although his summary notes that some early cases rejected clue-fact protection, it also notes that most modern cases do not (p. 372).

De plus, il est vrai que le privilège de common law ne protégeait pas simplement les témoignages. La preuve dérivée, c'est-à-dire les éléments de preuve susceptibles d'être découverts par suite d'une divulgation forcée, était implicitement protégée parce qu'un témoin pouvait revendiquer le privilège non seulement relativement aux faits directement incriminants, mais aussi relativement aux prétendus [TRADUCTION] «indices». Selon Wigmore, un «indice» est un fait [TRADUCTION] «qui accroît les chances qu'un fait accessoire soit découvert et ainsi qu'un fait ultime et le crime soient prouvés» (*op. cit.*, §2260, à la p. 371). Dans son sommaire, Wigmore indique que cette protection des indices a été refusée dans certaines décisions antérieures, mais qu'elle est acceptée dans la plupart des décisions modernes (p. 372).

59

For the witness, then, the privilege operated as a potentially broad protection which could be asserted on the stand. With respect to the accused person, however, the common law took a different approach. This is so because the accused had more than simply a right to refuse to give self-incriminatory answers. The accused could refuse testimony altogether. The accused's right was a right against compellability. To delve once more into legal history, it may be that the accused's non-compellability can be linked to the pre-17th century status of accused persons. At that time, an accused could not take an oath in the common-law courts because the oath was a decisive thing. The accused was to be tried by the oaths of the jurors, not by his own: Wigmore, *supra*, §2250, at p. 285.

Alors, pour le témoin, le privilège offrait une protection potentiellement large qui pouvait être invoquée à la barre. Cependant, la common law a adopté, dans le cas de l'accusé, une approche différente du fait qu'il possédait plus que le simple droit de refuser de donner des réponses l'incriminant; il pouvait aussi refuser complètement de témoigner. Le droit de l'accusé était celui de ne pas être contraint à témoigner. Si l'on remonte de nouveau dans l'histoire du droit, il se peut que la non-contraignabilité de l'accusé se rattache au statut qu'il avait avant le XVII^e siècle. À cette époque, un accusé ne pouvait prêter serment devant les tribunaux de common law parce que le serment était déterminant. L'accusé était jugé sur la foi des serments des jurés et non de son propre serment: Wigmore, *op. cit.*, §2250, à la p. 285.

60

Whatever its origin, however, non-compellability as an aspect of the privilege against self-incrimination appeared long ago as a judge-made rule. But this extension of the rule was far from dramatic. Ratushny, *supra*, has stated (at p. 173):

Cependant, quelle que soit son origine, la non-contraignabilité en tant qu'aspect du privilège de ne pas s'incriminer est apparue il y a longtemps comme règle de droit prétorien. Cependant, cet élargissement de la règle est loin d'avoir été dramatique. Ratushny, *op. cit.*, affirme (à la p. 173):

[I]n the second half of the seventeenth century, the rule came to be established, in judicial decisions, that a person could not be compelled to be a witness in his trial even where a proper accusation was present. The exact process by which this rule developed is difficult to pinpoint. However, the extension of the privilege would

[TRADUCTION] [A]u cours de la seconde moitié du XVII^e siècle, les tribunaux en sont venus à établir comme règle, qu'une personne ne pouvait être forcée à témoigner au cours de son procès même dans le cas où une accusation en bonne et due forme avait été déposée. Il est difficile de déterminer exactement comment cette

not be difficult since it had little practical consequence for the accused. The accused was not *competent* as a witness until 1898. In other words, he needed no protection against being compelled to testify in the common law courts. He could not testify even if he wished to do so. [Emphasis in original.]

It is perhaps the interaction between the privilege against self-incrimination and the testimonial incompetence of accused persons in the common-law courts which led to the somewhat anomalous rule of non-compellability.

In particular, it is, at first blush, anomalous to equate a rule of non-compellability with a testimonial privilege, since a privilege by definition is an exclusionary rule ordinarily asserted on the stand. As Wigmore stated with regard to this problem, "the prosecution could nevertheless on principle have a right at least to *call [the accused] to be sworn* because, as with an ordinary witness, it could not be known beforehand whether he would exercise his privilege" (*supra*, §2268, at p. 406 (emphasis in original)). With rare exceptions (e.g., *R. v. Pantelidis*, [1943] 1 D.L.R. 569 (B.C.C.A.)), however, the accused's privilege against self-incrimination at common law has not required assertion by the accused. The privilege was embodied in the expanded rule of non-compellability.

To summarize briefly, I note that, in Canada, the privilege against self-incrimination at common law means only two things: the privilege claimable by a witness, and the non-compellability of an accused person. That is, the privilege is limited by its testimonial character. This was definitively established by *Marcoux v. The Queen*, [1976] 1 S.C.R. 763, where it was argued that an accused's participation in a police line-up engaged the privilege. Dickson J. (as he then was) rejected the argument in these terms (at pp. 768-69):

règle a vu le jour. Cependant, l'élargissement du privilège n'a pas été difficile puisque cela entraînait peu de conséquences pratiques pour l'accusé. Ce dernier n'était pas *habile* à témoigner jusqu'en 1898. En d'autres termes, il n'avait pas besoin d'être protégé de la contrainte à témoigner devant les tribunaux de common law. Il ne pouvait témoigner même s'il le désirait. [En italique dans l'original.]

C'est peut-être l'interaction du privilège de ne pas s'incriminer et de l'inhabilité d'un accusé à témoigner devant les tribunaux de common law qui a abouti à cette règle quelque peu anormale de non-contrainabilité.

En particulier, il est à première vue anormal d'assimiler une règle de non-contrainabilité à un privilège du témoin puisqu'un privilège est par définition une règle d'exclusion qui est habituellement invoquée à la barre. Comme l'affirme Wigmore relativement à ce problème, [TRADUCTION] «la poursuite pouvait néanmoins en principe avoir au moins le droit de *demander l'assermentation [de l'accusé]* parce que, comme dans le cas d'un témoin ordinaire, il était impossible de savoir d'avance s'il allait exercer son privilège» (*op. cit.*, §2268, à la p. 406 (en italique dans l'original)). Cependant, sauf dans de rares cas (par exemple, *R. c. Pantelidis*, [1943] 1 D.L.R. 569 (C.A.C.-B.)), l'accusé n'avait pas à invoquer le privilège de common law de ne pas s'incriminer. Le privilège était compris dans la règle élargie de non-contrainabilité.

En résumé, je souligne qu'au Canada le privilège de ne pas s'incriminer reconnu par la common law signifie seulement deux choses: le privilège susceptible d'être invoqué par un témoin et la non-contrainabilité d'un accusé. Autrement dit, le privilège est restreint par sa nature testimoniale. C'est ce qu'a établi de façon définitive l'arrêt *Marcoux c. La Reine*, [1976] 1 R.C.S. 763, dans lequel on soutenait que la participation d'un accusé à une séance d'identification de la police rendait le privilège applicable. Le juge Dickson (plus tard Juge en chef) rejette cet argument de la façon suivante (aux pp. 768 et 769):

61

62

The limit of the privilege against self-incrimination is clear. The privilege is the privilege of a witness not to answer a question which may incriminate him.

As applied to witnesses generally, the privilege must be expressly claimed by the witness, when the question is put to him in the witness box. . . . As applied to an accused, the privilege is the right to stand mute. An accused cannot be asked, much less compelled, to enter the witness box or to answer incriminating questions. If he chooses to testify, the protective shield, of course, disappears. In short, the privilege extends to the accused *qua* witness and not *qua* accused, it is concerned with testimonial compulsion specifically and not with compulsion generally. . . .

This point has been reiterated on a number of occasions: e.g., *Rothman v. The Queen*, [1981] 1 S.C.R. 640, at p. 683 (*per* Lamer J.); *Thomson Newspapers*, *supra*, at p. 599 (*per* Sopinka J.); *Hebert*, *supra*, at pp. 173 (*per* McLachlin J.) and 195 (*per* Sopinka J.).

63 To state, however, that the common-law privilege against self-incrimination can be defined by two rules in Canada, is not to say that the Canadian position has been fully explored. Indeed, in order to understand the Canadian experience, it is essential for me to examine the statutory intervention which has affected these rules.

64 In this regard, I first note that the non-compellability rule has been largely unaffected by history. This lack of interference has not been universal, inasmuch as there are instances of its statutory abridgement: e.g., *R. v. Fee* (1887), 13 O.R. 590 (Ch. Div.); see also S. Schiff, *Evidence in the Litigation Process* (4th ed. 1993), vol. 2, at pp. 1343-44. However, abridgement has been rare, and, more to the point, the history of statutory interference with the witness's privilege saw the accused's privilege expressly affirmed by Parliament.

65 To explain this last point, I cite (in part) the original forerunner of s. 5(1) of the *Canada Evi-*

La limite du privilège contre l'auto-incrimination est claire. Le privilège est celui d'un témoin de ne pas répondre à une question qui peut l'incriminer.

Appliqué aux témoins en général, le privilège doit être expressément invoqué par le témoin lorsqu'il est à la barre et que la question lui est posée [. . .] Appliqué à un accusé, le privilège consiste dans le droit de s'abstenir de répondre. On ne peut demander à un accusé, encore moins l'obliger, de venir à la barre aux témoins ou de répondre à des questions incriminantes. S'il choisit de témoigner, il perd évidemment cette protection. En résumé, le privilège s'applique à l'accusé en tant que témoin et non pas en tant qu'accusé; il s'applique particulièrement à la contrainte de témoigner et non pas à la contrainte en général. . . .

Cette remarque a été reprise plusieurs fois: par exemple, *Rothman c. La Reine*, [1981] 1 R.C.S. 640, à la p. 683 (le juge Lamer); *Thomson Newspapers*, précité, à la p. 599 (le juge Sopinka); *Hebert*, précité, aux pp. 173 (le juge McLachlin) et 195 (le juge Sopinka).

Cependant, affirmer que le privilège de common law de ne pas s'incriminer peut être défini par deux règles au Canada, ne revient pas à dire que la situation canadienne a été examinée complètement. En fait, pour comprendre l'expérience canadienne, il est essentiel d'examiner l'incidence de la loi sur ces règles.

À ce propos, je note tout d'abord que l'histoire n'a pratiquement rien changé à la règle de non-contrainabilité. Cette absence d'intervention n'est pas universelle dans la mesure où il existe des cas où son application a été limitée par le législateur: par exemple, *R. c. Fee* (1887), 13 O.R. 590 (Ch. Div.); voir aussi S. Schiff, *Evidence in the Litigation Process* (4^e éd. 1993), vol. 2, aux pp. 1343 et 1344. Cependant, l'application de la règle a rarement été limitée et, qui plus est, l'histoire des interventions législatives dans le privilège du témoin révèle que le privilège de l'accusé a été explicitement confirmé par le législateur.

Pour expliquer ce dernier point, je cite (en partie) le premier article de la lignée qui a abouti au

dence Act, namely, s. 4 of *The Canada Evidence Act, 1893*, S.C. 1893, c. 31. That provision read:

4. Every person charged with an offence, and the wife or husband, as the case may be, of the person so charged, shall be a competent witness, whether the person so charged is charged solely or jointly with any other person.

On its face, s. 4 purported to affect only the testimonial competence of accused persons. However, in *Gosselin v. The King* (1903), 33 S.C.R. 255, this Court held that s. 4 rendered accused persons not only competent, but also compellable by the prosecution. In reaching this conclusion, the Court was influenced by the wording of an English statute, the *Criminal Evidence Act, 1898* (U.K.), 61 & 62 Vict., c. 36, s. 1, which made accused persons and spouses competent witnesses “for the defence”. The Court considered the absence of these three words in the Canadian Act to be important. Notably, however, the brief threat to non-compellability posed by *Gosselin* was undone when these words were added by amendment a few years later: *An Act further to amend The Canada Evidence Act, 1893*, S.C. 1906, c. 10, s. 1. In the result, as Ratushny has obliquely noted, “the non-compellability of an accused was *specifically* adopted in Canada by the *implied* incorporation of a common law principle”: E. Ratushny, “Is There a Right Against Self-Incrimination in Canada?” (1973), 19 *McGill L.J.* 1, at p. 30 (emphasis in original).

Thus, it can be properly said that pre-*Charter* Canada witnessed the retention of the common-law privilege against self-incrimination as it applied to accused persons. However, the same is not true of the witness’s privilege since the *Canada Evidence Act*, quoted above, abolished this privilege in Canada in so far as it could (the effect was made largely complete by complementary provincial provisions): see *Di Iorio, supra*, and *Dubois, supra*. In its place, the Act afforded witnesses a limited form of immunity applicable not at the moment of compelled testimony, but rather in

par. 5(1) de la *Loi sur la preuve au Canada*, soit l’art. 4 de l’*Acte de la preuve en Canada, 1893*, S.C. 1893, ch. 31. En voici le texte:

4. Toute personne accusée d’une infraction, ainsi que la femme ou le mari, selon le cas, de la personne accusée, sera compétente à rendre témoignage, que la personne ainsi accusée le soit seule ou conjointement avec quelque autre personne;

À première vue, l’art. 4 était censé toucher seulement l’habilité à témoigner des personnes accusées. Cependant, dans l’arrêt *Gosselin c. The King* (1903), 33 R.C.S. 255, notre Cour a statué que l’art. 4 rendait la personne accusée non seulement habile à témoigner, mais aussi contraignable par le poursuivant. Cette conclusion de notre Cour a été influencée par le texte d’une loi anglaise, l’art. 1 de la *Criminal Evidence Act, 1898* (R.-U.), 61 & 62 Vict., ch. 36, qui prévoyait que les accusés et leurs conjoints étaient habiles à témoigner [TRANSDUCTION] «pour la défense». Notre Cour a jugé importante l’absence de ces trois mots dans la loi canadienne. Soulignons cependant que la menace que l’arrêt *Gosselin* a brièvement fait peser sur la règle de la non-contraignabilité a été dissipée quand ces mots furent ajoutés par voie de modification, quelques années plus tard: *Acte modifiant de nouveau l’Acte de la preuve en Canada, 1893*, S.C. 1906, ch. 10, art. 1. En définitive, comme Ratushny l’a indirectement fait remarquer, [TRANSDUCTION] «la non-contraignabilité d’un accusé a été *expressément* adoptée au Canada par l’incorporation *implicite* d’un principe de common law»: E. Ratushny, «Is There a Right Against Self-Incrimination in Canada?» (1973), 19 *McGill L.J.* 1, à la p. 30 (en italique dans l’original).

On peut donc affirmer qu’avant l’adoption de la *Charte* au Canada, on avait conservé le privilège de ne pas s’incriminer que la common law reconnaissait aux personnes accusées. Cependant, on ne peut en dire autant du privilège du témoin puisque la *Loi sur la preuve au Canada*, que j’ai citée plus haut, a aboli ce privilège au Canada dans la mesure où elle pouvait le faire (des dispositions complémentaires adoptées par les provinces en ont, en grande partie, complété l’effet): voir *Di Iorio* et *Dubois*, précités. Au lieu de ce privilège, la Loi offrait aux témoins une forme restreinte d’immu-

respect of subsequent proceedings. This approach survives in s. 5(2) of the *Canada Evidence Act*. Pursuant to s. 5(2), if protection is claimed by a witness, that witness's self-incriminatory answers cannot "be used or admissible in evidence against [the witness] in any criminal trial or other criminal proceeding against him thereafter taking place, other than a prosecution for perjury".

nité applicable non pas au moment du témoignage forcé, mais plutôt à l'égard de poursuites ultérieures. Cette approche est requise au par. 5(2) de la *Loi sur la preuve au Canada*. Conformément à cette disposition, si cette protection est réclamée par un témoin, les réponses auto-incriminantes de ce témoin «ne peu[vent] être invoquée[s] et [ne sont] pas admissible[s] en preuve contre lui dans une instruction ou procédure pénale exercée contre lui par la suite, sauf dans le cas de poursuite pour parjure».

67

The Canadian approach can be contrasted to the approach of other systems. Most obviously, it can be contrasted to the constitutional status of the privilege against self-incrimination in the United States. In that country, the Fifth Amendment to the United States Constitution provides in part that "[n]o person . . . shall be compelled in any criminal case to be a witness against himself". That language, as Wigmore has discussed in depth, "protects a witness as well as an accused party": *supra*, §2252, at p. 326. That is, in the United States, both the accused person and the witness benefit from a constitutionalized version of the common-law privilege against self-incrimination. It is this constitutional status which has driven the American experience with immunity statutes and the concepts of simple-use, derivative-use, and transactional immunity. These are matters which I will further address below.

On peut comparer l'approche canadienne et celle d'autres pays. De toute évidence, on peut la comparer au statut constitutionnel du privilège de ne pas s'incriminer aux États-Unis. Le Cinquième amendement de la Constitution américaine prévoit notamment que [TRADUCTION] «[n]ul ne se verra forcé de témoigner contre lui-même dans une affaire criminelle». Ce texte, selon l'examen approfondi qu'en fait Wigmore, [TRADUCTION] «protège autant le témoin que la personne accusée»: *op. cit.*, §2252, à la p. 326. En d'autres termes, aux États-Unis, tant un accusé qu'un témoin bénéficie d'une version constitutionnalisée du privilège de common law de ne pas s'incriminer. C'est ce statut constitutionnel qui est à l'origine de l'expérience américaine relative aux lois en matière d'immunité et aux concepts d'immunité contre l'utilisation de la preuve et de la preuve dérivée, et d'immunité à l'égard d'une affaire donnée. J'examinerai davantage ces questions plus loin.

68

The Canadian approach can also be contrasted to the approach in England. In that country, there is no statutory abrogation of the common-law privilege comparable to s. 5(2) of the *Canada Evidence Act*. However, it does not follow that the common-law status of the testimonial privileges has persisted unmodified in that country. In *Thomson Newspapers*, *supra*, after Wilson J. completed her review of the common-law privilege against self-incrimination, she asserted that "[t]his remains the law of England to this day" (p. 473). I agree with her assertion as far as it goes — that is, I agree that the common-law privilege remains available in England — but I would not go so far

L'approche canadienne peut aussi être comparée à celle de l'Angleterre. Dans ce pays, aucune disposition législative, semblable au par. 5(2) de la *Loi sur la preuve au Canada*, n'abroge le privilège de common law. Cependant, il ne s'ensuit pas que le statut des privilèges du témoin, en tant que privilèges de common law, y est demeuré inchangé. Dans l'arrêt *Thomson Newspapers*, précité, après avoir complété son examen du privilège de common law de ne pas s'incriminer, le juge Wilson affirme que «[t]elle est encore aujourd'hui la situation en droit anglais» (p. 473). Je suis d'accord avec son affirmation en ce sens que je conviens que le privilège de common law peut encore être

as to imply that the privilege is uniformly available. In J. D. Heydon, "Statutory Restrictions on the Privilege Against Self-Incrimination" (1971), 87 *L.Q.R.* 214, the author considers a variety of statutory compulsions which have historically abrogated the common-law position. Heydon states (at pp. 215-16):

The problem is of some practical importance, for statutes of the type to be considered are common. They apply to the public examinations of bankrupts and of company officials in winding-up proceedings; to officials investigating liability to taxation; to inquiries into bribery and other election offences; to inquiries by parliamentary committees; to police questioning with respect to certain offences; to investigations of such matters as gambling, and corrupt war-contracting; and in many other areas as well.

Moreover, Heydon describes how these statutory inroads have not been accompanied by uniform immunity protections. In the result, I regard the English position as resting somewhere in between the Canadian and American positions, inasmuch as the common-law privilege has not always been available in England, and inasmuch as it has not always been replaced by a co-extensive immunity.

The spectrum of national approaches demonstrates to my mind the importance of focusing on the Canadian system in any examination of the common-law testimonial privileges. Some are too quick to assume that the Canadian system is Draconian when compared to the American and English models. But surely the constitutional status of the American system, and the historical complexity of the English system, are not matters to be lightly ignored. And, moreover, we should not quickly assume that the balance of power in Canada has been tipped in favour of the state regarding witness compellability. In the report of the Canadian Committee on Corrections, *Toward Unity: Criminal Justice and Corrections* (1969), at p. 68, there exists the following much-quoted statement regarding Canadian immunity protection:

invoqué en Angleterre, mais je n'irais pas jusqu'à laisser entendre que ce privilège peut être invoqué uniformément. Dans son article intitulé «Statutory Restrictions on the Privilege Against Self-Incrimination» (1971), 87 *L.Q.R.* 214, J. D. Heydon examine toute une série de contraintes législatives qui ont historiquement abrogé la position de common law. Heydon affirme (aux pp. 215 et 216):

[TRADUCTION] Le problème a une certaine importance pratique, car les lois du genre à considérer sont courantes. Elles s'appliquent à l'interrogatoire public des faillis et des administrateurs de compagnie dans le cadre de procédures de liquidation, aux fonctionnaires qui examinent l'assujettissement à l'impôt, aux enquêtes sur la corruption et d'autres infractions en matière d'élections, aux enquêtes réalisées par des comités parlementaires, à la police qui interroge au sujet de certaines infractions, aux enquêtes concernant notamment le jeu, et les contrats frauduleux en matière de fournitures de guerre, et à de nombreux autres domaines également.

Heydon décrit, en outre, comment ces incursions législatives n'étaient pas assorties de garanties uniformes en matière d'immunité. En fin de compte, la position anglaise se situe, à mon avis, entre les positions canadienne et américaine, en ce sens qu'il n'a pas toujours été possible d'invoquer le privilège de common law en Angleterre et qu'il n'a pas toujours été remplacé par une immunité de même étendue.

La variété des approches adoptées d'un pays à l'autre montre, selon moi, l'importance de mettre l'accent sur le système canadien lorsqu'on examine les privilèges du témoin reconnus par la common law. Certains présument trop rapidement que le système canadien est draconien par rapport aux modèles américain et anglais. Toutefois, on ne peut certainement pas ignorer à la légère le statut constitutionnel du système américain et la complexité historique du système anglais. De plus, nous ne devrions pas nous empresser de présumer que l'équilibre des forces au Canada favorise l'État pour ce qui est de la contraignabilité des témoins. Dans le rapport du Comité canadien de la réforme pénale et correctionnelle, *Justice pénale et correction: un lien à forger* (1969), à la p. 73, on trouve l'énoncé souvent cité concernant la garantie d'immunité au Canada:

A searching examination may, however, elicit facts or clues which enable the case to be independently proved. *Thus the abolition of the privilege of a witness to refuse to answer on the ground that his answer may tend to incriminate him places an additional and powerful weapon in the hands of law enforcement.* [Emphasis in original.]

The absence of clue-fact protection in pre-*Charter* Canada is a legitimate point of focus. However, the absence of this protection does not necessarily suggest that Canada has been unsuccessful in maintaining a healthy degree of protection for witnesses. It is intriguing to note, for example, that there is quantitative support for the idea that s. 5(2) of the *Canada Evidence Act* more effectively protects witnesses than does the common-law privilege: *Report of the Federal/Provincial Task Force on Uniform Rules of Evidence* (1982), at p. 439.

70 And, finally, Canada's approach to the common-law privilege should not be treated as a theoretical anomaly. Various positions abound. Testimonial privileges, non-compellability, and related issues like pre-trial silence, were all subject to the will of Parliament in the pre-*Charter* era: *Attorney General of Quebec and Keable v. Attorney General of Canada*, [1979] 1 S.C.R. 218, at p. 258 (*per* Estey J.). It is no surprise, therefore, to discover Canadian academics and judges debating such points as whether accused persons should have been made compellable witnesses for the prosecution in the decade before the *Charter's* proclamation: see E. Haines (View I), and A. Maloney and P. V. Tomlinson (View II), "Future of the Law of Evidence — The Right to Remain Silent — Two Views", in R. E. Salthany and R. J. Carter, eds., *Studies in Canadian Criminal Evidence* (1972), 321. And, equally, although I have focused on the testimonial privileges here, it is germane to note that the question of pre-trial silence has prompted a range of proposals, some of which are at extreme odds with the *Canada Evidence Act*: see, e.g., *Criminal Justice and Public Order Act 1994* (U.K.), 1994, c. 33; and S. Greer, "The Right to Silence: A Review of the Current Debate" (1990), 53 *Mod. L. Rev.*

Un interrogatoire serré peut toutefois révéler des faits ou des indices qui permettent de prouver, par d'autres moyens, les éléments de l'accusation. *Par conséquent, l'abolition du privilège qu'a le témoin de refuser de répondre pour le motif que sa réponse peut tendre à l'incriminer fournit une puissante arme supplémentaire à ceux qui ont charge de faire respecter l'ordre.* [En italique dans l'original.]

L'absence de protection des indices, avant l'adoption de la *Charte* au Canada, est un sujet d'intérêt légitime. Cependant, cette absence de protection ne signifie pas nécessairement que le Canada n'a pas réussi à maintenir un bon niveau de protection pour les témoins. Par exemple, il est intéressant de noter qu'il existe un appui important en faveur de l'idée que le par. 5(2) de la *Loi sur la preuve au Canada* protège plus efficacement les témoins que le privilège de common law: rapport du Groupe de travail fédéral-provincial sur l'uniformisation des règles de preuve, *La preuve au Canada* (1983), à la p. 489.

Enfin, la façon d'aborder le privilège de common law au Canada ne devrait pas être considérée comme une anomalie théorique. Des positions plus extrêmes abondent. Avant l'adoption de la *Charte*, les divers privilèges du témoin, la règle de non-contraignabilité et des questions connexes comme le droit de garder le silence avant le procès étaient tous assujettis à la volonté du législateur: *Procureur général du Québec et Keable c. Procureur général du Canada*, [1979] 1 R.C.S. 218, à la p. 258 (le juge Estey). Il n'est donc pas étonnant de constater que les auteurs et les juges canadiens se demandaient notamment, au cours de la décennie qui a précédé l'adoption de la *Charte*, si on devait faire de l'accusé un témoin contraignable par la poursuite: voir E. Haines (premier point de vue) et A. Maloney et P. V. Tomlinson (deuxième point de vue), «Future of the Law of Evidence — The Right to Remain Silent — Two Views», dans R. E. Salthany et R. J. Carter, dir., *Studies in Canadian Criminal Evidence* (1972), 321. De même, bien que je me sois concentré sur les privilèges du témoin en l'espèce, il est pertinent de souligner que la question du droit de garder le silence avant le procès a donné lieu à toute une série de propositions, dont certaines sont à l'extrême opposé de la

709. Clearly, ideas of self-incrimination have prompted diverse legislative responses.

I will return below to such questions of philosophy. For the present, it is sufficient to conclude that the common law recognizes a privilege for witnesses against self-incrimination, along with a privilege for accused persons in the form of testimonial non-compellability. These are the testimonial privileges. In Canada, the latter rule remains largely untouched by statute, whereas the former has undergone significant theoretical modification which makes inter-jurisdictional comparisons difficult. Having made these points, I turn to consider briefly a related issue: the confessions rule.

(b) *The Confessions Rule*

In *Jones, supra*, Lamer C.J. discussed the confessions rule only briefly before concluding that the rule is "grounded in the principle against self-incrimination" (p. 252). The confessions rule, of course, operates to exclude pre-trial statements made to persons in authority which are not made freely and voluntarily. The traditional rule derives from *Ibrahim v. The King*, [1914] A.C. 599 (P.C.), and has been the subject of many appeals to this Court, most recently in *R. v. Whittle*, [1994] 2 S.C.R. 914. In *Jones*, Lamer C.J. did not elaborate upon his conclusion. For the sake of clarity, I consider it advisable to do so here.

In particular, any effort to rationalize the confessions rule using a self-incrimination penumbra must be historically qualified. That is so because the confessions rule only partakes of a self-incrimination principle to the extent that it is founded upon more than a concern for the trustworthiness of statements. Wigmore has compared the confessions rule to the common-law privilege against self-incrimination in these terms:

Loi sur la preuve au Canada: voir, par exemple, la *Criminal Justice and Public Order Act 1994* (R.-U.), 1994, ch. 33; et S. Greer, «The Right to Silence: A Review of the Current Debate» (1990), 53 *Mod. L. Rev.* 709. Il est évident que les idées d'auto-incrimination ont provoqué diverses réponses sur le plan législatif.

Je reviendrai plus loin sur ces questions de philosophie. Il suffit, pour l'instant, de conclure que la common law reconnaît au témoin le privilège de ne pas s'incriminer et à l'accusé le privilège de ne pas être contraint à témoigner. Ce sont là les privilèges d'ordre testimonial. Au Canada, les lois n'ont pratiquement pas modifié la règle de non-contraignabilité, alors que le privilège de ne pas s'incriminer a subi d'importantes modifications théoriques qui rendent difficiles les comparaisons entre ressorts. Ceci dit, je vais maintenant examiner brièvement une question connexe: la règle des confessions.

b) *La règle des confessions*

Dans l'arrêt *Jones*, précité, le juge en chef Lamer n'examine que brièvement la règle des confessions avant de conclure que cette règle «repose [...] sur le principe interdisant l'auto-incrimination» (p. 252). La règle des confessions a, bien entendu, pour effet d'exclure les déclarations antérieures au procès qui n'ont pas été faites librement et volontairement à une personne en autorité. La règle traditionnelle a son origine dans l'arrêt *Ibrahim c. The King*, [1914] A.C. 599 (C.P.), et a fait l'objet de nombreux pourvois devant notre Cour, dont le plus récent est *R. c. Whittle*, [1994] 2 R.C.S. 914. Dans l'arrêt *Jones*, le juge en chef Lamer n'a pas expliqué en détail sa conclusion. Par souci de clarté, je juge utile de le faire ici.

En particulier, il faut nuancer du point de vue historique tout effort de rationaliser la règle des confessions à l'ombre de l'auto-incrimination. En effet, la règle des confessions ne tient du principe interdisant l'auto-incrimination que dans la mesure où elle se fonde sur plus qu'un souci de fiabilité des déclarations. Wigmore compare la règle des confessions au privilège de common law de ne pas s'incriminer:

71

72

73

A distinction of the two rules on grounds of *principle* is no longer easy. The original confession rule — that involuntary confessions are excluded on grounds of *untrustworthiness* — was obviously based on principle almost entirely unrelated to that of the privilege. . . . Until recently, the relationship between the privilege and the confession rule could be found only in the general spirit of protection and caution which our legal system shows toward an accused. . . . There was no more reason for linking the privilege with the confession rule than with the others. [Emphasis in original.]

(Wigmore, *supra*, §2266, at pp. 401-2.)

In the passage above, Wigmore was speaking of common-law systems generally, and of the United States in particular. In Canada, a rationale for the confessions rule extending beyond trustworthiness has not always been easy to locate: see Ratushny, *Self-Incrimination in the Canadian Criminal Process*, *supra*, at p. 98.

74 Indeed, the difficulty of this search occupied McLachlin J.'s attention in *Hebert*, *supra*. After a review of the authorities, she was left to conclude that, as a result of *R. v. Wray*, [1971] S.C.R. 272, the fairness rationale for the confessions rule in pre-*Charter* Canada created only "a strong and continuing undercurrent of dissent" (p. 172). While she suggested that the common-law confessions rule is associated with "the right to freely choose whether or not to make a statement to the police" (p. 173), she explained this association in the following terms (at p. 173):

This idea is accompanied by a correlative concern with the repute and integrity of the judicial process. This theme has not always been ascendant. Yet, its importance cannot be denied. It persists, both in Canadian jurisprudence and in the rules governing the rights of suspects in other countries.

In reliance upon these considerations, McLachlin J. proceeded to postulate that there is a principle of fundamental justice within s. 7 of the *Charter* to the effect that "a person whose liberty is placed in jeopardy by the criminal process cannot be

[TRADUCTION] Il n'est plus facile d'établir entre les deux règles une distinction fondée sur la notion de *principe*. La règle initiale des confessions — voulant que les confessions involontaires soient écartées pour le motif qu'elles *ne sont pas dignes de foi* — se fondait de toute évidence sur un principe n'ayant pratiquement aucun rapport avec celui du privilège [. . .] Jusqu'à récemment, le rapport entre le privilège et la règle des confessions ne pouvait que reposer sur l'esprit général de protection et de prudence dont notre système juridique fait preuve envers un accusé [. . .] Il n'y avait pas plus de raison d'établir un lien entre le privilège et la règle des confessions que d'en établir un avec les autres. [En italique dans l'original.]

(Wigmore, *op. cit.*, §2266, aux pp. 401 et 402.)

Dans le passage précité, Wigmore parlait des régimes de common law en général, et tout particulièrement des États-Unis. Au Canada, il n'a pas toujours été facile de justifier la règle des confessions par autre chose que la fiabilité des déclarations: voir Ratushny, *Self-Incrimination in the Canadian Criminal Process*, *op. cit.*, à la p. 98.

En fait, la difficulté que pose cette recherche a retenu l'attention du juge McLachlin dans l'arrêt *Hebert*, précité. Après avoir examiné la jurisprudence, elle a dû conclure que, par suite de l'arrêt *R. c. Wray*, [1971] R.C.S. 272, la justification, fondée sur l'équité, de la règle des confessions qui existait au Canada avant la *Charte*, n'a fait que créer «un fort courant de dissidence» (p. 172). Bien qu'elle ait laissé entendre que la règle des confessions en common law est liée au «droit de décider librement de faire ou non une déclaration aux policiers» (p. 173), elle explique ce lien de la façon suivante (à la p. 173):

Cette idée s'accompagne d'un souci correspondant de préserver l'intégrité du processus judiciaire et la considération dont il jouit. Ce thème n'a pas toujours été dominant. On ne peut cependant en nier l'importance. Il existe toujours, tant dans la jurisprudence canadienne que dans les règles régissant les droits des suspects dans les autres pays.

À partir de ces considérations, le juge McLachlin prend en postulat qu'il existe un principe de justice fondamentale au sens de l'art. 7 de la *Charte*, selon lequel «une personne dont la liberté est compromise par le processus criminel ne peut être tenue

required to give evidence against himself or herself, but rather has the right to choose whether to speak or to remain silent" (p. 175). But, and I highlight this point, she indicated that this right to silence under the *Charter* "must extend beyond the narrow view of the confessions rule which formed the basis of the decision of the majority of this Court in *Rothman*" (p. 175 (emphasis added)). Although she proceeded to align the confessions rule with this right (at pp. 181-82), thus demonstrating a kind of synergy between the common-law and *Charter* jurisprudence, her review of history conclusively demonstrates that during much of Canada's history, the confessions rule had little to do with ideas of self-incrimination.

In this respect, then, it may be misleading to assert, in unqualified terms, that the confessions rule is grounded in a principle against self-incrimination. While this is true in a modern sense, it is only true historically if one adopts the language used by McLachlin J. in *Hebert*. That is, it is historically true in the sense that protection against self-incrimination is a recurring theme, or even a "leitmotif" (p. 167), in the confessions rule cases, as opposed to an organizing principle which can explain the past decisions of this Court. As stated by Sopinka J. in *Whittle, supra*, with reference to the reliability rationale, "a strong undercurrent developed which also supported the rule in part on fairness in the criminal process" (p. 932). In this case, we should not confuse the undercurrent with the current itself. Nor should we overlook the fact that the extension of the common-law position in *Hebert* was perhaps motivated by conditions existing within the *Charter* itself, as I will explain below.

(c) *Policy*

I have so far discussed the protections against self-incrimination which exist apart from the *Charter*, but I have not discussed the policy basis for these protections in any significant way. I have

de témoigner contre elle-même mais qu'elle a plutôt le droit de choisir de s'exprimer ou de garder le silence» (p. 175). Cependant, et je mets l'accent sur ce point, elle indique que ce droit de garder le silence en vertu de la *Charte* «doit s'étendre au-delà de la conception étroite de la règle des confessions qui a servi de fondement à l'opinion majoritaire de notre Cour dans l'arrêt *Rothman*» (p. 175 (je souligne)). Bien qu'elle fasse ensuite un parallèle entre la règle des confessions et ce droit (aux pp. 181 et 182), démontrant ainsi l'existence d'une sorte de synergie entre la jurisprudence de common law et la jurisprudence de la *Charte*, son examen de l'histoire démontre de façon concluante que, pendant une bonne partie de l'histoire canadienne, la règle des confessions n'a pas eu grand-chose à voir avec les idées d'auto-incrimination.

À cet égard, il pourrait être trompeur d'affirmer, sans réserve, que la règle des confessions se fonde sur un principe interdisant l'auto-incrimination. Bien que ce soit vrai de nos jours, ce ne peut l'être historiquement que si on adopte les termes employés par le juge McLachlin dans l'arrêt *Hebert*. Autrement dit, cela est historiquement vrai en ce sens que la protection contre l'auto-incrimination est un thème qui réapparaît, ou même un «leitmotif» (p. 167), dans les affaires relatives à la règle des confessions, contrairement à un principe directeur susceptible d'expliquer les arrêts antérieurs de notre Cour. Comme l'affirme le juge Sopinka, dans l'arrêt *Whittle*, précité, au sujet de la fiabilité comme raison d'être de la règle, «il y a un fort courant sous-jacent qui justifie la règle en partie par l'équité du processus en matière criminelle» (p. 932). En l'espèce, nous ne devrions pas confondre le courant sous-jacent avec le courant même. Il ne faudrait pas non plus oublier que l'élargissement de la position de common law dans l'arrêt *Hebert* était peut-être motivé par des conditions existant dans la *Charte*, comme je l'expliquerai plus loin.

c) *Politique générale*

Jusqu'à maintenant, j'ai analysé les garanties contre l'auto-incrimination qui existent indépendamment de la *Charte*, mais je n'ai pas examiné la justification de principe de ces garanties. J'ai pro-

adopted this approach intentionally. To the extent that we cannot know for certain how and why these protections first arose in history, any policy justification for the existing state of affairs is necessarily *ad hoc*. In pre-*Charter* terms, the rules were not derived from the principle. It was the other way around: see generally Ratushny, *Self-Incrimination in the Canadian Criminal Process*, *supra*.

77

Which is not to say that the policy basis of the protections is irrelevant. On the contrary, as will become apparent later, the same policy basis may explain protections against self-incrimination which exist in the *Charter* itself. In other words, I choose to discuss policy at this stage of the analysis, not because pre-*Charter* policy considerations can necessarily be distinguished from the policy basis of *Charter* rights, but rather because I wish to emphasize that, prior to the *Charter*, any self-incrimination policy could do nothing more than partly explain the state of Canadian law. Wigmore, whose discussion has been fairly characterized as “[p]erhaps the most comprehensive and balanced survey of the policy basis” (Ratushny, *Self-Incrimination in the Canadian Criminal Process*, *supra*, at p. 7), offered this introduction:

There is no agreement as to the policy of the privilege against self-incrimination. This is partly because there is no “the” privilege. It is many things in as many settings. The privilege is a prerogative of a defendant not to take the stand in his own prosecution; it is also an option of a witness not to disclose self-incriminating knowledge in a criminal case, and in a civil case, and before a grand jury and legislative committee and administrative tribunal. It is alleged by some to apply to suppress substances removed from the body, to confessions, and to facts tending to disgrace. . . . Suggestions as to the policy of “the” privilege are lurking in all of these settings and more. [Cross-references omitted.]

(Wigmore, *supra*, §2251, at pp. 296-97.)

78

I have already noted that, in Canada, the common-law privilege against self-incrimination has a testimonial character, such that Wigmore’s refer-

cédé ainsi intentionnellement. Dans la mesure où nous ne pouvons savoir avec certitude comment et pourquoi ces garanties ont vu le jour dans l’histoire, toute justification de principe de la situation actuelle est nécessairement *ad hoc*. Avant l’adoption de la *Charte*, les règles ne dérivait pas du principe. C’était plutôt le contraire: voir généralement Ratushny, *Self-Incrimination in the Canadian Criminal Process*, *op. cit.*

Cela ne veut pas dire que la justification de principe de ces garanties n’est pas pertinente. Au contraire, comme nous le verrons plus loin, la même justification de principe peut expliquer les garanties contre l’auto-incrimination qui existent dans la *Charte* elle-même. En d’autres termes, j’ai décidé de traiter de politique générale à cette étape de l’analyse, non pas parce que les considérations de principe antérieures à la *Charte* peuvent nécessairement se distinguer de la justification de principe des droits garantis par la *Charte*, mais plutôt parce que je veux souligner qu’avant la *Charte* toute politique générale interdisant l’auto-incrimination ne pouvait faire rien de plus que d’expliquer en partie l’état du droit canadien. Wigmore, dont l’analyse a été jugée, à juste titre, [TRADUCTION] «l’étude peut-être la plus exhaustive et équilibrée de la justification de principe» (Ratushny, *Self-Incrimination in the Canadian Criminal Process*, *op. cit.*, à la p. 7) présente cette introduction:

[TRADUCTION] On ne s’entend pas sur la politique générale du privilège de ne pas s’incriminer. Cela tient en partie au fait qu’il n’y a pas privilège «unique». Il varie selon le contexte. Le privilège est une prérogative du défendeur de ne pas témoigner au cours de son propre procès; c’est également une option du témoin de ne pas divulguer des renseignements auto-incriminants dans une affaire criminelle ou civile, devant un grand jury, un comité législatif et un tribunal administratif. Certains soutiennent qu’il s’applique pour écarter des substances organiques, des confessions et des faits qui tendent à déshonorer [. . .] On trouve, dans tous ces contextes et ailleurs, diverses notions de la politique générale «du» privilège. [Renvois omis.]

(Wigmore, *op. cit.*, §2251, aux pp. 296 et 297.)

J’ai déjà fait remarquer que le privilège de common law de ne pas s’incriminer, est de nature testimoniale au Canada, de sorte que la mention des

ence to bodily substances can be set aside: *Marcoux*, *supra*. Similarly, I have qualified the proposition that there has always been a clear relationship between the Canadian confessions rule and a principle against self-incrimination. And, of course, I have noted that the privilege itself was legislatively transformed in this country over a century ago.

These factors notwithstanding, it is fair to suppose that Wigmore's discussion of policy retains a relevance for Canada. The rule of an accused's non-compellability retains its common-law truth, the confessions rule has always had an undercurrent related to the common-law privilege, and while the privilege has been abrogated in Canada, there is good reason to believe that the offsetting immunity protection was intended to respond to the same policy as the privilege it replaced. What, then, is this policy?

Wigmore's discussion advanced twelve possible justifications for the privilege against self-incrimination (broadly conceived); see also, Heydon, *supra*, at pp. 217-21; and Schiff, *supra*, at pp. 1344-46. Wilson J. in *Thomson Newspapers*, *supra*, quoted all of these (at pp. 477-78). Suffice it to say that, of the twelve justifications, Wigmore identified two fundamental ones:

The first is to remove the right to an answer in the hard cores of instances where compulsion might lead to inhumanity, the principal inhumanity being abusive tactics by a zealous questioner. . . . The second is to comply with the prevailing ethic that the individual is sovereign and that proper rules of battle between government and individual require that the individual not be bothered for less than good reason and not be conscripted by his opponent to defeat himself.

(Wigmore, *supra*, §2251, at p. 318.)

In keeping with the approach adopted by Paciocco, *supra*, I think it is helpful, whenever possible, to discard as irrelevant policy justifications which do not inform a given topic. Accordingly, since we are dealing here with the topic of statutorily compelled testimony, I leave to one side the policy justification associated with inhumanity. In modern

substances organiques par Wigmore peut être écartée: *Marcoux*, précité. De même, j'ai nuancé la proposition selon laquelle il y a toujours eu un rapport clair entre la règle canadienne des confessions et un principe interdisant l'auto-incrimination. Bien sûr, j'ai aussi précisé qu'au Canada le privilège lui-même avait été transformé par le législateur il y a plus d'un siècle.

Nonobstant ces facteurs, il est juste de supposer que l'analyse de la politique générale que fait Wigmore, continue d'être pertinente pour le Canada. La règle de non-contrainabilité d'un accusé continue d'être exacte en common law, la règle des confessions a toujours eu un courant sous-jacent lié au privilège de common law et, bien que le privilège ait été abrogé au Canada, il y a de bons motifs de croire que la garantie d'immunité compensatrice visait à répondre à la même politique générale que le privilège qu'elle a remplacé. Alors, quelle est cette politique générale?

Dans son analyse, Wigmore énumère douze justifications possibles du privilège de ne pas s'incriminer (au sens large); voir aussi Heydon, *loc. cit.*, aux pp. 217 à 221; et Schiff, *op. cit.*, aux pp. 1344 à 1346. Dans l'arrêt *Thomson Newspapers*, précité, le juge Wilson les cite toutes (aux pp. 477 et 478). Il suffit de dire que de ces douze justifications, Wigmore en décrit deux fondamentales:

[TRADUCTION] Le premier est la suppression du droit à une réponse dans les cas extrêmes où la contrainte risque d'aboutir à une inhumanité dont la principale est le recours à des tactiques abusives par un interrogateur zélé. [. . .] Le second est d'assurer le respect du principe ayant actuellement cours, qui porte que l'individu est souverain et que, selon les règles régissant les conflits entre le gouvernement et un particulier, celui-ci ne doit être dérangé que pour un motif valable et ne doit pas être obligé par son opposant de causer sa propre défaite.

(Wigmore, *op. cit.*, §2251, à la p. 318.)

Conformément à l'approche adoptée par Paciocco, *op. cit.*, j'estime utile, quand cela est possible, de considérer comme non pertinentes les justifications de principe qui ne sous-tendent pas un sujet donné. Par conséquent, puisqu'il est question, en l'espèce, de témoignage forcé en vertu de la loi, je mets de côté la justification de principe liée à l'inhumanité.

Canada, abusive tactics have little to do with testimonial compulsion authorized by statute.

81 This leaves for consideration only one policy justification, namely, the principle of sovereignty embodied in the idea that individuals should be left alone in the absence of justification, and not conscripted by the state to promote a self-defeating purpose. I agree with the following statement made by Wilson J. in *Thomson Newspapers*, *supra*, at p. 480:

The state must have some justification for interfering with the individual and cannot rely on the individual to produce the justification out of his own mouth. Were it otherwise, our justice system would be on a slippery slope towards the creation of a police state.

To use language which will appear again in my analysis of the *Charter*, the policy justification for the common-law protections rests upon the idea that the Crown must establish a “case to meet”. The *ad hoc* justification comes to reflect a concern often voiced historically, the idea “that someone is going to start ‘poking about in the speculation of finding something chargeable’”: Mewett, “Law Enforcement and the Conflict of Values”, *supra*, at p. 188.

82 Thus, it is clearly an abhorrence for self-incrimination which is discernable. This abhorrence has taken on many a Latin visage in the cases, including *nemo tenetur seipsum accusare* and *nemo tenetur seipsum prodere* (essentially, a person shall not be compelled to betray or accuse the self). In passing, however, I would highlight that these Latin maxims have a checkered past, and tend to lead once again into the troubled realm of the legal historian: see Wigmore, *supra*, §2250, at pp. 268-69, note (2), and at pp. 287-88; Heydon, *supra*, at p. 216; Ratushny, *Self-Incrimination in the Canadian Criminal Process*, *supra*, at p. 169; and, MacNair, *supra*, at pp. 78-79. Mewett, for example, characterizes the latter maxim as “Coke’s usual facile adoption of a convenient Latin tag”: “Law Enforcement and the Conflict of Values”, *supra*, at p. 187. Moreover, since I am investigating policy in a discussion ultimately directed

Dans le Canada d’aujourd’hui, les tactiques abusives n’ont pas grand-chose à voir avec la contrainte à témoigner autorisée par la loi.

Il reste à examiner une seule justification de principe, savoir le principe de la souveraineté contenu dans l’idée qu’un particulier ne doit pas être dérangé sans raison et ne doit pas être obligé par l’État de promouvoir une fin susceptible de causer sa propre défaite. Je suis d’accord avec l’énoncé suivant du juge Wilson, dans l’arrêt *Thomson Newspapers*, précité, à la p. 480:

L’État ne saurait déranger un particulier sans justification et ne peut compter sur ce dernier pour fournir cette justification de sa propre bouche. S’il en était autrement, notre système de justice se trouverait à glisser inévitablement vers la création d’un régime policier.

Pour employer des termes qui reviendront dans mon analyse de la *Charte*, la justification de principe des garanties de common law repose sur l’idée que le ministère public doit établir une «preuve complète». Cette justification *ad hoc* traduit une préoccupation maintes fois exprimée dans l’histoire, l’idée que [TRADUCTION] «quelqu’un va commencer à «fouiner dans le but de trouver quelque chose susceptible de donner lieu à des poursuites»»: Mewett, «Law Enforcement and the Conflict of Values», *loc. cit.*, à la p. 188.

Il est donc clair qu’on peut discerner une aversion pour l’auto-incrimination. Cette aversion s’est manifestée sous la forme de nombreuses maximes latines dans la jurisprudence, dont *nemo tenetur seipsum accusare* et *nemo tenetur seipsum prodere* (essentiellement nul n’est contraint de se trahir ou de s’accuser lui-même). Toutefois, je tiens à souligner en passant que ces maximes latines ont un passé troublé et qu’elles ont tendance à nous entraîner de nouveau dans le domaine agité de l’histoire du droit: voir Wigmore, *op. cit.*, §2250, aux pp. 268 et 269, note (2), et aux pp. 287 et 288; Heydon, *loc. cit.*, à la p. 216; Ratushny, *Self-Incrimination in the Canadian Criminal Process*, *op. cit.*, à la p. 169, et MacNair, *loc. cit.*, aux pp. 78 et 79. Par exemple, Mewett qualifie la dernière maxime d’[TRADUCTION] «adoption facile habituelle par Coke d’un cliché latin commode»: «Law Enforcement and the Conflict of Values», *loc. cit.*,

toward identifying the principles of fundamental justice, I shy away from these maxims because Dickson J. in *Marcoux*, *supra*, bluntly limited their scope in respect of the testimonial privileges by stating (at p. 768):

The limit of the privilege against self-incrimination is clear. The privilege is the privilege of a witness not to answer a question which may incriminate him. That is all that is meant by the Latin maxim *nemo tenetur seipsum accusare*, often incorrectly advanced in support of a much broader proposition.

See also the reasons of Sopinka J. in *Thomson Newspapers*, *supra*, at p. 599. To state the point more simply, I distinguish between these maxims and the policy justification I have identified.

In conclusion, I find that the protections existing apart from the *Charter* reflect a basic distaste for self-conscription. The state, and not the accused, should be expected to produce a case. As an *ad hoc* explanation, however, this case-to-meet principle necessarily incorporates, or permits, those deviations from it which arose pre-*Charter*. It does not rationalize them. To adopt the refrain from *Hebert*, *supra*, the principle has not always been ascendant. In particular, as I have described it above, the principle recognizes individual sovereignty subject to the proposition that the state may have justification to interfere. I will consider the scope of that justification below, which in this context equates with the demands of fundamental justice, after I have introduced the protections of the *Charter*.

3. Protections Against Self-Incrimination Within the Charter

Experience with the *Charter* to date reflects a concern for a principle against self-incrimination which builds upon the discussion above. A concern for that principle is evident in this Court's treatment of the enumerated protections in ss. 8-14 of the *Charter*, and it can be seen to operate as a uni-

à la p. 187. Par ailleurs, puisque j'examine une politique générale dans le cadre d'une analyse qui vise finalement à établir les principes de justice fondamentale applicables, je m'éloigne de ces maximes parce que, dans l'arrêt *Marcoux*, précité, le juge Dickson en a carrément limité la portée relativement aux privilèges du témoin, en disant (à la p. 768):

La limite du privilège contre l'auto-incrimination est claire. Le privilège est celui d'un témoin de ne pas répondre à une question qui peut l'incriminer. C'est là tout ce que signifie la maxime latine *nemo tenetur seipsum accusare*, que l'on avance souvent à tort pour étayer une proposition beaucoup plus générale.

Voir aussi les motifs du juge Sopinka dans l'arrêt *Thomson Newspapers*, précité, à la p. 599. Plus simplement, j'établis une distinction entre ces maximes et la justification de principe que j'ai identifiée.

En conclusion, les garanties qui existent indépendamment de la *Charte* reflètent, à mon avis, une aversion fondamentale pour la mobilisation contre soi-même. On devrait s'attendre à ce que ce soit l'État, et non l'accusé, qui présente une preuve. Cependant, en tant qu'explication *ad hoc*, ce principe de la preuve complète inclut ou autorise nécessairement les dérogations dont il pouvait faire l'objet avant l'adoption de la *Charte*. Il ne les rationalise pas. Pour adopter la formulation de l'arrêt *Hebert*, précité, ce principe n'a pas toujours été dominant. En particulier, comme je l'ai déjà mentionné, le principe reconnaît que l'individu est souverain, mais que l'État peut être justifié d'intervenir. Après avoir présenté les garanties de la *Charte*, je vais examiner l'étendue de cette justification qui, dans ce contexte, est assimilable aux exigences de la justice fondamentale.

3. Les garanties contre l'auto-incrimination dans la Charte

L'expérience de la *Charte* jusqu'à maintenant traduit le souci d'établir un principe interdisant l'auto-incrimination, qui soit fondé sur l'analyse qui précède. Ce souci ressort de la façon dont notre Cour traite les garanties énumérées aux art. 8 à 14 de la *Charte* et on peut constater que, dans l'arrêt

fyng principle in *Hebert, supra*, one which is capable of justifying residual rights. I turn first to consider the enumerated protections in the order they appear.

85. According to s. 10(b) of the *Charter*, “[e]veryone has the right on arrest or detention . . . to retain and instruct counsel without delay and to be informed of that right”. In succinct terms, Lamer C.J. in *Jones, supra*, described how this Court’s jurisprudence on s. 10(b) implicitly recognizes a concern for self-incrimination. Lamer C.J. stated (at pp. 254-55):

Wilson J. wrote in *Clarkson v. The Queen*, [1986] 1 S.C.R. 383, at p. 394, that the “right (to counsel), as entrenched in s. 10(b) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, is clearly aimed at fostering the principles of adjudicative fairness”. I then wrote in *R. v. Collins*, [1987] 1 S.C.R. 265, at p. 284, that “one of the fundamental tenets of a fair trial (is) the right against self-incrimination”. The purpose of s. 10(b), it can be concluded, is the fostering of the right against self-incrimination. Or, as L’Heureux-Dubé J. said more directly in *R. v. Simmons*, [1988] 2 S.C.R. 495, at p. 539:

The right to counsel is primarily aimed at preventing the accused or detained person from incriminating herself. Thus the main concern would be with coerced or uninformed confessions. In such circumstances, the accused would be manufacturing the evidence against herself. This is something which, in the interests of fairness, the right to counsel would seek to protect.

To this informative discussion, I can add nothing of consequence.

86. According to s. 11(c) of the *Charter*, “[a]ny person charged with an offence has the right . . . not to be compelled to be a witness in proceedings against that person in respect of the offence”. This provision gives constitutional recognition to the rule of non-compellability which existed at common law, and which, as described above, was reaffirmed by Parliament in a 1906 amendment to *The Canada Evidence Act, 1893*. It is not surprising,

Hebert, précité, il sert de principe unificateur, susceptible de justifier des droits résiduels. J’examine tout d’abord les garanties énumérées dans l’ordre où elles apparaissent.

Selon l’al. 10b) de la *Charte*, «[c]hacon a le droit, en cas d’arrestation ou de détention [. . .] d’avoir recours sans délai à l’assistance d’un avocat et d’être informé de ce droit». Brièvement, dans l’arrêt *Jones*, précité, le juge en chef Lamer décrit comment la jurisprudence de notre Cour, relative à l’al. 10b), reconnaît implicitement une préoccupation concernant l’auto-incrimination. Il affirme (aux pp. 254 et 255):

Le juge Wilson écrit, dans l’arrêt *Clarkson c. La Reine*, [1986] 1 R.C.S. 383, à la p. 394, que le «droit (à l’assistance d’un avocat) enchâssé à l’al. 10b) de la *Charte canadienne des droits et libertés* vise manifestement à promouvoir le principe de l’équité dans le processus décisionnel». J’ai ensuite écrit, dans l’arrêt *R. c. Collins*, [1987] 1 R.C.S. 265, à la p. 284, que «l’un des principes fondamentaux d’un procès équitable (est) le droit de ne pas avoir à témoigner contre soi-même». On peut conclure que l’al. 10b) a pour objet de favoriser l’exercice du droit de ne pas s’incriminer. Ou encore, comme le juge L’Heureux-Dubé (dissidente) l’a dit plus directement dans l’arrêt *R. c. Simmons*, [1988] 2 R.C.S. 495, à la p. 539:

Le droit à l’assistance d’un avocat vise principalement à empêcher un accusé ou une personne détenue de s’incriminer. Ce droit vise donc surtout à prévenir les aveux faits par ignorance ou obtenus par contrainte. Dans de telles circonstances, la personne accusée fabriquerait des éléments de preuve contre elle-même. C’est là un résultat que, par souci d’équité, le droit à l’assistance d’un avocat cherche à éviter.

Je n’ai rien d’important à ajouter à cette analyse instructive.

Selon l’al. 11c) de la *Charte*, «[t]out inculpé a le droit [. . .] de ne pas être contraint de témoigner contre lui-même dans toute poursuite intentée contre lui pour l’infraction qu’on lui reproche». Cette disposition constitutionnalise la règle de non-contrainabilité qui existait en common law et qui, comme je l’ai déjà précisé, a été confirmée par le législateur dans une modification apportée en 1906 à l’*Acte de la preuve en Canada, 1893*. Il n’est

therefore, that this Court has recognized in *Charter* terms the same policy justification for s. 11(c) which, as I will discuss below, was advanced to account for the common-law rule. In *R. v. Amway Corp.*, [1989] 1 S.C.R. 21, this Court was asked whether a corporation could claim the protection of s. 11(c). In response, Sopinka J. stated (at p. 40):

Applying a purposive interpretation to s. 11(c), I am of the opinion that it was intended to protect the individual against the affront to dignity and privacy inherent in a practice which enables the prosecution to force the person charged to supply the evidence out of his or her own mouth. Although disagreement exists as to the basis of the principle against self-incrimination, in my view, this factor plays a dominant role.

Sopinka J. proceeded in *Amway* to cite with approval a passage which suggests that a corporation should not be regarded as a “witness” because the case-to-meet principle cannot benefit corporations in any meaningful way. Corporations do not suffer affronts to individual dignity.

According to s. 11(d) of the *Charter*, “[a]ny person charged with an offence has the right . . . to be presumed innocent until proven guilty according to law in a fair and public hearing by an independent and impartial tribunal”. In my view, both the presumption of innocence and the fair-hearing guarantees of s. 11(d) are relevant to a principle against self-incrimination. With respect to the presumption of innocence, Dickson C.J. stated in *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103, at p. 120:

The presumption of innocence confirms our faith in humankind; it reflects our belief that individuals are decent and law-abiding members of the community until proven otherwise.

What is this statement, if not an assertion of the case-to-meet principle? The presumption of innocence operates to ensure that individuals are left in peace until the Crown establishes a *prima facie* case, and no sooner than that should a practical

donc pas étonnant que notre Cour ait reconnu dans le texte de la *Charte* la même justification de principe à l’égard de l’al. 11(c), que celle qui, comme nous le verrons plus loin, avait été avancée à l’appui de la règle de common law. Dans l’affaire *R. c. Amway Corp.*, [1989] 1 R.C.S. 21, notre Cour était appelée à décider si une société pouvait réclamer la protection de l’al. 11(c). Le juge Sopinka répond ainsi (à la p. 40):

Appliquant à l’al. 11(c) une interprétation fondée sur l’objet visé, je suis d’avis que cette disposition vise à protéger l’individu contre toute atteinte à sa dignité et à sa vie privée, inhérente à une pratique qui permet à la poursuite d’obliger la personne inculpée à témoigner elle-même. Bien qu’il y ait mésentente quant au fondement du principe interdisant l’auto-incrimination, j’estime que ce facteur joue un rôle dominant.

Dans l’arrêt *Amway*, le juge Sopinka cite et approuve un passage qui laisse entendre qu’une société ne devrait pas être considérée comme un «témoin» parce que le principe de la preuve complète ne peut pas profiter utilement aux sociétés. Une société ne subit pas les affronts à la dignité humaine.

Selon l’al. 11(d) de la *Charte*, «[t]out inculpé a le droit [. . .] d’être présumé innocent tant qu’il n’est pas déclaré coupable, conformément à la loi, par un tribunal indépendant et impartial à l’issue d’un procès public et équitable». À mon avis, la présomption d’innocence et le droit à un procès équitable garantis à l’al. 11(d) sont tous deux pertinents dans le cas d’un principe interdisant l’auto-incrimination. Dans l’arrêt *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103, le juge en chef Dickson affirme ceci relativement à la présomption d’innocence (à la p. 120):

La présomption d’innocence confirme notre foi en l’humanité; elle est l’expression de notre croyance que, jusqu’à preuve contraire, les gens sont honnêtes et respectueux des lois.

Cet énoncé n’est-il pas une affirmation du principe de la preuve complète? La présomption d’innocence a pour effet d’assurer que les individus soient laissés tranquilles jusqu’à ce que le ministère public ait établi une preuve *prima facie*, et ce

compulsion to testify arise: *P. (M.B.)*, *supra*, at p. 579.

n'est qu'à ce moment que devrait exister une contrainte pratique à témoigner: *P. (M.B.)*, précité, à la p. 579.

88

A not dissimilar kind of protection arises in respect of the duty of Crown disclosure. In *R. v. Stinchcombe*, [1991] 3 S.C.R. 326, Sopinka J. defined this duty, and related it to the accused's right to make full answer and defence, which right has attained constitutional importance under s. 7 of the *Charter*; see also *R. v. Egger*, [1993] 2 S.C.R. 451, at p. 466. However, inasmuch as this right is intimately associated with the fairness of trial proceedings themselves, it might also be considered under s. 11(d), at least for present purposes. In this regard, I note Sopinka J.'s statement in *Stinchcombe* which contrasts the Crown's duty to the obligations of the defence, in so far as "the defence has no obligation to assist the prosecution and is entitled to assume a purely adversarial role toward the prosecution" (p. 333). The absence of any obligation to assist the Crown in the creation of a case, here recognized in the context of Crown disclosure, again complements the principle against self-incrimination.

Un genre de protection similaire existe à l'égard de l'obligation de divulguer qui incombe au ministère public. Dans l'arrêt *R. c. Stinchcombe*, [1991] 3 R.C.S. 326, le juge Sopinka définit cette obligation et l'associe au droit de l'accusé de présenter une défense pleine et entière, lequel droit a acquis une importance constitutionnelle en vertu de l'art. 7 de la *Charte*; voir aussi l'arrêt *R. c. Egger*, [1993] 2 R.C.S. 451, à la p. 466. Cependant, dans la mesure où ce droit est étroitement lié à l'équité du procès même, il pourrait également être examiné en vertu de l'al. 11d), tout au moins pour les présentes fins. À cet égard, je souligne l'énoncé du juge Sopinka, dans l'arrêt *Stinchcombe*, où celui-ci met en contraste l'obligation du ministère public et les obligations de la défense, dans la mesure où «[l]a défense [. . .] n'est nullement tenue d'aider la poursuite et il lui est loisible de jouer purement et simplement un rôle d'adversaire à l'égard de cette dernière» (p. 333). L'absence d'obligation d'aider la poursuite à créer une preuve, que l'on reconnaît ici dans le contexte de la divulgation par le ministère public, vient aussi compléter le principe interdisant l'auto-incrimination.

89

Section 13 of the *Charter* falls next to be considered. That provision provides that "[a] witness who testifies in any proceedings has the right not to have any incriminating evidence so given used to incriminate that witness in any other proceedings, except in a prosecution for perjury or for the giving of contradictory evidence". Since s. 13 will be the subject of further comment below, it is sufficient at this stage to note that, regardless of what it protects or what the *Charter* might additionally demand, s. 13 clearly responds to a self-incrimination concern. In *Dubois*, *supra*, the leading case on s. 13 of the *Charter*, ss. 11(c), 11(d) and 13 were united by Lamer J. in the following passage (at p. 358):

Passons maintenant à l'examen de l'art. 13 de la *Charte*. Cette disposition prévoit que «[c]haque a droit à ce qu'aucun témoignage incriminant qu'il donne ne soit utilisé pour l'incriminer dans d'autres procédures, sauf lors de poursuites pour parjure ou pour témoignages contradictoires». Puisque l'art. 13 fera l'objet d'autres commentaires plus loin, il suffit pour l'instant de faire remarquer que, peu importe ce qu'elle protège ou ce que la *Charte* pourrait exiger de plus, cette disposition répond clairement à une préoccupation relative à l'auto-incrimination. Dans l'arrêt *Dubois*, précité, l'arrêt de principe sur l'art. 13 de la *Charte*, le juge Lamer examine globalement les al. 11c) et 11d) et l'art. 13 de la *Charte* (à la p. 358):

[T]he concept of the "case to meet" is common to ss. 11(c), (d) and 13. In the context of ss. 11(c) and 13, it means specifically that the accused enjoys "the initial

[L]e principe de l'obligation de présenter une «preuve complète» est commun aux al. 11c), d) et à l'art. 13. Dans le contexte de l'al. 11c) et de l'art. 13, il signifie

benefit of a right of silence" (*R. v. Appleby, supra*) and its corollary, protection against self-incrimination. Section 13, like s. 11(c), is a recognition of the principle that,

... the individual is sovereign and that proper rules of battle between government and individual require that the individual not be bothered for less than good reason and not be conscripted by his opponent to defeat himself.

(*Wigmore on Evidence*, vol. 8 (McNaughton rev. 1961), para. 2251, at p. 318.)

Hence, the purpose of s. 13, when the section is viewed in the context of s. 11(c) and (d), is to protect individuals from being indirectly compelled to incriminate themselves, to ensure that the Crown will not be able to do indirectly that which s. 11(c) prohibits. It guarantees the right not to have a person's previous testimony used to incriminate him or her in other proceedings.

By preventing the subsequent use of a witness's compelled testimony, s. 13 offers the witness some protection against being forced to create a case to meet.

In passing, I observe that these same ideas find expression beyond the specifically enumerated protections in ss. 8-14 of the *Charter*. With respect to s. 24(2) of the *Charter*, Lamer C.J. observed in *Jones, supra*, at pp. 255-56:

Evidence is generally inadmissible under s. 24(2) if it would bring the administration of justice into disrepute. Evidence will tend to bring the administration of justice into disrepute if it renders the trial process unfair. Evidence renders the trial process unfair if it is obtained, after a violation of the *Charter*, by conscripting the accused against himself (that is, by using evidence that could not have been obtained but for the participation of the accused in the construction of the evidence); "(t)he use of such evidence would render the trial unfair, for it did not exist prior to the violation and it strikes at one of the fundamental tenets of a fair trial, the right against self-incrimination" (*Collins*, at p. 284).

précisément que l'accusé jouit de «l'avantage initial du droit au silence» (*R. c. Appleby*, précité) et de son corollaire, la protection contre l'auto-incrimination. L'article 13, tout comme l'al. 11c), constitue la reconnaissance du principe selon lequel

[TRADUCTION] . . . l'individu est souverain et que selon les règles régissant les conflits entre le gouvernement et un individu, celui-ci ne doit être inquiété que pour un motif valable et ne doit pas être obligé par son opposant de causer sa propre défaite.

(*Wigmore on Evidence*, vol. 8 (McNaughton rev. 1961), par. 2251, à la p. 318.)

Par conséquent, l'objet de l'art. 13, lorsqu'il est interprété dans le contexte des al. 11c) et d), est de protéger les individus contre l'obligation indirecte de s'incriminer, pour veiller à ce que la poursuite ne soit pas en mesure de faire indirectement ce que l'al. 11c) interdit. Cet article garantit le droit de ne pas voir le témoignage antérieur d'une personne utilisé pour l'incriminer dans d'autres procédures.

En empêchant l'utilisation subséquente du témoignage forcé d'une personne, l'art. 13 offre à ce témoin une certaine protection contre la contrainte à créer une preuve à charge.

Je souligne, en passant, que ces mêmes idées visent davantage que les garanties spécifiquement énumérées aux art. 8 à 14 de la *Charte*. En ce qui concerne le par. 24(2) de la *Charte*, le juge en chef Lamer fait remarquer dans l'arrêt *Jones*, précité, aux pp. 255 et 256:

Les éléments de preuve susceptibles de déconsidérer l'administration de la justice sont généralement inadmissibles en vertu du par. 24(2). Les éléments de preuve qui tendent à déconsidérer l'administration de la justice sont ceux qui rendent le procès inéquitable. Des éléments de preuve rendent le procès inéquitable s'ils sont obtenus à la suite d'une violation de la *Charte*, en mobilisant l'accusé contre lui-même (c'est-à-dire en utilisant des éléments de preuve qui n'auraient pu être obtenus sans la participation de l'accusé à la constitution de la preuve); «(p)uisque ces éléments de preuve n'existaient pas avant la violation, leur utilisation rendrait le procès inéquitable et constituerait une attaque contre l'un des principes fondamentaux d'un procès équitable, savoir le droit de ne pas avoir à témoigner contre soi-même» (*Collins*, à la p. 284).

It is not only logical, but also desirable, for the jurisprudence under s. 24(2) to evolve with regard to a principle against self-incrimination.

Il est non seulement logique mais aussi souhaitable que la jurisprudence relative au par. 24(2) évolue en fonction d'un principe interdisant l'auto-incrimination.

91 Finally, leaving aside the enumerated protections and s. 24(2) of the *Charter*, I consider s. 7, a provision which is especially instructive in respect of the principle against self-incrimination. In *Thomson Newspapers*, *supra*, this Court held that s. 7 may contain residual protections capable of extending beyond ss. 11(c) and 13. No agreement emerged in *Thomson Newspapers* regarding the availability or scope of such residual protections, but in *Hebert*, *supra*, a residual role for the provision was recognized.

Enfin, mettant de côté les garanties énumérées et le par. 24(2) de la *Charte*, je passe à l'examen de l'art. 7 qui est particulièrement intéressant quant au principe interdisant l'auto-incrimination. Dans l'arrêt *Thomson Newspapers*, précité, notre Cour a statué que l'art. 7 peut comporter des garanties résiduelles susceptibles de s'appliquer au-delà de l'al. 11c) et de l'art. 13. Aucune entente ne ressort de l'arrêt *Thomson Newspapers* au sujet de la possibilité d'invoquer ces garanties résiduelles ou de leur étendue mais, dans l'arrêt *Hebert*, précité, on a reconnu un rôle résiduel à cette disposition.

92 As already discussed, McLachlin J. in *Hebert* postulated a principle of fundamental justice which reflects concerns formerly embodied in the confessions rule and the common-law privilege against self-incrimination. She stated that the principle involves "the right of the individual to choose whether to make a statement to the authorities or to remain silent, coupled with concern with the repute and integrity of the judicial process" (p. 175). Given that I have associated the common-law protections underlying this principle from *Hebert* with the principle against self-incrimination, it is important to note that McLachlin J. in *Hebert* also linked the right to silence to ideas of self-incrimination. She indicated that the measure of the right to silence may "reside in the notion that a person whose liberty is placed in jeopardy by the criminal process cannot be required to give evidence against himself or herself" (p. 175 (emphasis added)).

Comme je l'ai déjà mentionné, le juge McLachlin, dans l'arrêt *Hebert*, a posé un principe de justice fondamentale qui reflète les préoccupations auxquelles répondaient auparavant la règle des confessions et le privilège de common law de ne pas s'incriminer. Elle affirme que le principe comporte «le droit de la personne de choisir de faire une déclaration aux autorités ou de garder le silence, assorti d'un souci de préserver l'intégrité du processus judiciaire et la considération dont il jouit» (p. 175). Puisque j'ai associé les garanties de common law qui sous-tendent ce principe tiré de l'arrêt *Hebert*, au principe interdisant l'auto-incrimination, il importe de souligner que, dans ce dernier arrêt, le juge McLachlin a également relié le droit de garder le silence à des idées d'auto-incrimination. Elle a indiqué que la portée du droit de garder le silence «réside dans l'idée qu'une personne dont la liberté est compromise par le processus criminel ne peut être tenue de témoigner contre elle-même» (p. 175 (je souligne)).

93 In my opinion, therefore, the residual protection developed in *Hebert* reflects the principle against self-incrimination or the concept of the case to meet. Regarding this reflection, however, I would make the following point. In *Hebert*, *supra*, this Court recognized a residual protection against self-incrimination, but that recognition was prompted in part by the need to protect the s. 11(c) right

J'estime donc que la protection résiduelle établie dans l'arrêt *Hebert* reflète le principe interdisant l'auto-incrimination ou la notion de la preuve complète. J'aimerais toutefois ajouter un commentaire à ce sujet. Dans l'arrêt *Hebert*, précité, notre Cour a reconnu l'existence d'une protection résiduelle contre l'auto-incrimination, mais cette reconnaissance était fondée en partie sur le besoin de proté-

against compellability. McLachlin J. stated (at p. 174):

From a practical point of view, the relationship between the privilege against self-incrimination and the right to silence at the investigational phase is equally clear. The protection conferred by a legal system which grants the accused immunity from incriminating himself at trial but offers no protection with respect to pre-trial statements would be illusory. [Emphasis added.]

Hebert thus reflects the philosophy earlier expressed in *Dubois, supra*, that the *Charter* should be “construed as a system” (p. 365; see also *Hebert, supra*, at p. 176). But I would highlight that, in the enumerated provisions of the *Charter*, there exists “no protection” against self-incrimination applicable in respect of pre-trial statements to the police. The guarantee of s. 11(c) was regarded as potentially “illusory” in that context. It does not follow that, in another context where the *Charter* provides some protection, an analysis along *Hebert* lines should necessarily proceed.

This point notwithstanding, I would conclude my review of *Charter* protections against self-incrimination by highlighting the vigour of s. 7. Before the *Charter*, and, indeed, before *Thomson Newspapers*, it was generally believed that there was no functional principle against self-incrimination, but only a collection of specific rules which might be grouped beneath such a label: see E. Ratushny, “Self-Incrimination: Nailing the Coffin Shut” (1978), 20 *Crim. L.Q.* 312. But it was also asserted, by Ratushny along with others (see Paciocco, *supra*, at p. 544), that a functional principle might be desirable. In my opinion, *Hebert* removes all doubt not only as to the desirability, but also as to the existence, of a such a functional, unifying, principle. If pre-trial silence was once nothing more than a particular manifestation of the general freedom to do as one pleases (see Ratushny, “Is There a Right Against Self-Incrimination in Canada?”, *supra*; *contra: Hebert, supra*, at p. 198 (*per Sopinka J.*)), that is no longer the case. Pre-

ger le droit de ne pas être contraint de témoigner garanti par l’al. 11c). Le juge McLachlin affirme (à la p. 174):

D’un point de vue pratique, le rapport entre le privilège de ne pas s’incriminer et le droit de garder le silence à l’étape de l’enquête est tout aussi clair. La protection accordée par un système juridique qui confère à l’accusé le droit de ne pas s’incriminer au procès mais qui ne lui offre aucune protection à l’égard des déclarations faites antérieurement au procès serait illusoire. [Je souligne.]

L’arrêt *Hebert* reflète donc la philosophie exprimée antérieurement dans l’arrêt *Dubois*, précité, selon laquelle la *Charte* devrait «s’interpréter comme un système» (p. 365; voir aussi l’arrêt *Hebert*, précité, à la p. 176). Cependant, je tiens à faire ressortir que, dans les dispositions de la *Charte* que j’ai énumérées, il n’existe «aucune protection» contre l’auto-incrimination, qui soit applicable aux déclarations faites à la police avant le procès. La garantie de l’al. 11c) a été considérée comme potentiellement «illusoire» dans ce contexte. Il ne s’ensuit pas qu’il y aurait nécessairement lieu de procéder à une analyse conforme à l’arrêt *Hebert* dans un autre contexte où la *Charte* offre une certaine protection.

Abstraction faite de cette question, je conclurais, mon examen des garanties contre l’auto-incrimination, offertes par la *Charte*, en faisant ressortir la vigueur de l’art. 7. Avant l’adoption de la *Charte* et, en fait, avant l’arrêt *Thomson Newspapers*, on croyait généralement qu’il n’existait pas de principe fonctionnel interdisant l’auto-incrimination, mais qu’il existait seulement une série de règles précises qui pourraient être regroupées sous cette étiquette: voir E. Ratushny, «Self-Incrimination: Nailing the Coffin Shut» (1978), 20 *Crim. L.Q.* 312. Cependant, Ratushny et d’autres auteurs (voir Paciocco, *op. cit.*, à la p. 544) ont également soutenu qu’il serait souhaitable d’avoir un principe fonctionnel. À mon avis, l’arrêt *Hebert* dissipe tout doute non seulement quant à l’utilité, mais aussi quant à l’existence, d’un tel principe unificateur fonctionnel. Si le droit de garder le silence avant le procès ne constituait rien de plus qu’une manifestation particulière de la liberté générale d’une personne d’agir à son gré (voir Ratushny, «Is There a

trial silence has been elevated to the status of a constitutional right.

95

For these reasons, I conclude that a review of *Charter* jurisprudence demonstrates not only that the pre-*Charter* policy justification persists, but also that it has attained fresh constitutional nourishment. The case-to-meet principle, first articulated in this country by Ratushny (*Self-Incrimination in the Canadian Criminal Process*, *supra*, at p. 179), has become a unifying thought. There is a conceptual purity about this development, as M. Hor has noted in "The Privilege Against Self-Incrimination and Fairness to the Accused", [1993] *Singapore J. Legal Stud.* 35, at p. 35:

Conceptually, it would seem that if there is any single organizing principle in the criminal process, it is the right of the accused to resist any effort to force him to assist in his own prosecution. It provides substance to the common law ideal of a fair trial through an adversarial or accusatorial process. The parties to a criminal prosecution are seen as competitors and the trial the competition.

There is a principle against self-incrimination in Canada which is part of fundamental justice. The task which remains is the task of determining what this principle demands in the context of this appeal.

4. The Principle Against Self-Incrimination and Testimonial Compulsion

(a) *Introduction: Principles and Rules*

96

It is important to distinguish between rules and principles. Section 7 of the *Charter* directs an inquiry into the principles of fundamental justice. I have identified one such principle, namely, the principle against self-incrimination. It does not follow, however, that a particular rule which reflects that principle will reflect it in any particular way, or with any pre-defined scope.

Right Against Self-Incrimination in Canada?», *loc. cit.*; *contra*: *Hebert*, précité, à la p. 198 (le juge Sopinka)), ce n'est plus le cas. Le droit de garder le silence avant le procès a été élevé au rang de droit constitutionnel.

Pour ces motifs, je conclus que l'examen de la jurisprudence relative à la *Charte* démontre non seulement que la justification de principe, qui existait avant la *Charte*, continue d'exister, mais aussi qu'elle est nouvellement alimentée par la Constitution. Le principe de la preuve complète, qui a été formulé pour la première fois au Canada par Ratushny (*Self-Incrimination in the Canadian Criminal Process*, *op. cit.*, à la p. 179) est devenu une idée unificatrice. Il y a une pureté conceptuelle dans cette évolution, comme l'a fait remarquer M. Hor dans «The Privilege Against Self-Incrimination and Fairness to the Accused», [1993] *Singapore J. Legal Stud.* 35, à la p. 35:

[TRADUCTION] Sur le plan conceptuel, il semblerait que, s'il existe dans le processus pénal un principe directeur quelconque, c'est celui du droit de l'accusé de résister à toute tentative de le contraindre à prêter son concours aux poursuites intentées contre lui. Ce droit concrétise l'idéal de common law d'un procès équitable assuré par un processus contradictoire ou accusatoire. Les parties à des poursuites criminelles sont considérées comme des concurrents et le procès comme un concours.

Il existe au Canada un principe interdisant l'auto-incrimination qui fait partie des principes de justice fondamentale. Il reste maintenant à déterminer ce que ce principe exige dans le contexte du présent pourvoi.

4. Le principe interdisant l'auto-incrimination et la contrainte à témoigner

(a) *Introduction: Les principes et les règles*

Il est important d'établir une distinction entre les règles et les principes. L'article 7 de la *Charte* exige un examen des principes de justice fondamentale. J'en ai identifié un, le principe interdisant l'auto-incrimination. Cependant, il ne s'ensuit pas qu'une règle donnée qui reflète ce principe le fera d'une façon particulière ou avec une portée prédéterminée.

In *Re B.C. Motor Vehicle Act*, *supra*, Lamer J. commented upon the specific rights enumerated in ss. 8-14 of the *Charter* in the following terms (at p. 502):

Sections 8 to 14 are illustrative of deprivations of those rights to life, liberty and security of the person in breach of the principles of fundamental justice. For they, in effect, illustrate some of the parameters of the "right" to life, liberty and security of the person; they are examples of instances in which the "right" to life, liberty and security of the person would be violated in a manner which is not in accordance with the principles of fundamental justice.

It is clear from this passage that the parameters of the right to liberty can be affected by the context in which the right is asserted. In other words, I have suggested above that certain specific enumerations of the *Charter* reflect a unifying principle against self-incrimination. It stands only to reason, however, that this principle may demand different things at different times; the parameters of the principle may be found in disparate rights.

I regard this point as important to the present appeal. A failure to realize the distinction between principles and rights can promote two extreme kinds of error. On the one hand, as I will discuss below, the assumption that one should give full effect to a principle might lead one to run roughshod over specific enumerations in the *Charter*. This assumption fails to take account of context. As Mewett has observed: "An individual's right means a legally protected interest, but the way in which that interest is protected differs in the case of different rights" ("Law Enforcement and the Conflict of Values", *supra*, at p. 181).

On the other hand, an exclusive focus on rights would destroy the meaningful residual role for s. 7 which was recognized in *Hebert*, *supra*. In speaking of lower court decisions which rejected such a role, Paciocco has stated (at p. 602):

Dans le *Renvoi: Motor Vehicle Act de la C.-B.*, précité, le juge Lamer commente ainsi les droits précis énumérés aux art. 8 à 14 de la *Charte* (à la p. 502):

Les articles 8 à 14 sont des exemples d'atteintes à ce droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de la personne qui vont à l'encontre des principes de justice fondamentale. En effet, ils illustrent certains paramètres du «droit» à la vie, à la liberté et à la sécurité de la personne; ce sont des exemples de cas où il y aurait atteinte au «droit» à la vie, à la liberté et à la sécurité de la personne d'une manière non conforme aux principes de justice fondamentale.

Ce passage fait clairement ressortir que les paramètres du droit à la liberté peuvent changer en fonction du contexte dans lequel ce droit est revendiqué. En d'autres termes, j'ai laissé entendre, plus haut, que certaines énumérations précises de la *Charte* traduisent l'existence d'un principe unificateur interdisant l'auto-incrimination. Cependant, il va de soi que les exigences de ce principe peuvent varier selon les époques; les paramètres du principe peuvent se trouver dans des droits disparates.

À mon avis, ce point est important aux fins du présent pourvoi. La non-reconnaissance de la distinction entre les principes et les droits risque de favoriser deux types extrêmes d'erreur. D'une part, comme nous le verrons plus loin, l'hypothèse selon laquelle un principe devrait être appliqué intégralement pourra conduire à passer outre à certaines énumérations précises de la *Charte*. Cette hypothèse ne tient pas compte du contexte. Comme le fait remarquer Mewett: [TRADUCTION] «Un droit individuel signifie un intérêt légalement protégé, mais la façon dont cet intérêt est protégé varie d'un droit à l'autre» («Law Enforcement and the Conflict of Values», *loc. cit.*, à la p. 181).

D'autre part, si l'on met exclusivement l'accent sur les droits, on supprimera le rôle résiduel utile de l'art. 7, qui a été reconnu dans l'arrêt *Hebert*, précité. Paciocco affirme ceci au sujet des décisions des tribunaux d'instance inférieure qui ont rejeté l'existence d'un tel rôle (à la p. 602):

Suffice it to say, it is my view that the error of reasoning that these cases have fallen into is caused by a failure to distinguish rules from principles. Granted, the only specific *rules* dealing exclusively and directly with self-incrimination in operation prior to the *Charter* were subsumed by sections 11(c) and 13. Yet, section 7 directs us to search for *principles*, not rules *per se*. In particular, in this context, the question is whether there is a fundamental notion of justice related to self-incrimination which has influenced the development of, and supported the existence of, rules other than those enumerated in *Marcoux*. [Emphasis in original.]

[TRADUCTION] Il suffit de dire que l'erreur de raisonnement dans ces décisions résulte, à mon avis, de l'absence de distinction entre les règles et les principes. Il est vrai que les seules *règles* précises qui régissaient exclusivement et directement l'auto-incrimination, avant la *Charte*, ont été incluses dans l'al. 11c) et l'art. 13. Pourtant, l'art. 7 nous enjoint de chercher des principes et non des règles proprement dites. Particulièrement, dans ce contexte, la question est de savoir s'il existe une notion fondamentale de justice liée à l'auto-incrimination, qui a influé sur l'établissement de règles autres que celles formulées dans l'arrêt *Marcoux*, et justifié leur existence. [En italique dans l'original.]

100 At the same time, it is necessary to emphasize that the framers of the *Charter* did not draft a free-standing right against self-incrimination. Ratushny has suggested that the absence of such language is a laudable feature of the *Charter*, in that "[i]t encourages attention to be focussed upon the specific procedural protections to which an accused is entitled without the distractions of emotive political battles of the past": Ratushny, "The Role of the Accused in the Criminal Process", in G.-A. Beaudoin and E. Ratushny, eds., *The Canadian Charter of Rights and Freedoms* (2nd ed. 1989), 451, at p. 453. The task, as I envision it, is to use existing rules to help one understand the limits upon a principle, while at the same time acknowledging that the principle has the capacity to introduce new rules to benefit the overall system.

Il est nécessaire, en même temps, de souligner que les rédacteurs de la *Charte* n'ont pas formulé un droit distinct de ne pas s'incriminer. Ratushny laisse entendre que l'absence d'une telle formulation est une caractéristique louable de la *Charte*, du fait que «[c]e mode de rédaction favorise l'étude des garanties procédurales précises dont peut jouir un accusé en éliminant les distractions suscitées par des débats émotifs de nature politique»: Ratushny, «Le rôle de l'accusé dans la poursuite criminelle», dans G.-A. Beaudoin et E. Ratushny, dir., *Charte canadienne des droits et libertés* (2^e éd. 1989), 505, à la p. 507. À mon sens, il faut se servir de règles existantes pour comprendre les limites imposées à un principe, tout en reconnaissant que ce principe peut donner lieu à l'établissement de nouvelles règles qui profiteront à l'ensemble du système.

101 I proceed with these thoughts in mind to conduct the following examination. First, I will note in cursory fashion how the self-incrimination principle reflects different rules in different contexts, such that it cannot be regarded as an absolute directive. Second, I will consider whether the principle demands a rule to prohibit witness compellability on the facts of this appeal. Third, after concluding that the *Charter* condones testimonial compulsion on the facts, I will suggest that fundamental justice nonetheless demands that the witness have some protection beyond the limited protection provided by the language of s. 13.

C'est avec cela à l'esprit que je vais procéder à l'examen suivant. Premièrement, je vais souligner rapidement comment le principe interdisant l'auto-incrimination reflète des règles différentes dans des contextes différents, de sorte qu'il ne peut être considéré comme une directive absolue. Deuxièmement, je vais examiner si, d'après les faits du présent pourvoi, le principe exige l'établissement d'une règle interdisant la contraignabilité des témoins. Troisièmement, après avoir conclu, à partir des faits, que la *Charte* tolère la contraignabilité, je préciserai que la justice fondamentale exige néanmoins que le témoin bénéficie d'une certaine protection au-delà de la protection restreinte que fournit le texte de l'art. 13.

(b) *Limits on an Absolute Principle Against Self-Incrimination*

I regard as incontrovertible the fact that the principle against self-incrimination has not in the past, and does not now, find full and complete expression in Canadian law. I have discussed in some detail above how statutory interference with the witness's privilege historically departed from the principle, particularly with respect to the perceived absence of derivative-use immunity under s. 5(2) of the *Canada Evidence Act*. But there are other limitations which should be noted as well.

For example, even with regard to the common-law privilege against self-incrimination for witnesses itself, it cannot be said that the principle found full expression. It was subject to at least two important limitations. First, there was the problem that the privilege claimed by a witness could be rejected by the trial judge, leaving the witness entirely unprotected in the case of a wrongful rejection. The trial judge's role appears in *Re Westinghouse Electric Corp. Uranium Contract Litigation MDL Docket No. 235 (No. 2)*, [1977] 3 All E.R. 717 (C.A.), at p. 721:

The common law . . . says: "If a witness claims the protection of the court, on the ground that the answer would tend to incriminate himself and there appears reasonable ground to believe that it would do so, he is not compellable to answer." . . . It is for the judge to say whether there is reasonable ground or not. [Emphasis added.]

Such a witness must confront unprotected what Wigmore called the "*three horns of the triceratops* — harmful disclosure, contempt, perjury" (§2251, at p. 316 (emphasis in original)). To a similar effect was the problem of the adverse inference which might be drawn from a witness's decision to claim the privilege. It has been said that an "adverse inference for refusal to answer while in the witness box was eminently available": J. Watson, "Talking About the Right to Remain Silent"

b) *Restrictions quant au caractère absolu du principe interdisant l'auto-incrimination*

Je considère qu'il est indéniable que le principe interdisant l'auto-incrimination n'a jamais trouvé expression pleine et entière en droit canadien. J'ai examiné en détail, plus haut, comment l'ingérence légale dans le privilège du témoin a historiquement dérogé à ce principe, particulièrement en ce qui a trait à l'absence d'immunité contre l'utilisation de la preuve dérivée que l'on perçoit au par. 5(2) de la *Loi sur la preuve au Canada*. Cependant, il existe également d'autres restrictions dont il faut faire état.

Par exemple, même en ce qui concerne le privilège de common law lui-même qui interdit l'auto-incrimination des témoins, on ne peut dire que le principe a trouvé sa pleine expression. On l'a assujéti à au moins deux restrictions importantes. Premièrement, il y avait le problème découlant du fait que le juge du procès pouvait refuser le privilège revendiqué par un témoin, et priver ce dernier de toute protection en cas de refus injustifié. L'affaire *Re Westinghouse Electric Corp. Uranium Contract Litigation MDL Docket No. 235 (No. 2)*, [1977] 3 All E.R. 717 (C.A.), à la p. 721, fait état du rôle du juge du procès:

[TRADUCTION] La common law [. . .] dit: «Si un témoin demande la protection de la cour pour le motif que sa réponse tendrait à l'incriminer et qu'il paraît y avoir des motifs raisonnables de croire que ce serait le cas, il n'est pas tenu de répondre.» [. . .] Il appartient au juge de déterminer s'il existe des motifs raisonnables. [Je souligne.]

Un tel témoin doit affronter, sans protection, ce que Wigmore appelle les [TRADUCTION] «*trois cornes du tricératops* — la divulgation préjudiciable, l'outrage et le parjure» (§2251, à la p. 316 (en italique dans l'original)). De même, il y avait le problème de la conclusion négative qui pourrait être tirée de la décision d'un témoin de réclamer ce privilège. On a déjà dit que [TRADUCTION] «l'on pouvait facilement tirer une conclusion négative du refus d'une personne de répondre lorsqu'elle est à la barre»: J. Watson, «Talking About the Right to Remain Silent» (1991), 34 *Crim. L.Q.* 106, à la

(1991), 34 *Crim. L.Q.* 106, at p. 117. See generally, Paciocco, *supra*, at p. 449.

p. 117. Voir généralement Paciocco, *op. cit.*, à la p. 449.

104

In post-*Charter* terms, other limitations on the principle against self-incrimination are also visible. The right to silence recognized by *Hebert*, *supra*, is not a free-floating right always available, but rather a right which has so far been linked to the concept of detention, and, moreover, it is not a right which is absolute and “capable of being discharged only by waiver” (p. 183). Similarly, the discussion in *Stinchcombe*, *supra*, which suggests that the defence has no obligation to assist the Crown, must be qualified in certain respects. In *P. (M.B.)*, *supra*, Lamer C.J. stated (at p. 578):

Depuis l'adoption de la *Charte*, d'autres restrictions ont été apportées au principe interdisant l'auto-incrimination. Le droit de garder le silence reconnu dans l'arrêt *Hebert*, précité, est non pas un droit distinct qui peut toujours être invoqué, mais plutôt un droit qui, jusqu'à maintenant, a été rattaché au concept de détention; il ne s'agit pas non plus d'un droit qui est absolu et «qui ne pourrait être écarté que par renonciation» (p. 183). De même, il faut apporter certaines réserves à l'analyse de l'arrêt *Stinchcombe*, précité, qui laisse entendre que la défense n'est pas tenue d'aider le ministère public. Dans l'arrêt *P. (M.B.)*, précité, le juge en chef Lamer dit (à la p. 578):

However, it should be borne in mind that this protection against disclosure is not an absolute one. For example, failure to disclose an alibi defence in a timely manner may affect the weight given to the defence: E. G. Ewaschuk, *Criminal Pleadings & Practice in Canada* (2nd ed. 1987), at para. 16:8070; McWilliams, *Canadian Criminal Evidence*, *supra*, at paras. 28:10711-10712.

Toutefois, il faut garder à l'esprit que cette protection contre la divulgation n'est pas absolue. Par exemple, l'omission de communiquer promptement un alibi peut avoir un effet sur l'importance de ce moyen de défense: E. G. Ewaschuk, *Criminal Pleadings & Practice in Canada* (2^e éd. 1987), au par. 16:8070; McWilliams, *Canadian Criminal Evidence*, *op. cit.*, aux par. 28:10711 et 28:10712.

105

To a similar effect, the relationship between the case-to-meet principle and the presumption of innocence is altered, if not destroyed, by constitutionally permissible reverse-onus provisions. On a number of occasions, this Court has found that a provision which violates s. 11(d) of the *Charter* may nonetheless constitute a reasonable limit, demonstrably justified in a free and democratic society: *R. v. Whyte*, [1988] 2 S.C.R. 3; *R. v. Keegstra*, [1990] 3 S.C.R. 697; *R. v. Chaulk*, [1990] 3 S.C.R. 1303; *R. v. Romeo*, [1991] 1 S.C.R. 86; *R. v. Ratti*, [1991] 1 S.C.R. 68; and *R. v. Downey*, [1992] 2 S.C.R. 10. By definition, a provision which relieves the Crown of some burden which would otherwise exist, and which places upon the accused a burden of adducing evidence, obfuscates the case-to-meet principle: see Ratushny, *Self-Incrimination in the Canadian Criminal Process*, *supra*, at p. 179. And yet, in certain circumstances, we have held that the thing must be done.

De même, les dispositions constitutionnellement acceptables qui portent inversion du fardeau de la preuve modifient, voire détruisent, le rapport entre le principe de la preuve complète et la présomption d'innocence. À un certain nombre de reprises, notre Cour a statué qu'une disposition contraire à l'al. 11d) de la *Charte* peut néanmoins constituer une limite raisonnable dont la justification peut se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique: *R. c. Whyte*, [1988] 2 R.C.S. 3; *R. c. Keegstra*, [1990] 3 R.C.S. 697; *R. c. Chaulk*, [1990] 3 R.C.S. 1303; *R. c. Romeo*, [1991] 1 R.C.S. 86; *R. c. Ratti*, [1991] 1 R.C.S. 68, et *R. c. Downey*, [1992] 2 R.C.S. 10. Par définition, une disposition qui dégage le ministère public d'un fardeau qu'il assumerait par ailleurs, et qui impose à l'accusé un fardeau de présentation de preuve obscurcit le principe de la preuve complète: voir Ratushny, *Self-Incrimination in the Canadian Criminal Process*, *op. cit.*, à la p. 179. Et pourtant, dans certains cas, nous avons statué que c'est ce qu'il faut faire.

Finally, before turning my attention to ss. 7 and 13 of the *Charter*, I call attention to an inherent but often overlooked limitation on the principle against self-incrimination as recognized by s. 11(c) of the *Charter*. Section 11(c) constitutionalizes the accused's common-law right of non-compellability, but it is not insignificant that the accused who testifies is subject to cross-examination. Although it might be suggested that the accused will not testify until the Crown has produced a case to meet, this is no guarantee that the accused's cross-examination will not serve to incriminate further the accused. Ratushny recognized this point in the pre-*Charter* context with respect to the *Canada Evidence Act*:

An important feature of the approach [of the *Canada Evidence Act* which renders an accused competent but not compellable] was that, if he decided to take the stand on his own behalf, he could also be required to testify against himself. No attempt was made in the Act to protect him against cross-examination which might incriminate him at the trial at which he testified.

("Is There a Right Against Self-Incrimination in Canada?", *supra*, at p. 31.)

If the principle against self-incrimination were to be given full sway, we might permit the accused to testify for the purpose of offering a defence, but then prohibit the Crown from bolstering its case with evidence out of the accused's own mouth.

These cursory observations are sufficient, in my opinion, to demonstrate that the principle against self-incrimination may mean different things at different times and in different contexts. The principle admits of many rules. What should the rule be in respect of testimonial compulsion?

(c) *The Principle Against Self-Incrimination and Witness Compellability*

I begin this inquiry by asserting that any rule demanded by the principle against self-incrimination which places a limit on compellability is in dynamic tension with an opposing principle of fundamental justice. That is the principle which sug-

Enfin, avant de passer à l'examen des art. 7 et 13 de la *Charte*, j'attire l'attention sur une restriction inhérente, mais souvent ignorée, du principe interdisant l'auto-incrimination reconnu par l'al. 11c) de la *Charte*. L'alinéa 11c) constitutionnalise le droit de common law de l'accusé de ne pas être contraint à témoigner mais, il importe de préciser que l'accusé qui témoigne peut faire l'objet d'un contre-interrogatoire. Bien que l'on puisse dire que l'accusé ne témoignera pas tant que le ministère public n'aura pas présenté une preuve complète, il n'existe aucune garantie que ce contre-interrogatoire ne servira pas à incriminer davantage l'accusé. Ratushny a reconnu cela dans le contexte antérieur à la *Charte* relativement à la *Loi sur la preuve au Canada*:

[TRADUCTION] Une caractéristique importante de la méthode [adoptée dans la *Loi sur la preuve au Canada* qui rend un accusé habile à témoigner, mais non contraignable] était que l'accusé pouvait être également appelé à témoigner contre lui-même s'il décidait de venir à la barre. On n'a pas tenté dans la Loi de le protéger du contre-interrogatoire qui pourrait l'incriminer au procès pendant lequel il témoigne.

(«Is There a Right Against Self Incrimination in Canada?», *loc. cit.*, à la p. 31.)

S'il fallait donner plein effet au principe interdisant l'auto-incrimination, nous pourrions permettre à l'accusé de témoigner pour sa propre défense, pour ensuite interdire au ministère public d'étayer sa preuve au moyen du témoignage de l'accusé.

À mon avis, ces observations superficielles suffisent pour démontrer que le principe interdisant l'auto-incrimination peut être interprété différemment, à des époques et dans des contextes différents. Le principe admet de nombreuses règles. Quelle devrait être la règle relativement à la contrainte à témoigner?

c) *Le principe interdisant l'auto-incrimination et la contraignabilité des témoins*

Je tiens tout d'abord à préciser que toute règle commandée par le principe interdisant l'auto-incrimination, qui restreint la contraignabilité, est en tension dynamique avec un principe contraire de justice fondamentale, selon lequel le juge des faits

gests that, in a search for truth, relevant evidence should be available to the trier of fact. Wigmore, *supra*, expressed the point well (§2192, at p. 70):

For more than three centuries it has now been recognized as a fundamental maxim that the public (in the words sanctioned by Lord Hardwicke) has a right to every man's evidence. When we come to examine the various claims of exemption, we start with the primary assumption that there is a general duty to give what testimony one is capable of giving and that any exemptions which may exist are distinctly exceptional, being so many derogations from a positive general rule. . . .

Obviously, the *Charter* sanctions deviations from this positive general rule. Sections 11(c) and 13 stand as obvious examples. The question is whether we need another exemption, and if so, why?

109 The difficulty of this question is evidenced by the fact that it has prompted academics to adopt points of polar opposition. Ratushny and Mewett have both expressed the view that protection of the self-incrimination principle demands, in essence, a return to the common-law position, such that a witness should have the right to object to questions which tend to incriminate: Ratushny, *Self-Incrimination in the Canadian Criminal Process*, *supra*, at pp. 393 *et seq.*; Mewett, "Law Enforcement and the Conflict of Values", *supra*, at pp. 198-99; and Mewett, "The Right to Silence", *supra*, at p. 274. Aligned with this view is the proposition that testimony which is nonetheless desired by authorities should be available, provided that immunity protection is provided. Ratushny states:

The precise scope of a unified right against self-incrimination will have to be fashioned carefully. However, at a minimum it should permit a potential witness to refuse to provide testimony which would be personally incriminating in the absence of a specific and binding grant of immunity from prosecution in relation to the subject-matter of such testimony.

("The Role of the Accused in the Criminal Process", *supra*, at p. 487.)

devrait disposer des éléments de preuve pertinents dans sa recherche de la vérité. Wigmore, *op. cit.*, exprime bien ce point de vue (§2192, à la p. 70):

[TRADUCTION] Depuis plus de trois siècles, on reconnaît, comme une maxime fondamentale, que le public (pour employer les termes sanctionnés par lord Hardwicke) a le droit au témoignage de tous et chacun. Lorsque l'on examine les diverses demandes d'exemption, on part de l'hypothèse fondamentale qu'une personne a l'obligation générale de témoigner au meilleur de sa connaissance et que toute exemption qui peut exister est tout à fait exceptionnelle, du fait qu'il y a tant de dérognations à une règle positive générale . . .

De toute évidence, la *Charte* sanctionne des dérognations à cette règle positive générale. L'alinéa 11c) et l'art. 13 en sont des exemples évidents. Il s'agit de savoir si nous avons besoin d'une autre exemption et, dans l'affirmative, pourquoi?

La difficulté de cette question ressort du fait qu'elle a amené des auteurs à adopter des points de vue diamétralement opposés. Ratushny et Mewett ont tous deux exprimé l'avis que la protection du principe interdisant l'auto-incrimination exige essentiellement un retour à la position de common law, de sorte qu'un témoin devrait avoir le droit de s'opposer aux questions qui tendent à l'incriminer: Ratushny, *Self-Incrimination in the Canadian Criminal Process*, *op. cit.*, aux pp. 393 et suiv.; Mewett, «Law Enforcement and the Conflict of Values», *loc. cit.*, aux pp. 198 et 199; et Mewett, «The Right to Silence», *loc. cit.*, à la p. 274. Parallèlement à ce point de vue, on soutient que si les autorités souhaitent néanmoins qu'une personne témoigne, celle-ci devrait pouvoir le faire à condition de bénéficier d'une immunité. Ratushny affirme:

La portée exacte d'un droit unifié protégeant les témoins contre les témoignages incriminants devra être précisée avec soin. Au minimum, il faudra toutefois qu'il offre au témoin potentiel la possibilité de refuser de donner un témoignage l'incriminant personnellement en l'absence d'un engagement ferme et précis de la part de l'accusation lui accordant l'immunité au sujet du témoignage en question.

(«Le rôle de l'accusé dans la poursuite criminelle», *loc. cit.*, à la p. 545.)

The immunity protection envisioned by this passage is apparently the “transactional immunity” recognized historically in the United States by *Counselman v. Hitchcock*, 142 U.S. 547 (1892). The suggestion is that nothing short of formal prosecutorial immunity can justify the forced production of a self-incriminatory answer.

I point out that the position of the appellant in this case amounts to an extension of this first view. That is, in the absence of guaranteed transactional immunity, the appellant would claim not just a right equivalent to the common-law privilege against self-incrimination, but rather he would claim a complete right to silence. The claim amounts to an extension of the reasoning in *Hebert, supra*, such that the appellant argues “[t]here is no logical distinction between the accused person being questioned pursuant to a subpoena under oath at his co-accused’s trial or pursuant to arrest or detention at the station-house”.

Then there is the second polar view. According to Paciocco, *supra*, there is a fundamental distinction between testimonial self-incrimination, meaning the use of a person’s communications “as evidence of the truth of their contents to assist the Crown in proving the commission of a criminal offence by that person” (p. 540), and non-testimonial self-incrimination. According to Paciocco, when a person’s communication is merely a source of information, such that the accused person is not directly engaged in the creation of self-incriminatory evidence, a different analysis is appropriate. In Paciocco’s view, the only residual protection against self-incrimination required under s. 7 of the *Charter* is the kind of protection already recognized by *Hebert*, that is, protection against self-incriminatory pre-trial statements to police (at p. 597):

The principle does not take offence at compelled disclosure. The relevant principle, I suggest, is that forcing the accused to respond to an allegation *at the proceedings*

L’immunité envisagée dans ce passage est apparemment «l’immunité à l’égard d’une affaire donnée» reconnue historiquement aux États-Unis dans l’arrêt *Counselman c. Hitchcock*, 142 U.S. 547 (1892). On propose que seule une immunité formelle contre des poursuites peut justifier la production forcée d’une réponse incriminante.

Je fais remarquer que la position de l’appelant en l’espèce constitue une extension de ce premier point de vue. Autrement dit, en l’absence d’une garantie d’immunité à l’égard d’une affaire donnée, l’appelant revendiquerait non pas seulement un droit équivalent au privilège de common law de ne pas s’incriminer, mais plutôt un droit complet de garder le silence. Il s’agit là d’une extension du raisonnement de l’arrêt *Hebert*, précité, de sorte que l’appelant soutient qu’[TRADUCTION] «[i]l n’existe pas de distinction logique entre interroger sous serment la personne accusée au procès du coaccusé, conformément à un subpoena, et celui d’interroger une personne à la suite de son arrestation ou de sa mise en détention au poste de police».

Il y a ensuite le point de vue diamétralement opposé. Selon Paciocco, *op. cit.*, il existe une distinction fondamentale entre l’auto-incrimination testimoniale, c’est-à-dire l’utilisation des déclarations d’une personne [TRADUCTION] «comme preuve de la véracité de leur contenu pour aider le ministère public à prouver la perpétration d’une infraction criminelle par cette personne» (p. 540), et l’auto-incrimination non testimoniale. D’après Paciocco, lorsque les déclarations d’une personne constituent simplement une source d’information, de sorte que l’accusé ne se trouve pas à participer directement à la création d’une preuve incriminante, il y a lieu de procéder à une analyse différente. Selon Paciocco, la seule protection résiduelle contre l’auto-incrimination exigée en vertu de l’art. 7 de la *Charte* est le type de protection déjà reconnu dans l’arrêt *Hebert*, savoir la protection contre les déclarations incriminantes faites à la police avant le procès (à la p. 597):

[TRADUCTION] Le principe ne s’oppose pas à la divulgation forcée. À mon avis, le principe pertinent est le suivant: forcer l’accusé à répondre à une allégation *au*

where he is being tried and where his liberty is imperilled violates the principle of a case to meet because it compels the accused to *answer*. Using the accused's pretrial compelled statements would subvert that principle by using an enforced answer as part of the Crown's case just as if the answer had been compelled at the trial itself. Using evidence discovered as a result of a pretrial compelled statement is not the admission of an enforced answer and is not, therefore, an enforced response at the trial which has been required prior to the establishment by the Crown of a case to meet. Evidence discovered by compelled "clue facts" is not therefore protected. [Emphasis in original.]

Likewise, in respect of compelled testimony in parallel proceedings, Paciocco suggests that the relevant principle demands only what s. 13 provides, namely, protection against the subsequent use of compelled testimony. To state the matter another way, Paciocco would not demand derivative-evidence protection, whether in the form of a clue-fact privilege or a derivative-use immunity, for the purposes of s. 7.

112 To resolve this disagreement, I am of the opinion that one must have primary regard for the structure and language of the *Charter*. In *Thomson Newspapers*, *supra*, this sentiment tended to ignite a debate regarding the propriety of interpreting the *Charter* using the *expressio unius* principle of statutory construction. That is, there was a current of resistance, most evident in the reasons of Wilson J., against the suggestion that the mere presence of ss. 11(c) and 13 is determinative of the question whether additional self-incrimination protections are possible. I agree with Wilson J. that a mechanical application of an *expressio unius* principle would be "inconsistent with the purposive approach to *Charter* interpretation" (p. 470). Indeed, taken to an extreme, such mechanics might have precluded the result in *Hebert*. But it does not follow that the presence of the enumerated protections can be ignored. L'Heureux-Dubé J. reflected this sentiment in *Thomson Newspapers* when she stated that "once the values have been identified, these rules [of statutory interpretation] might still

cours de son procès, lorsque sa liberté est compromise, viole le principe de la preuve complète puisque l'accusé est alors contraint de *répondre*. L'utilisation des déclarations que l'accusé a été forcé de faire avant son procès irait à l'encontre de ce principe du fait qu'on se servirait de cette réponse forcée comme partie de la preuve du ministère public tout comme si l'accusé avait été forcé de répondre au procès même. L'utilisation des éléments de preuve découverts à l'issue d'une déclaration forcée avant le procès ne revient pas à admettre une réponse forcée et ne constitue donc pas une réponse forcée au cours du procès qui aurait été nécessaire au ministère public pour établir une preuve complète. Ne sont donc pas protégés les éléments de preuve découverts grâce aux «indices» qu'on a été forcé de donner. [En italique dans l'original.]

De même, en ce qui concerne les témoignages forcés dans des poursuites parallèles, Paciocco affirme que le principe pertinent exige seulement ce que prévoit l'art. 13, savoir la protection contre l'utilisation subséquente d'un témoignage forcé. En d'autres termes, pour les fins de l'art. 7, Paciocco n'exigerait pas une protection contre l'utilisation de la preuve dérivée, que ce soit sous la forme d'un privilège relatif aux indices ou d'une immunité contre l'utilisation de la preuve dérivée.

J'estime que, pour résoudre ce désaccord, il faut principalement tenir compte de l'économie et du texte de la *Charte*. Dans l'arrêt *Thomson Newspapers*, précité, ce sentiment a eu tendance à déclencher un débat sur l'opportunité d'interpréter la *Charte* au moyen du principe d'interprétation législative *expressio unius*. En d'autres termes, il y avait, comme en témoignaient plus particulièrement les motifs du juge Wilson, un courant de résistance à l'idée que la simple existence de l'al. 11c) et de l'art. 13 est déterminante quant à savoir s'il est possible d'avoir d'autres garanties contre l'auto-incrimination. Je conviens avec le juge Wilson qu'une application automatique d'un principe *expressio unius* serait «incompatible avec l'interprétation de la *Charte*, fondée sur l'objet visé» (p. 470). En fait, à l'extrême, un tel raisonnement aurait pu empêcher le résultat obtenu dans l'arrêt *Hebert*. Toutefois, il ne s'ensuit pas que l'existence des garanties énumérées peut être ignorée. Le juge L'Heureux-Dubé a exprimé ce sentiment dans l'arrêt *Thomson Newspapers* lorsqu'elle a affirmé

be available in later stages of the analysis" (p. 570). That is another way of saying that, in a particular case, the result which might have been demanded by the *expressio unius* rule turns out to be the same result which is demanded by a purposive approach.

The enumerated protections in the *Charter* are of particular importance when one considers the broader context of our legal system. The relevance of this context to an inquiry under s. 7 is beyond dispute: *Re B.C. Motor Vehicle Act*, *supra*, at p. 503. Moreover, it is clear that the investigation can target not only the common-law or constitutional context, but also the legislative context. It is relevant to consider the principles which "have animated legislative and judicial practice in Canada": *R. v. Lyons*, [1987] 2 S.C.R. 309, at p. 327; see also *R. v. Beare*, [1988] 2 S.C.R. 387; and *R. v. Seaboyer*, [1991] 2 S.C.R. 577.

So, I simply make a point which has been made before: it is difficult, if not impossible, to ignore the similarity between the structure of ss. 11(c) and 13 of the *Charter*, and the statutory approach apparent in s. 5 of the *Canada Evidence Act*. The two structures share a concern for the non-compellability of accused persons, and both seek to protect witnesses against self-incrimination by providing a form of use immunity. They principally differ in that s. 13 of the *Charter* omits that much criticized portion of s. 5(2) of the *Canada Evidence Act* which requires a witness to claim its protection: see *Dubois*, *supra*, at p. 360.

Thus, there are two aspects of s. 5(2) of the *Canada Evidence Act* which one might suppose have been constitutionalized in s. 13 of the *Charter*: first, a general rule of compellability for witnesses; second, a general rule that witnesses will be protected against self-incrimination through immunity protection rather than a privilege. The first polar view described above takes issue with

qu'«une fois ces valeurs identifiées, il serait encore possible d'avoir recours à ces règles [d'interprétation législative] à une étape ultérieure de l'analyse» (p. 570). C'est là une autre façon de dire que, dans un cas particulier, le résultat qu'aurait pu prescrire la règle *expressio unius* s'avère le même que celui que dicte une interprétation fondée sur l'objet visé.

Les garanties énumérées dans la *Charte* sont tout particulièrement importantes lorsque l'on examine le contexte général de notre système juridique. La pertinence de ce contexte relativement à un examen fondé sur l'art. 7 est incontestable: *Renvoi: Motor Vehicle Act de la C.-B.*, précité, à la p. 503. Par ailleurs, il est clair que l'examen peut porter non seulement sur le contexte de la common law ou le contexte constitutionnel, mais aussi sur le contexte législatif. Il est pertinent d'examiner les principes qui «animent la pratique législative et judiciaire au Canada»: *R. c. Lyons*, [1987] 2 R.C.S. 309, à la p. 327; voir aussi *R. c. Beare*, [1988] 2 R.C.S. 387, et *R. c. Seaboyer*, [1991] 2 R.C.S. 577.

Alors, je fais simplement une remarque qui a déjà été faite: il est difficile, voire impossible, d'ignorer la similitude entre l'économie de l'al. 11(c) et de l'art. 13 de la *Charte* et la méthode que le législateur semble avoir adoptée à l'art. 5 de la *Loi sur la preuve au Canada*. Dans les deux cas, on se soucie de ne pas contraindre les accusés à témoigner et on cherche à protéger les témoins contre l'auto-incrimination au moyen d'une forme d'immunité contre l'utilisation de la preuve. La différence entre les deux réside dans le fait que l'art. 13 de la *Charte* omet la partie fort critiquée du par. 5(2) de la *Loi sur la preuve au Canada* qui exige du témoin qu'il en revendique la protection: voir l'arrêt *Dubois*, précité, à la p. 360.

En conséquence, il y a deux aspects du par. 5(2) de la *Loi sur la preuve au Canada* qui, peut-on supposer, ont été constitutionnalisés à l'art. 13 de la *Charte*: premièrement, une règle générale de contraignabilité des témoins; deuxièmement, une règle générale voulant que les témoins soient protégés contre l'auto-incrimination au moyen d'une immunité plutôt que d'un privilège. Le premier des

113

114

115

the propriety of these general rules, or at least seeks to qualify them.

deux points de vue diamétralement opposés, que j'ai décrits plus haut, doute de l'opportunité de ces règles générales, ou cherche tout au moins à les atténuer.

116

With respect, then, to the proposition that there should be a right to silence which can be claimed by some, if perhaps not all, witnesses, the challenge is directed toward the general rule of compellability. In fairness, even the appellant, as I understand his position, would not go so far as to suggest all witnesses should have a right to stand mute. Or, at least, I have not been made aware of any common-law, statutory, or constitutional authority which has gone so far. With regard to the common law in particular, there was protection by way of non-compellability for accused persons, and protection by way of privilege for witnesses. But once the testimony of witnesses became admissible in court as an historical matter, witnesses were never, thereafter, protected by a non-compellability rule.

Alors, en toute déférence pour la proposition qu'il devrait y avoir un droit de garder le silence susceptible d'être revendiqué par certains témoins, voire tous, la contestation vise la règle générale de contraignabilité. En toute équité, même l'appelant, si je comprends bien sa position, n'irait pas jusqu'à laisser entendre que tous les témoins devraient avoir le droit de garder le silence. À tout le moins, on ne m'a pas informé d'aucun précédent de common law, sur le plan législatif ou en matière constitutionnelle qui soit allé si loin. En ce qui concerne la common law particulièrement, les accusés bénéficiaient d'une protection par voie de non-contraignabilité, et les témoins d'une protection par voie de privilège. Cependant, depuis l'époque de l'histoire où les témoignages sont devenus admissibles devant les tribunaux, les témoins n'ont jamais été protégés par une règle de non-contraignabilité.

117

Should this point require emphasis, I consider it instructive to compare the current text of s. 13 to an earlier version. As proclaimed, s. 13 provides protection to "[a] witness who testifies". In the Proposed Constitutional Resolution of October, 1980, however, the s. 13 right was to be afforded to "[a] witness . . . when compelled to testify": *The Canadian Constitution 1980: Proposed Resolution respecting the Constitution of Canada* (1980), at p. 18. In *Dubois, supra*, Lamer J. indicated that s. 13's legislative history demonstrates that it is intended to protect the voluntary witness (p. 360); see also *R. v. Staranchuk* (1982), 3 C.C.C. (3d) 138 (Sask. Q.B.), rev'd on other ground (1983), 8 C.C.C. (3d) 150 (Sask. C.A.). But surely that is all this legislative history demonstrates. In other words, by removing the reference to compellability in s. 13 of the *Charter*, the drafters presumably meant to extend its protection to witnesses other than witnesses who testify on compulsion. The absence of compellability language cannot have been meant to cast doubt upon the general rule that witnesses are compellable. To permit such doubt

Si ce point mérite qu'on s'y attarde, j'estime qu'il est intéressant de comparer le texte actuel de l'art. 13 avec une version antérieure. Tel que proclamé en vigueur, l'art. 13 protège l'auteur d'un témoignage. Dans le Projet de résolution concernant la Constitution, déposé en octobre 1980, le droit visé à l'art. 13 était ainsi formulé: «[c]hacon a droit, s'il est contraint de témoigner»: *La Constitution canadienne 1980: Projet de résolution concernant la Constitution du Canada* (1980), à la p. 19. Dans l'arrêt *Dubois*, précité, le juge Lamer indique que l'histoire législative de l'art. 13 démontre qu'il visait à protéger le témoin volontaire (p. 360); voir aussi *R. c. Staranchuk* (1982), 3 C.C.C. (3d) 138 (B.R. Sask.), inf. pour un autre motif (1983), 8 C.C.C. (3d) 150 (C.A. Sask.). Cependant, c'est sûrement la seule chose que démontre cette histoire législative. En d'autres termes, en éliminant la mention de la contraignabilité à l'art. 13 de la *Charte*, les rédacteurs ont présumément voulu protéger les témoins autres que ceux qui sont contraints à témoigner. On ne saurait avoir voulu, par l'absence de cette mention, jeter

would be to cast aside the state's usual right to demand evidence in the search for truth.

This suggests that compellability is a general rule, but it is germane to reiterate that the appellant only claims an exemption from this general rule. The exemption he proposes is status based. The appellant's primary contention is that "an individual charged with a criminal offence has a fundamental right to remain mute and not answer questions regarding their potential liability". As already mentioned, this contention amounts to an extension of the reasoning from *Hebert*, *supra*, where a right to silence was recognized for persons who have been detained. The contention requires careful consideration.

In *Hebert*, this Court developed a right to silence so that "[t]he suspect, although placed in the superior power of the state upon detention, retains the right to choose whether or not he will make a statement to the police" (p. 180). This was done on the theory that (at p. 181):

In keeping with the approach inaugurated by the *Charter*, our courts must adopt an approach to pre-trial interrogation which emphasizes the right of the detained person to make a meaningful choice and permits the rejection of statements which have been obtained unfairly in circumstances that violate that right of choice.

In the pre-trial interrogation context, a fundamental concern arises as to the omnipotence of the state, and we seek to avoid "abuses of power against the individual" (p. 183).

The pre-trial interrogation context of *Hebert* must be highlighted. In that context, the self-incrimination principle is affected in more than one way. It is not simply the effect of a pre-trial disclosure which endangers the principle, but also the purpose of the activity itself. One's status as "detained person" is relevant because it defines

un doute sur la règle générale voulant que tout témoin soit contraignable. Autoriser un tel doute reviendrait à écarter le droit que possède normalement l'État d'exiger la production d'éléments de preuve dans sa recherche de la vérité.

Ceci laisse entendre que la contraignabilité est une règle générale, mais il est pertinent de réitérer que l'appelant réclame seulement une exemption à cette règle générale. L'exemption qu'il propose est fondée sur sa situation. Il soutient principalement qu'[TRADUCTION] «une personne accusée d'une infraction criminelle a le droit fondamental de garder le silence et de ne pas répondre à des questions concernant sa responsabilité éventuelle». Comme je l'ai déjà mentionné, cet argument constitue une extension du raisonnement formulé dans l'arrêt *Hebert*, précité, où on a reconnu un droit de garder le silence aux personnes qui ont été détenues. Cet argument doit être examiné soigneusement.

Dans l'arrêt *Hebert*, notre Cour a formulé un droit de garder le silence, de sorte que «[b]ien qu'assujetti au pouvoir supérieur de l'État au moment de la détention, le suspect conserve le droit de choisir de faire ou non une déclaration aux policiers» (p. 180). Cela reposait sur la théorie suivante (à la p. 181):

Conformément à la méthode instaurée par la *Charte*, nos tribunaux doivent adopter à l'égard des interrogatoires qui précèdent le procès une démarche qui insiste sur le droit de la personne détenue de faire un choix utile et qui permette d'écarter les déclarations qui ont été obtenues de façon inéquitable dans des circonstances qui violent ce droit de choisir.

Dans le contexte d'un interrogatoire antérieur au procès, il existe une préoccupation fondamentale quant à la toute-puissance de l'État, et nous cherchons à éviter les «abus de pouvoir dont [est] victime un particulier» (p. 183).

Il faut mettre l'accent sur le contexte de l'interrogatoire antérieur au procès dont il était question dans l'arrêt *Hebert*. Dans ce contexte, le principe interdisant l'auto-incrimination est touché de plus d'une façon. Ce qui compromet le principe n'est pas simplement l'effet d'une divulgation antérieure au procès, mais encore l'objet de l'activité même.

118

119

120

when pre-trial interrogation begins. In this regard, McLachlin J. in *Hebert* distinguished between pre-trial interrogation, and pre-detention investigations (at p. 184):

Nor does the *Charter* extend the right to counsel to pre-detention investigations. The two circumstances are quite different. In an undercover operation prior to detention, the individual from whom information is sought is not in the control of the state. There is no need to protect him from the greater power of the state. After detention, the situation is quite different; the state takes control and assumes the responsibility of ensuring that the detainee's rights are respected.

Once detention arises, the state's power over the individual is such that a statement obtained in violation of the right to remain silent is self-conscriptive. But note that the agent who ignores the *Charter* right acts for the purpose of building a case against the accused. In the same way that s. 11(c) ensures that the accused will not have to participate in this purpose at trial, s. 7 acts to protect the accused prior to trial.

121 A very significant problem arises, however, when one attempts to transport *Hebert* uncritically to a context involving testimonial compulsion in established proceedings. In such a context, the accused person (or, one might just as easily say "the detained person", or "the suspect") would like to argue that, although the proceedings are not instituted for the purpose of obtaining self-conscriptive evidence, the proceedings will nonetheless have that effect. Based upon this logic, the accused demands special constitutional protection at such parallel proceedings.

122 To my mind, there is an inherent and serious flaw in this argument. Of course, it is well established that either an unconstitutional purpose or an unconstitutional effect can invalidate a provision, and so I take no issue with the appellant's effort to highlight an unconstitutional effect: *R. v. Big M*

La situation de «personne détenue» est pertinente parce qu'elle détermine quand commence l'interrogatoire antérieur au procès. À cet égard, dans l'arrêt *Hebert*, le juge McLachlin établit une distinction entre l'interrogatoire antérieur au procès et les enquêtes qui précèdent la détention (à la p. 184):

La *Charte* n'étend pas non plus le droit à l'assistance d'un avocat aux enquêtes qui précèdent la détention. Les deux situations sont très différentes. Au cours d'une opération secrète qui précède la détention, la personne de qui l'on tente d'obtenir des renseignements n'est pas sous le contrôle de l'État. Il n'y a aucune raison de la protéger du pouvoir supérieur de l'État. Après la mise en détention, la situation est tout à fait différente; l'État prend le contrôle et a la responsabilité de garantir que les droits du détenu sont respectés.

Dès qu'il y a détention, le pouvoir de l'État sur la personne détenue est tel qu'une déclaration obtenue contrairement au droit de garder le silence est considérée comme ayant été obtenue en mobilisant cette personne contre elle-même. Cependant, il faut noter que l'agent qui ne tient pas compte du droit garanti par la *Charte* agit dans le but de constituer une preuve contre l'accusé. De même que l'al. 11c) garantit à l'accusé qu'il n'aura pas à participer à cette fin au cours du procès, l'art. 7 a pour effet de protéger l'accusé avant le procès.

Cependant, un problème très important se pose lorsque l'on tente d'appliquer, de façon non critique, l'arrêt *Hebert* à un contexte de contrainte à témoigner dans des procédures instituées. Dans ce contexte, l'accusé (ou l'on pourrait tout aussi bien dire «le détenu» ou «le suspect») aimerait faire valoir que, même si les procédures ne sont pas engagées dans le but d'obtenir des éléments de preuve en le mobilisant contre lui-même, elles auront néanmoins cet effet. Selon cette logique, l'accusé exige une protection constitutionnelle spéciale pendant ces poursuites parallèles.

À mon avis, cet argument est entaché d'un vice inhérent et sérieux. Certes, il est bien établi qu'une disposition peut être invalidée si elle vise une fin inconstitutionnelle ou si elle a un effet inconstitutionnel, et c'est pourquoi je ne m'oppose pas aux efforts de l'appellant pour faire ressortir l'existence

Drug Mart Ltd., [1985] 1 S.C.R. 295. The problem, however, is that the self-conscriptive effect identified by the appellant is precisely the same effect which confronts every witness who is compellable and who must answer questions pursuant to s. 5 of the *Canada Evidence Act*. The accused person, the detainee, the suspect, the compelled or voluntary witness for the prosecution, and the compelled or voluntary witness for the defence, all confront an identical hazard. Once it is determined that a proceeding lacks the flavour of pre-trial interrogation, the fact of status devolves into meaninglessness. Detention becomes indicative of purpose; detention has nothing exclusive to say about effects.

The most important authority which might be advanced to support a contrary view, namely, *Batary v. Attorney General for Saskatchewan*, [1965] S.C.R. 465, has enjoyed a history of mutilation which effectively makes my point. I will consider that decision immediately below. Before I do so, however, I wish to emphasize that, irrespective of whether one considers *Batary* to be correctly or incorrectly decided, and irrespective of whether one believes that, in post-*Charter* terms, *Batary* reflects a worthwhile principle, *Batary* is only meaningful at this stage of the inquiry if it supports a rule against self-incrimination which is based upon the status of the person whose evidence is sought to be compelled.

In *Batary*, a provincial coroner's inquest had the power to compel testimony from any person: *The Coroners Act*, R.S.S. 1953, c. 106, s. 15 (as am. by S.S. 1960, c. 14, s. 3). Cartwright J. for the majority first examined the English history of the coroner's inquest, and concluded that the received law of Saskatchewan included the English criminal-law proposition that "a person charged with murder and awaiting trial could not be compelled to testify at an inquest into the death of the deceased with whose murder he was charged" (p. 475). In the opinion of Cartwright J., this rule of non-compellability was not altered by any intervening fed-

d'un effet inconstitutionnel: *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 R.C.S. 295. Cependant, le problème découle du fait que l'effet de mobilisation contre soi-même que mentionne l'appelant est précisément le même auquel est exposé tout témoin qui est contraignable et tenu de répondre à des questions en vertu de l'art. 5 de la *Loi sur la preuve au Canada*. L'accusé, la personne détenue, le suspect, le témoin contraint ou volontaire du ministère public, ainsi que le témoin contraint ou volontaire de la défense, courent tous un risque identique. Une fois établi qu'une procédure ne constitue pas un interrogatoire avant le procès, la question de la situation de la personne devient dénuée de sens. La détention devient indicative de l'objet; la détention n'apporte rien d'exclusif quant aux effets.

L'arrêt le plus important qui puisse être invoqué à l'appui d'un point de vue contraire, savoir *Batary c. Attorney General for Saskatchewan*, [1965] R.C.S. 465, a fait l'objet de nombreuses critiques qui me donnent raison en réalité. J'examinerai cet arrêt dans les paragraphes qui suivent. Cependant, je tiens tout d'abord à faire ressortir que, peu importe qu'on le considère comme correct ou incorrect ou que l'on croie qu'il représente encore un principe valable depuis l'adoption de la *Charte*, l'arrêt *Batary* n'est utile à ce stade-ci de l'analyse que s'il appuie une règle interdisant l'auto-incrimination fondée sur la situation de la personne que l'on veut contraindre à témoigner.

Dans l'arrêt *Batary*, un coroner provincial avait le pouvoir de contraindre toute personne à témoigner: *The Coroners Act*, R.S.S. 1953, ch. 106, art. 15 (mod. par S.S. 1960, ch. 14, art. 3). Le juge Cartwright a tout d'abord examiné, au nom de la majorité, l'historique anglais de l'enquête du coroner et a conclu que la règle admise en Saskatchewan incluait la proposition du droit criminel anglais, selon laquelle [TRADUCTION] «une personne accusée de meurtre et attendant son procès ne pouvait pas être contrainte de témoigner à l'enquête relativement au décès de la personne dont elle était accusée d'avoir causé la mort» (p. 475). De l'avis du juge Cartwright, cette règle de la non-contraignabilité n'avait été modifiée par aucun

eral enactment in this country. With respect to the provincial provision, he then reasoned (at p. 478):

Such legislation trenches upon the rule expressed in the maxim *nemo tenetur seipsum accusare* which has been described (by Coleridge J. in *R. v. Scott*) as “a maxim of our law as settled, as important and as wise as almost any other in it.”

Cartwright J. concluded that the Saskatchewan compellability provision was *ultra vires* legislation enacted in relation to the criminal law including the procedure in criminal matters: *Constitution Act, 1867*, s. 91(27). A rule of law, applicable to accused persons, was thus perceived to be born: W. Henkel, “Competency, Compellability and Coroners’ Courts” (1970), 12 *Crim. L.Q.* 166.

texte législatif fédéral adopté entre-temps au Canada. En ce qui concerne la disposition adoptée par la province, il fait ensuite le raisonnement suivant (à la p. 478):

[TRADUCTION] Une telle mesure législative enfreint la règle exprimée dans la maxime *nemo tenetur seipsum accusare* qui a été décrite (par le juge Coleridge dans l’arrêt *R. c. Scott*) comme «une maxime de notre droit qui est tout aussi bien établie, importante et judicieuse que pratiquement n’importe quelle autre.»

Le juge Cartwright a conclu que cette disposition de la Saskatchewan en matière de contraignabilité était une mesure législative inconstitutionnelle qui avait été adoptée relativement au droit criminel, y compris la procédure en matière criminelle: *Loi constitutionnelle de 1867*, par. 91(27). On estimait qu’une règle de droit applicable aux accusés avait vu le jour: W. Henkel, «Competency, Compellability and Coroners’ Courts» (1970), 12 *Crim. L.Q.* 166.

125

My difficulty, however, lies in making the association Cartwright J. made between the *nemo tenetur* maxim — which I have here reformulated into the principle against self-incrimination — and a rule against compellability which derives from a witness’s status as accused person in other proceedings. In particular, if the principle against self-incrimination abhors the notion that an accused person can be compelled in separate proceedings, one wonders how *Batary* can be rationalized in the pre-*Charter* context with the proposition, not then disputed, that accused persons either jointly or separately indicted, but separately tried on a charge, were compellable at each other’s trials. This point appears, for example, in *Re Regan*, [1939] 2 D.L.R. 135 (N.S.C.A.), cited by both the majority and dissent in *Batary*, *supra*.

Cependant, j’éprouve de la difficulté à saisir le rapport que le juge Cartwright établit entre la maxime *nemo tenetur* — que j’ai reformulée en l’espèce en principe interdisant l’auto-incrimination — et une règle interdisant la contraignabilité qui découle de la situation d’un témoin qui est accusé dans d’autres procédures. En particulier, si le principe interdisant l’auto-incrimination rejette l’idée qu’un accusé puisse être contraint à témoigner dans des procédures distinctes, on se demande comment l’arrêt *Batary*, dans le contexte antérieur à la *Charte*, peut être concilié avec la proposition, incontestée à l’époque, selon laquelle des personnes accusées conjointement ou séparément, mais jugées séparément relativement à une accusation, pouvaient être contraintes à témoigner au procès de leurs coaccusés. Cette remarque figure notamment dans l’affaire *Re Regan*, [1939] 2 D.L.R. 135 (C.A.N.-É.), et est citée à la fois par la Cour à la majorité et le juge dissident dans l’arrêt *Batary*, précité.

126

Moreover, if the principle against self-incrimination would take issue with the compellability of a person accused of an offence, would it not also take issue with the compellability of a suspect? It is difficult to believe that a principle as supposedly

Par ailleurs, si le principe interdisant l’auto-incrimination s’opposait à la contraignabilité d’une personne accusée d’une infraction, ne s’opposerait-il pas aussi à la contraignabilité d’un suspect? Il est difficile de croire qu’un principe prétendument

fundamental as the principle against self-incrimination would be susceptible to easy manipulation through the timing of a formal charge. As Estey J. noted in *Attorney General of Quebec and Keable v. Attorney General of Canada*, *supra*, the circumstances which control the timing of an indictment may be "accidental or at least undirected" (p. 256). Moreover, as Ratushny has noted, defence counsel operating under such a rule of law might have been well advised to "[lay] an information against his own client!" (*Self-Incrimination in the Canadian Criminal Process*, *supra*, at p. 362).

And, in any event, in the next relevant case after *Batary*, *supra*, namely, *Faber v. The Queen*, [1976] 2 S.C.R. 9, this Court confined *Batary* to its facts in this regard. According to de Grandpré J., a witness compelled to testify before a coroner's inquest in Quebec could not complain because (at pp. 21-22):

In the case at bar appellant, at the time he was required to testify, had not been charged with any offence as a result of the death of Csoman, and as a matter of fact no charge has been brought against him to date. In my view the effect of this fundamental difference is that *Batary* has no application to the case at bar.

There is no doubt that in distinguishing *Batary* in this fashion, this Court rejected an analogy between persons charged with an offence and mere suspects, that is, persons likely to be charged with an offence: see *Di Iorio*, *supra*, at pp. 216-17.

Given the obvious contradictions between *Batary* on the one hand, and cases like *Regan*, *supra*, *Faber*, *supra*, and *Di Iorio*, *supra*, on the other, it cannot be seriously contended that there has been any coherent recognition of a non-compellability rule which attaches to the status of a person without regard for the character of the proceedings in which testimony is sought to be compelled. It may be that *Batary* simply reflects an anomalous rule from history. Or, it may be that there is considerable doubt as to the correctness of

aussi fondamental que le principe interdisant l'auto-incrimination pourrait être facilement manipulé grâce au moment choisi pour porter une accusation formelle. Comme le juge Estey l'a fait remarquer dans l'arrêt *Procureur général du Québec et Keable c. Procureur général du Canada*, précité, les circonstances qui entourent le moment du dépôt d'un acte d'accusation peuvent être «fortuite[s] ou du moins indirecte[s]» (p. 256). De plus, comme l'a souligné Ratushny, l'avocat de la défense qui agit en vertu d'une telle règle de droit aurait pu être bien avisé de [TRADUCTION] «déposer une dénonciation contre son propre client!» (*Self-Incrimination in the Canadian Criminal Process*, *op. cit.*, à la p. 362).

Quoi qu'il en soit, dans l'arrêt *Faber c. La Reine*, [1976] 2 R.C.S. 9, le premier arrêt d'intérêt après l'arrêt *Batary*, précité, notre Cour a limité, à cet égard, la portée de l'arrêt *Batary* aux faits qui lui étaient propres. Selon le juge de Grandpré, un témoin contraint à témoigner au cours d'une enquête du coroner au Québec ne pouvait se plaindre pour le motif suivant (aux pp. 21 et 22):

En l'espèce, l'appelant au moment où il fut invité à rendre témoignage, n'était pas accusé de quoi que ce soit par suite de la mort de Csoman et comme question de fait, jusqu'à ce jour, aucune accusation n'a été portée contre lui. Cette différence fondamentale fait qu'à mon avis l'arrêt *Batary* n'a aucune application en l'espèce.

Il n'y a pas de doute qu'en faisant cette distinction avec l'arrêt *Batary*, notre Cour a rejeté l'existence d'une analogie entre un inculpé et un simple suspect, c'est-à-dire une personne susceptible d'être inculpée: voir l'arrêt *Di Iorio*, précité, aux pp. 216 et 217.

Compte tenu des contradictions évidentes entre, d'une part, l'arrêt *Batary* et, d'autre part, des arrêts comme *Regan*, *Faber* et *Di Iorio*, précités, on ne peut sérieusement soutenir qu'il y a eu reconnaissance logique de l'existence d'une règle de non-contraincibilité se rattachant à la situation d'une personne sans égard à la nature des procédures dans lesquelles on veut la contraindre à témoigner. Il se peut que l'arrêt *Batary* reflète simplement une règle anormale tirée de l'histoire. Il se peut également qu'il existe d'importants doutes quant à

Cartwright J.'s summary of English law in *Batary*, *supra*. In this regard, I note the following criticisms advanced by Ratushny:

On the historical aspect of the judgment, it is perhaps significant that no authority was cited indicating that the accused could *not* be called as a witness at an inquest. Rather, the negative approach was taken, that no case had been cited in which that had happened. But if the person's status as an accused is irrelevant, there would be no reason to mention it.

Perhaps what is more important in this context, is the state of the law with respect to witnesses historically. It will be recalled that at common law, a witness did not merely have protection against his testimony being used at a future proceeding. He could *refuse to answer*. In these circumstances, there would be little point in calling an accused, or even a suspect, as a witness. It is submitted that this is the true significance of the passage quoted by Cartwright J. from *Jervis on Coroners*, to the effect that an order to compel a person to attend before a coroner and jury:

... will generally be made if the prisoner is not the party under accusation; *or, if he is accused or suspected, then when he is desirous of making a statement*, and perhaps also when his presence is requisite for the purpose of identification.

The passage recognizes that an accused can be compelled, but also recognizes the futility of calling him, unless there is an indication that he will waive his right to refuse to answer. [Emphasis in original.]

(“Is There a Right Against Self-Incrimination in Canada”, *supra*, at p. 58.)

129 Like Ratushny, I am concerned that this Court in *Batary* fundamentally confused two kinds of authorities: first, authorities which recognized the practical futility of calling an accused to testify in parallel proceedings about the subject matter of a charge, in recognition of the common-law testimonial privilege; and, second, possibly non-existent authorities which might establish a rule of law to the effect that persons with a certain status are not compellable in parallel proceedings. Especially instructive in this regard is Cartwright J.'s citation of *R. v. Scorey* (1748), 1 Leach 43, 168 E.R. 124,

l'exactitude du résumé que le juge Cartwright fait du droit anglais dans l'arrêt *Batary*, précité. Sur ce point, je cite les critiques formulées par Ratushny:

[TRADUCTION] Pour ce qui est de l'aspect historique de l'arrêt, il est peut-être important de souligner que l'on n'y cite aucun précédent indiquant que l'accusé *ne* pouvait être assigné à témoigner au cours d'une enquête. On a plutôt procédé par la négative en précisant qu'on n'avait cité qu'aucune décision dans laquelle cela s'était produit. Cependant, si la situation de la personne, en tant qu'accusée, n'est pas pertinente, il n'y a aucun motif d'en parler.

Ce qui importe peut-être le plus dans ce contexte, c'est l'état historique du droit relativement aux témoins. On se rappellera qu'en common law, un témoin ne bénéficiait pas simplement d'une protection contre l'utilisation de son témoignage au cours de procédures futures. Il pouvait *refuser de répondre*. Dans ces circonstances, il n'y avait guère d'intérêt à assigner un accusé, ou même un suspect, à témoigner. On soutient que c'est là la véritable signification de l'extrait de *Jervis on Coroners*, que le juge Cartwright a cité, selon lequel l'ordre de contraindre une personne à se présenter devant un coroner et un jury:

... sera généralement donné si le prisonnier n'est pas la partie accusée, *ou, dans le cas où il est accusé ou suspect, s'il désire faire une déclaration*, et peut-être encore si sa présence est requise pour fins d'identification.

Ce passage reconnaît la contraignabilité d'un accusé, mais aussi la futilité de l'assigner, à moins d'indication qu'il renoncera à son droit de refuser de répondre. [En italique dans l'original.]

(«Is There a Right Against Self-Incrimination in Canada», *loc. cit.*, à la p. 58.)

À l'instar de Ratushny, je crains que notre Cour, dans l'arrêt *Batary*, ait essentiellement confondu deux types de précédents: premièrement, ceux qui reconnaissent que, compte tenu du privilège testimonial en common law, il est en pratique futile d'assigner un accusé à témoigner dans des procédures parallèles portant sur l'objet d'une accusation; deuxièmement, des précédents, peut-être inexistantes, qui pourraient établir une règle de droit prévoyant que des personnes se trouvant dans une certaine situation ne peuvent être contraintes à témoigner dans des procédures parallèles. Il est

and *Wakley v. Cooke* (1849), 4 Ex. 511, 154 E.R. 1316, and his statement that (at p. 474):

There is nothing in the judgments in either of these cases to suggest that a person charged with the murder of a person into whose death an inquest was being held could be compelled to testify at such inquest.

With respect, I must disagree. In *Wakley, supra*, Pollock C.B. impugned the practice of the Middlesex coroners which led those coroners to refuse testimony from accused persons and suspects, and he did so in clear terms (at p. 1318 E.R.):

Such a practice, no doubt, is not correct, and it is to be hoped that it will be discontinued hereafter. It is manifestly contrary to the law of the land; and it is quite clear that the evidence of a man ought never to be excluded in an investigation before a coroner, on the ground that he may criminate himself, for it is not right to assume that he is guilty; and the witness may guard his own interests in giving his evidence. [Emphasis added.]

In other words, the authorities relied upon by Cartwright J. in *Batary* to support the proposition that accused persons were not compellable by coroners in England go some distance toward proving the opposite point, namely, that the compellability of persons was defined not by their status in parallel proceedings, but rather by their status in the proceedings where testimony was desired.

Having made these points, I will go no further toward impugning the result in *Batary*, and I am not of a mind to overrule it. On its facts, it is noteworthy that an accused's preliminary inquiry in *Batary* was adjourned at the instance of an Attorney General so that a coroner's inquest into the very same matter might be conducted, and so that the accused might be therefore compelled to testify. Cartwright J.'s policy objection to this state of affairs has no little significance in relation to a principle against self-incrimination. He stated (at p. 476):

particulièrement intéressant de noter, à cet égard, la citation que le juge Cartwright fait des arrêts *R. c. Scorey* (1748), 1 Leach 43, 168 E.R. 124, et *Wakley c. Cooke* (1849), 4 Ex. 511, 154 E.R. 1316, ainsi que sa déclaration selon laquelle (à la p. 474):

[TRADUCTION] Ces arrêts ne laissent aucunement entendre qu'une personne accusée du meurtre d'une personne dont la mort fait l'objet d'une enquête peut être assignée à témoigner à cette enquête.

En toute déférence, je ne suis pas d'accord. Dans l'arrêt *Wakley*, précité, le baron en chef Pollock a clairement attaqué la pratique des coroners de Middlesex, qui les amenait à refuser le témoignage des accusés et des suspects (à la p. 1318 E.R.):

[TRADUCTION] Il n'y a pas de doute que cette pratique n'est pas correcte et il est à souhaiter qu'elle sera abandonnée après la présente décision. Elle est manifestement contraire à la loi du pays, et il est tout à fait clair que le témoignage d'une personne ne devrait jamais être exclu au cours d'une enquête du coroner pour le motif qu'il est susceptible de l'incriminer, car il n'est pas juste de supposer qu'elle est coupable; enfin, le témoin peut veiller à ses propres intérêts lorsqu'il témoigne. [Je souligne.]

En d'autres termes, la jurisprudence que le juge Cartwright a mentionnée, dans l'arrêt *Batary* pour soutenir que les coroners en Angleterre ne pouvaient pas contraindre des accusés à témoigner contribue dans une certaine mesure à prouver le contraire, savoir que la contraignabilité d'une personne était déterminée non pas par sa situation dans des procédures parallèles, mais plutôt par sa situation dans les procédures au cours desquelles on voulait qu'elle témoigne.

Ceci dit, je n'attaquerai pas davantage le résultat de l'arrêt *Batary*, et je n'envisage pas de l'infirmer. Il convient de noter que, d'après les faits de cet arrêt, l'enquête préliminaire d'un accusé avait été suspendue à la demande d'un procureur général pour qu'une enquête du coroner soit menée sur la même question et pour que l'accusé puisse donc être contraint à y témoigner. L'objection de principe formulée à ce sujet par le juge Cartwright est tout à fait pertinente relativement à un principe interdisant l'auto-incrimination (à la p. 476):

It would be a strange inconsistency if the law which carefully protects an accused from being compelled to make any statement at a preliminary inquiry should permit that inquiry to be adjourned in order that the prosecution be permitted to take the accused before a coroner and submit him against his will to examination and cross-examination as to his supposed guilt. In the absence of clear words in an Act of Parliament or other compelling authority I am unable to agree that that is the state of the law.

It must be noted, of course, that Cartwright J. in this passage acknowledged the pre-*Charter* supremacy of Parliament in respect, even, of such "a strange inconsistency" as he perceived, and he did not have available to him any free-floating principle against self-incrimination which he might have used to combat it. But, since he was confronted with provincial legislation, he could command a division-of-powers analysis, and he may have used that analysis to "incorporate into the federalism issue a partial 'protection of rights' analysis": Ontario Law Reform Commission, *Report on Public Inquiries* (1992), at p. 73.

[TRADUCTION] Ce serait une étrange contradiction que la loi écarte avec tant de soin le témoignage obligatoire à l'enquête préliminaire, et qu'elle permette par ailleurs que cette enquête soit ajournée pour que la poursuite puisse amener l'accusé devant un coroner et le soumettre contre sa volonté à un interrogatoire et à un contre-interrogatoire sur sa prétendue culpabilité. En l'absence de mots précis dans une loi du Parlement ou émanant d'une autre autorité compétente, tel n'est pas l'état du droit.

Il faut bien entendu souligner que le juge Cartwright reconnaît, dans ce passage, la suprématie dont jouissait le Parlement avant l'adoption de la *Charte*, même relativement à ce qu'il percevait comme [TRADUCTION] «une étrange contradiction», et qu'il ne disposait d'aucun principe distinct interdisant l'auto-incrimination dont il aurait pu se servir pour la contrer. Cependant, puisqu'il devait se prononcer sur une loi provinciale, il pouvait commander une analyse fondée sur le partage des pouvoirs, et s'en servir pour [TRADUCTION] «incorporer dans la question du fédéralisme une analyse partielle de la «protection des droits»»: Commission de réforme du droit de l'Ontario, *Report on Public Inquiries* (1992), à la p. 73.

131 Whether or not the *Charter* might respond to the policy objection voiced in *Batary* is not, however, the issue confronting me now. As indicated above, the problem which *Batary* does not resolve is this: there is no logical reason to distinguish for s. 7 purposes between persons on the basis of a status defined in parallel proceedings, in so far as a testimonial compulsion in other proceedings is concerned. If a statutory compulsion, as applied to two individuals, will result in each divulging the same information on the stand, and if that information is similarly inculpatory for each, why should the two receive different kinds of *Charter* protection? In my opinion, they should not.

Je n'ai pas en l'espèce à déterminer si la *Charte* pourrait répondre à l'objection de principe formulée dans l'arrêt *Batary*. Comme je l'ai déjà indiqué, l'arrêt *Batary* ne résout pas le problème suivant: pour les fins de l'art. 7, il n'y a aucune raison logique d'établir, entre des personnes, une distinction fondée sur leur situation dans des procédures parallèles, aux fins de déterminer leur contraignabilité à témoigner dans d'autres procédures. Si la loi contraint à témoigner deux personnes qui divulgueront chacune les mêmes renseignements lorsqu'elles seront à la barre, et si ces renseignements sont tout autant incriminants pour l'une que pour l'autre, pourquoi devraient-elles bénéficier de deux types différents de protection en vertu de la *Charte*? À mon avis, elles ne devraient pas.

132 If one accepts this proposition, then the available options become easier to manage. It becomes clear, for example, that if the principle against self-incrimination, as it is applied to an accused person or a suspect at parallel proceedings, can be satisfied by nothing less than a right to silence, then

Si l'on accepte cet argument, il devient plus facile d'examiner les options qui s'offrent. Par exemple, si l'application du principe interdisant l'auto-incrimination à un accusé ou à un suspect dans des procédures parallèles, ne peut être respecté par rien de moins que le droit de garder le

that right to silence must be available to all persons, since the question of status is irrelevant. I have already suggested above that this deafening silence finds no support anywhere, and it ought to be rejected.

What about a return to the common-law position? I have noted that both Ratushny and Mewett favour this view. Ratushny, for his part, has discussed how a modified form of the rule from *Batary, supra*, might be developed, such that a person charged with an offence would have the common-law privilege against self-incrimination. But, as I have noted above, Ratushny recognized that by logical extension the common-law testimonial privilege for witnesses would result:

If such a protection is to be restored to persons who have already been charged, is there any logical reason for not extending it to persons who are *likely* to be charged or who *could* be charged? Without such an extension, the Crown could simply postpone the laying of charges until the suspect had completed his testimony at the other hearing. This appears to have been the situation, for example, in the *Johansen* case.

If the proposed provision were to be extended to persons who are not yet charged, we would be back, essentially, to the common law position. A witness would be permitted to refuse to answer any question on the ground that it might tend to incriminate him of a criminal offence. [Emphasis in original.]

(*Self-Incrimination in the Canadian Criminal Process, supra*, at pp. 393-94.)

It is in respect of this argument, that is, the argument that we should retreat to the common-law position, that I consider it doubly important to have primary regard for the structure of the *Charter*. I agree, for the reasons variously expressed in *Thomson Newspapers, supra*, that we must take care to guard against defining the principles of fundamental justice in overreliance upon a legislative position, even a position of long standing. However, to contend that s. 7 of the *Charter* demands a testimonial privilege for all witnesses is

silence, alors il devient évident que ce droit au silence doit pouvoir être invoqué par tous puisque la question de la situation n'est pas pertinente. J'ai déjà laissé entendre plus haut, que ce silence fracassant ne trouve aucun appui nulle part, et qu'il doit être rejeté.

Qu'en est-il d'un retour à la position de common law? J'ai remarqué que Ratushny et Mewett favorisent tous deux ce point de vue. Ratushny, quant à lui, a examiné comment on pourrait modifier la règle formulée dans l'arrêt *Batary*, précité, de sorte qu'une personne accusée d'une infraction puisse invoquer le privilège de common law de ne pas s'incriminer. Cependant, comme je l'ai déjà fait remarquer, Ratushny a reconnu que, par extension logique, le privilège du témoin, reconnu en common law, serait applicable:

[TRADUCTION] Si l'on rétablit cette protection pour les personnes qui ont déjà été accusées, existe-t-il une raison logique de ne pas l'accorder aux personnes qui seront *vraisemblablement* accusées ou qui *pourraient* l'être? Sans cette extension, le ministère public pourrait simplement retarder le dépôt des accusations jusqu'à ce que le suspect ait fini de témoigner à l'autre audience. Cela paraît avoir été le cas, par exemple, dans l'affaire *Johansen*.

Si la disposition proposée devait être appliquée aux personnes qui n'ont pas encore été accusées, nous retournerions essentiellement à la position de common law. Un témoin serait autorisé à refuser de répondre à une question pour le motif qu'elle pourrait tendre à l'incriminer d'une infraction criminelle. [En italique dans l'original.]

(*Self-Incrimination in the Canadian Criminal Process, op. cit.*, aux pp. 393 et 394.)

C'est relativement à cet argument du retour à la position de common law que je considère comme doublement important de tenir compte d'abord de l'économie de la *Charte*. Pour les divers motifs exprimés dans *Thomson Newspapers*, précité, je reconnais qu'il nous faut veiller à ne pas nous fonder excessivement sur une position législative, même ancienne, pour définir les principes de justice fondamentale. Cependant, soutenir que l'art. 7 de la *Charte* exige que tous les témoins bénéficient du privilège du témoin revient à dire que les rédac-

to suggest that the framers of our Constitution misunderstood the nature of s. 5 of the *Canada Evidence Act* and simply forgot to include a provision in the *Charter* comparable to the Fifth Amendment of the United States Constitution. That is a proposition which I cannot accept.

135 Indeed, it is clear that Canada repeatedly resolved to maintain a position whereby witnesses are able to claim a protective mechanism which admits of certain application and which has a defined reach. While the longevity of the *Canada Evidence Act* approach is perhaps not a determinative consideration, its longevity has particular significance when one considers that the Canadian position has been the subject of unending scrutiny which it has always survived. The considered opinion of the legal community in this country has repeatedly advocated its retention: see, e.g., Law Reform Commission of Canada, Working Paper 17, *Commissions of Inquiry: A New Act* (1977), at pp. 36-37; and *Report of the Federal/Provincial Task Force on Uniform Rules of Evidence*, *supra*, at pp. 438-39. Even the Canadian Committee on Corrections, quoted above as suggesting that an absence of derivative-use immunity bestows a "powerful weapon" upon Canadian law enforcement, did not advocate a return to the common-law position. Instead, in the pre-*Charter* context, the only change repeatedly recommended is the one s. 13 of the *Charter* obviously embodies, namely, the abolition of the requirement for witnesses to claim immunity protection.

136 In short, the structure of the *Charter* demonstrates an obvious attempt to enact in constitutional form the same structural protection against self-incrimination for witnesses which existed historically. The protection envisioned involves a general rule of witness compellability, coupled with an evidentiary immunity. Even Ratushny, who argues for new protection, admits that the *Charter's* structure was intended to reproduce the pre-existing approach: "The Role of the Accused in the Crimi-

teurs de notre Constitution ont mal saisi la nature de l'art. 5 de la *Loi sur la preuve au Canada* et qu'ils ont tout simplement oublié d'inclure dans la *Charte* une disposition comparable au Cinquième amendement de la Constitution américaine. Je ne puis souscrire à cet argument.

En fait, il est clair que le Canada, à maintes reprises, a décidé de maintenir une position qui permet aux témoins de revendiquer un mécanisme de protection applicable dans certains cas et d'une portée définie. Même si la longévité de la démarche adoptée dans la *Loi sur la preuve au Canada* n'est peut-être pas un facteur déterminant, elle revêt une importance particulière si l'on tient compte du fait que la position canadienne a fait l'objet d'analyses interminables auxquelles elle a toujours survécu. Le milieu juridique au Canada a préconisé, à maintes reprises, le maintien de cette position, après mûre réflexion: voir, par exemple, Commission de réforme du droit du Canada, Document de travail 17, *Les commissions d'enquête: une nouvelle loi* (1977), aux pp. 38 et 39; et le rapport du Groupe de travail fédéral-provincial sur l'uniformisation des règles de preuve, *op. cit.*, aux pp. 488 et 489. Même le Comité canadien de la réforme pénale et correctionnelle qui, d'après la citation susmentionnée, laisse entendre que l'absence d'immunité contre l'utilisation de la preuve dérivée fournit une «puissante arme» à ceux qui ont charge de faire respecter l'ordre au Canada, n'a pas préconisé un retour à la position de common law. Avant l'adoption de la *Charte*, la seule modification, maintes fois recommandée, est plutôt celle que l'art. 13 renferme de toute évidence, savoir l'abolition de la nécessité pour le témoin de revendiquer l'immunité.

Bref, il ressort de l'économie de la *Charte* que l'on a de toute évidence tenté d'y constitutionnaliser la même protection structurelle contre l'auto-incrimination dont les témoins bénéficiaient historiquement. La protection envisagée comporte une règle générale de contraignabilité des témoins, assortie d'une immunité relative à la preuve. Même Ratushny, qui est en faveur d'une nouvelle protection, reconnaît que la *Charte*, de par son économie, visait à reproduire la démarche préexis-

nal Process”, *supra*, at p. 486; see also Paciocco, *supra*, at pp. 445-46. I am driven to agree with the sentiment ably expressed in *Re Transpacific Tours Ltd. and Director of Investigation & Research* (1985), 24 C.C.C. (3d) 103 (B.C.S.C.), by Lysyk J. (at pp. 121-22):

The Charter’s draftsmen would have been mindful . . . of the fact that the broad common-law privilege against self-incrimination had effectively been set aside in Canada decades ago by the predecessor provisions of what is now s. 5 of the *Canada Evidence Act* . . .

The form of limited protection against self-incrimination afforded by those enactments is deeply ingrained in the Canadian justice system. Had the framers of the Charter wished to revert to the position at common law . . . it is difficult to understand why they would have elected to achieve this objective in such oblique fashion — through the general language of s. 7 — instead of addressing the matter directly in s. 13 itself.

Like La Forest J. in *Thomson Newspapers*, *supra*, I must infer that the American model, “complete with all its residual doctrines” (p. 538), was specifically considered and rejected. See also *Haywood Securities Inc. v. Inter-Tech Resource Group Inc.* (1985), 24 D.L.R. (4th) 724 (B.C.C.A.).

To pause for a moment, I distinguish this analysis from the analysis in *Hebert*, *supra*. In that case, a residual role for s. 7 was recognized which operated to protect s. 11(d), and which gave effect to the *Charter* as a coherent system. To use s. 7 for the purposes here suggested, namely, as the repository for an absolute right to silence or for the common-law witness privilege, would do violence to that system. It would become difficult to account for the existence of s. 13. This is not *expressio unius* construction. This is an effort to respect an obvious intention.

Indeed, by rejecting the polar positions associated with the right to silence and the privilege

tante: «Le rôle de l’accusé dans la poursuite criminelle», *loc. cit.*, aux pp. 543 et 544; voir aussi Paciocco, *op. cit.*, aux pp. 445 et 446. Je suis porté à être d’accord avec le sentiment fort bien exprimé par le juge Lysyk dans l’affaire *Re Transpacific Tours Ltd. and Director of Investigation & Research* (1985), 24 C.C.C. (3d) 103 (C.S.C.-B.), aux pp. 121 et 122:

[TRADUCTION] Les rédacteurs de la Charte auraient tenu compte [. . .] du fait que le privilège général de ne pas s’incriminer, reconnu en common law, avait, il y a plusieurs décennies, effectivement été écarté au Canada par la disposition qui a précédé l’actuel art. 5 de la *Loi sur la preuve au Canada* . . .

Cette forme de protection limitée contre l’auto-incrimination, qu’offrent ces textes législatifs, est fortement ancrée dans le système de justice canadien. Si les rédacteurs de la Charte avaient voulu revenir à une position de common law [. . .] il est difficile de saisir pourquoi ils auraient choisi d’atteindre cet objectif de façon si indirecte — par le texte général de l’art. 7 — plutôt que de le faire directement à l’art. 13 même.

À l’instar du juge La Forest dans *Thomson Newspapers*, précité, je dois déduire que le modèle américain, «assorti de toutes ses théories résiduelles» (p. 538), a été explicitement examiné et rejeté. Voir aussi l’arrêt *Haywood Securities Inc. c. Inter-Tech Resource Group Inc.* (1985), 24 D.L.R. (4th) 724 (C.A.C.-B.).

Je m’arrête un instant pour faire une distinction entre la présente analyse et celle de l’arrêt *Hebert*, précité. Dans cet arrêt, on a reconnu à l’art. 7 un rôle résiduel qui avait pour effet de protéger l’al. 11(d), et mettait à exécution la *Charte* en tant que système cohérent. Utiliser l’art. 7 pour les fins proposées en l’espèce, savoir comme garantissant un droit absolu de garder le silence ou le privilège du témoin reconnu en common law, irait à l’encontre de ce système. Il deviendrait difficile de justifier l’existence de l’art. 13. Il s’agit non pas d’une interprétation *expressio unius*, mais bien d’un effort de respecter une intention évidente.

En fait, lorsque je rejette les positions diamétralement opposées qui ont été formulées à l’égard du

against self-incrimination, I admit that Canada has adopted a particular attitude with respect to the principle against self-incrimination as that principle is applied to witnesses. Once testimony is compelled, no form of evidentiary immunity can hope to restore completely the principle's lustre. Even if use immunity together with a broadly conceived derivative-use immunity were made available, there would still be the problem that a witness's testimony might make the authorities commence an independent investigation. The police might become alive to a crime only because of a witness's testimony. Nothing short of transactional immunity could solve this problem.

139 Thus, as soon as one accepts that the Canadian solution is to couple compellability with protection in the form of evidentiary immunity, one is left to conclude that Canada is willing to permit a unique balancing of individual and societal interests. As recognized in *Seaboyer, supra*, "[t]he principles of fundamental justice reflect a spectrum of interests, from the rights of the accused to broader societal concerns" (p. 603). I agree with the following statement by La Forest J. in *Thomson Newspapers, supra*, at p. 541:

A right to prevent the subsequent use of compelled self-incriminating testimony protects the individual from being "conscripted against himself" without simultaneously denying an investigator's access to relevant information. It strikes a just and proper balance between the interests of the individual and the state.

140 With respect to the suggestion that the *Charter* would condone a return to the common-law privilege, Mewett has stated: "The major disadvantage is that such a privilege tends to protect not only the individual claiming it but any others whose present or future conviction may depend upon the securing of his testimony" ("The Right to Silence", *supra*, at p. 274). In my opinion, the structure of the

droit de garder le silence et du privilège de ne pas s'incriminer, je reconnais que le Canada a adopté une attitude particulière à l'égard de l'application aux témoins du principe interdisant l'auto-incrimination. Lorsque l'on contraint une personne à témoigner, aucune forme d'immunité relative à la preuve ne permet de rendre complètement son éclat au principe. Même s'il était possible d'invoquer une immunité contre l'utilisation de la preuve assortie d'une immunité générale contre l'utilisation de la preuve dérivée, il y aurait encore le problème du fait que le témoignage d'une personne pourrait amener les autorités à entreprendre une enquête indépendante. La police pourrait prendre connaissance d'un crime seulement en raison du témoignage d'une personne. Il n'y a que l'immunité à l'égard d'une affaire donnée qui pourrait résoudre ce problème.

Alors, dès que l'on accepte que la solution canadienne consiste à conjuguer la contraignabilité avec la protection sous forme d'immunité relative à la preuve, on ne peut que conclure que le Canada est disposé à permettre l'établissement d'un équilibre unique entre les intérêts du particulier et ceux de la société. Comme on l'a reconnu dans l'arrêt *Seaboyer, précité*, «[l]es principes de justice fondamentale touchent toute une gamme d'intérêts qui vont des droits de l'accusé à des préoccupations sociales plus globales» (p. 603). Je suis d'accord avec l'énoncé suivant du juge La Forest, dans *Thomson Newspapers, précité*, à la p. 541:

Le droit d'interdire l'utilisation ultérieure d'un témoignage incriminant donné sous l'effet de la contrainte empêche l'individu d'être «conscrit contre lui-même» tout en permettant simultanément à un enquêteur d'avoir accès aux renseignements pertinents. Il établit un équilibre juste et convenable entre les intérêts du particulier et ceux de l'État.

En ce qui concerne l'affirmation que la *Charte* tolérerait un retour au privilège de common law, Mewett affirme: [TRADUCTION] «Le principal désavantage de ce privilège est qu'il tend à protéger non seulement la personne qui le réclame, mais aussi toute autre personne dont la déclaration de culpabilité actuelle ou future peut dépendre de l'obtention de son témoignage» («The Right to

Charter rejects this disadvantage as an unacceptable balance between individual and societal needs. It compels the conclusion that immunity protection is the Canadian method of preserving the principle against self-incrimination in the context of a general rule of witness compellability. As I suggested above, it is not unreasonable for the principle to demand silence in one context, and to respond with immunity in another. The extent of the necessary immunity is a problem which I will return to below.

Before doing so, however, I must acknowledge the Achilles heel of the approach evident in the *Charter*. I have suggested above that the principle of the case to meet, or the principle against self-incrimination, is a unifying principle of criminal law which finds recognition in the *Charter*. I have also explained why it is fallacious to suppose that *Charter* protections should vary with individual status. But having rejected status as a means to control the compellability of individuals, the *Charter* is left on a precipice. For if it be accepted that a person can always be compelled as a witness and that protection by way of evidentiary immunity will always be sufficient, then it must also be accepted that we have gone considerable distance toward diluting the principle of the case to meet without ever having said so.

In identifying the problem we face, I can do no better than quote from Ratushny once more:

The basic problem is that many of the protections provided by the criminal process may be subverted by calling the suspect or accused as a witness at some other proceeding prior to his criminal trial.

It is true that such a witness may prevent his testimony from being introduced at any subsequent criminal trial. However, the damage may be done in other ways. The earlier hearing might be used as a 'fishing expedition' to subject the witness to extensive questioning with a view to uncovering possible criminal conduct. The questioning might also be used to investigate a particular offence. For example, the accused might be

Silence», *loc. cit.*, à la p. 274). À mon avis, de par son économie, la *Charte* rejette ce désavantage pour le motif qu'il crée un équilibre inacceptable entre les besoins du particulier et ceux de la société. Elle force à conclure que l'immunité est le moyen canadien de préserver le principe interdisant l'auto-incrimination dans le contexte d'une règle générale de contraignabilité des témoins. Comme je l'ai laissé entendre, il n'est pas déraisonnable que le principe exige de garder le silence dans un contexte donné, et de répondre en bénéficiant d'une immunité, dans un autre. L'étendue de l'immunité nécessaire constitue un problème sur lequel je reviendrai plus loin.

Toutefois, je dois préalablement reconnaître la faiblesse de la démarche qui ressort de la *Charte*. J'ai déjà dit que le principe de la preuve complète, ou celui interdisant l'auto-incrimination, est un principe unificateur de droit criminel, reconnu dans la *Charte*. J'ai aussi expliqué pourquoi il est faux de supposer que les garanties offertes par la *Charte* devraient varier selon la situation de la personne concernée. Cependant, du fait qu'elle a rejeté la situation d'une personne comme moyen d'en déterminer la contraignabilité, la *Charte* est au bord d'un précipice. En effet, si on acceptait qu'une personne peut toujours être contrainte à témoigner et que la protection au moyen de l'immunité relative à la preuve est toujours suffisante, il faudrait reconnaître également que nous avons aussi beaucoup atténué le principe de la preuve complète sans l'avoir dit.

Face à ce problème, je ne puis que citer de nouveau Ratushny:

Le problème est le suivant: il est possible pour l'accusation de priver l'accusé ou le suspect de bon nombre des protections du processus pénal en l'assignant comme témoin à des procédures autres que son procès.

Il est vrai qu'un témoin peut empêcher que son témoignage soit présenté comme preuve contre lui dans un procès criminel subséquent. Il peut, cependant, subir d'autres préjudices. Il est possible qu'on utilise la procédure comme une «expédition de pêche» où l'on interrogera le témoin de façon serrée pour tenter de découvrir s'il a déjà participé à des infractions. Ou encore, on tentera de voir s'il a participé à une infraction en particu-

required to reveal possible defences, the names of potential defence witnesses and other evidence. Moreover, the publicity generated by the hearing may seriously prejudice the likelihood of a fair trial.

The problem is that the initial hearing is likely to have none of the protections guaranteed by the criminal process. There will be no specific accusation, no presumption of innocence, no protections against prejudicial publicity, no rules of evidence and so on. It is submitted that there is a serious crisis of integrity in a criminal process whose detailed protections may so easily be ignored. Nor are these merely theoretical problems.

(“The Role of the Accused in the Criminal Process”, *supra*, at pp. 483-84.)

143 To put the matter another way, the *Charter*'s structure as described above is founded upon the Crown's obligation to make a case, but it also assumes a general rule of compellability coupled with evidentiary immunity. If, however, the *Charter* places no limits on when this structure may be invoked, then the *Charter* could, in fact, condone an inquisition of the most notorious kind. Such condonation would bespeak an impossible dualism. To ask a question by paraphrasing a concern voiced in *Thomson Newspapers*, *supra*, at p. 606 (*per* Sopinka J.): are we prepared to arm the police with subpoena powers?

144 I do not think that we are, but the difficulty lies in fashioning an acceptable response. Because the status of individuals cannot be manipulated in any meaningful way to confine the reach of a general compellability rule, one is left with the difficult task of focusing on the character of proceedings at which testimony is sought to be compelled. This is a task which I do not relish, but it seems absolutely demanded by the structure of the *Charter*.

145 Like La Forest J. in *Thomson Newspapers*, *supra*, therefore, I begin by borrowing from

lier. L'accusé pourrait, par exemple, être obligé de révéler ses défenses possibles, le nom de personnes qui pourraient être appelées comme témoin de la défense ainsi que d'autres preuves. De plus, la publicité que susciterait l'audition risque de compromettre ses chances d'avoir un procès équitable.

Le problème vient de ce que cette première procédure ne comportera sans doute pas les garanties du procès criminel. Il n'y aura pas d'accusation précise, pas de présomption d'innocence, pas de protection contre la publicité préjudiciable, les règles de la preuve ne joueront pas en sa faveur et ainsi de suite. S'il est aussi facile de contourner les protections du processus pénal, on peut dire que l'intégrité de ce processus est sérieusement en danger. De plus, ces problèmes sont loin d'être théoriques.

(«Le rôle de l'accusé dans la poursuite criminelle», *loc. cit.*, à la p. 541.)

En d'autres termes, l'économie déjà décrite de la *Charte* est fondée sur l'obligation du ministère public de présenter une preuve, mais elle suppose aussi l'application d'une règle générale de contraignabilité assortie d'une immunité relative à la preuve. Toutefois, si la *Charte* ne restreint pas les cas où l'on peut invoquer cette économie, alors elle pourrait, en fait, se trouver à tolérer une inquisition de l'espèce la plus notoire. Pareille tolérance annoncerait un dualisme impossible. Pour paraphraser, sous forme de question, une préoccupation exprimée dans l'arrêt *Thomson Newspapers*, précité, à la p. 606 (le juge Sopinka): sommes-nous disposés à investir la police de pouvoirs d'assignation?

Je ne le crois pas; cependant, il est difficile de formuler une réponse acceptable. Puisqu'il est impossible d'exploiter utilement la situation des personnes pour restreindre la portée d'une règle générale de contraignabilité, il nous reste à entreprendre la difficile tâche de nous concentrer sur la nature des procédures au cours desquelles on cherche à contraindre une personne à témoigner. C'est une tâche qui ne me sourit guère, mais qui semble absolument nécessaire compte tenu de l'économie de la *Charte*.

À l'instar du juge La Forest dans l'arrêt *Thomson Newspapers*, précité, je commence donc par

Ratushny the distinction between proceedings which are adversarial and those which are inquisitorial. Ratushny introduced this distinction in these terms:

This whole "adversary" approach can be contrasted with an "inquisitorial" approach, where the emphasis shifts from an accusation to the terms of reference of the inquiry. For example, instead of an accusation that X is criminally responsible for the murder of Y, the inquiry might be into the circumstances surrounding the cause of Y's death. The inquiry might even be to determine specifically whether or not X is criminally responsible for the death of Y. However, an inquiry suggests an initiative on the part of the adjudicator. The passive judicial role is no longer possible. The adjudicator becomes an investigator as well as a judge.

In these circumstances, the crucial burden on the Crown to prove its accusation no longer exists.

(*Self-Incrimination in the Canadian Criminal Process, supra*, at p. 21.)

Regardless of the character of proceedings in which a witness's testimony is sought to be compelled, if those proceedings are not adversarial *vis-à-vis* the witness, then the proceedings naturally operate in inquisitorial terms in relation to that witness. This is so even if the proceedings take place in the criminal realm and involve an adversarial contest between the state and another accused person.

The troubling question is this: when should an inquiry of this sort be condoned? It is unavoidably the case that an answer to this question can be found only if one examines the purpose for which testimony is desired by the state. I have already suggested that an emphasis on the self-incriminatory effects of an inquiry would ride roughshod over the specific enumerations of the *Charter*. A focus on purpose, however, holds more promise. It is to be recalled that, like Wilson J. in *Thomson Newspapers, supra*, I have characterized the principle against self-incrimination as being subject to the proposition that "[t]he state must have some justification for interfering with the individual" (p. 480). An essential objection must be lodged

emprunter la distinction faite par Ratushny entre les procédures accusatoires et les procédures inquisitoires. Voici comment Ratushny formule cette distinction:

[TRADUCTION] Toute cette méthode «contradictoire» peut être mise en parallèle avec la méthode «inquisitoire» où l'accent est mis non plus sur une accusation, mais sur le mandat de la commission d'enquête. Par exemple, au lieu d'une accusation que X est criminellement responsable du meurtre de Y, l'enquête peut porter sur les circonstances entourant la cause du décès de Y. Cette enquête pourrait même viser à déterminer précisément si X est criminellement responsable du décès de Y. Cependant, une enquête suppose une initiative de la part de l'arbitre. Le rôle passif du juge n'est plus possible. L'arbitre devient enquêteur ainsi que juge.

Dans ces circonstances, le ministère public n'a plus à assumer le fardeau critique de prouver l'accusation qu'il porte.

(*Self-Incrimination in the Canadian Criminal Process, op. cit.*, à la p. 21.)

Quelle que soit la nature des procédures au cours desquelles on veut contraindre une personne à témoigner, si elles ne sont pas accusatoires par rapport au témoin, alors elles sont naturellement inquisitoires par rapport à ce témoin, même si les procédures se déroulent en matière criminelle et comportent un processus contradictoire opposant l'État à un accusé.

La question troublante est la suivante: quand peut-on tolérer une enquête de ce genre? On ne peut répondre à cette question qu'en examinant l'objet du témoignage souhaité par l'État. J'ai déjà indiqué que mettre l'accent sur les effets incriminants d'une enquête risquerait de passer outre aux énumérations précises de la *Charte*. Cependant, l'accent mis sur l'objet est plus prometteur. On se rappellera que, à l'instar du juge Wilson dans *Thomson Newspapers*, précité, j'ai précisé que le principe interdisant l'auto-incrimination était assujéti à la proposition selon laquelle «[l']État ne saurait déranger un particulier sans justification» (p. 480). Il faut essentiellement s'opposer à une procédure justifiée par une fin incriminante. Cependant,

against a proceeding which is justified by a self-incriminatory purpose. But there are many other purposes in our complex society.

147 In this regard, I note that a focus on the purpose, or character, of proceedings, dominated the analysis of the Law Reform Commission of Canada in its Working Paper 17, *Commissions of Inquiry: A New Act, supra*. Although the Commission dealt in that paper only with the problem of the inquisitorial mode of questioning altogether apart from the adversarial realm of criminal law which concerns me here, the Commission fashioned a model which I find instructive. In particular, the Commission distinguished between investigatory inquiries on the one hand, and advisory inquiries on the other (a distinction later embodied in its Report 13, *Advisory and Investigatory Commissions* (1979)). The latter kind of inquiry, according to the Commission, "might consider any policy matter of substantial importance, or complex problem requiring expert solution" (Working Paper 17, at p. 26). Accordingly, such an inquiry might properly have broad powers and be permitted to range freely. But, notably, the Commission regarded the breadth of an advisory inquiry's purpose as an anathema to testimonial compulsion (at p. 28).

148 An investigatory inquiry, on the other hand, was characterized by the Commission as being an inquiry directed toward a target which limits its scope, and which defines its social importance. An inquiry of this kind might legitimately possess the power to compel witnesses on the theory that it acts in furtherance of a goal which has substantial public importance. On this point, the Commission stated:

What is of "substantial public importance"? A new statute should not list categories of such matters; legislative life being what it is, inevitably such a list would quickly prove incomplete and obstructive. In most instances, however, whether a given matter is of such a kind should be evident. Does it involve, for example, serious accusations of incompetence or venality in government itself? Serious breakdown in the implementa-

il existe de nombreuses autres fins dans notre société complexe.

À cet égard, je tiens à faire remarquer que, dans son Document de travail 17, *Les commissions d'enquête: une nouvelle loi, op. cit.*, la Commission de réforme du droit du Canada fait une analyse où elle met l'accent sur l'objet ou la nature des procédures. Bien que la Commission n'examine, dans ce document, que le problème du mode d'interrogation inquisitoire même, ce qui est tout à fait différent du domaine accusatoire du droit criminel qui m'intéresse en l'espèce, elle a conçu un modèle que je trouve intéressant. En particulier, la Commission a établi une distinction entre les commissions d'enquête, d'une part, et les commissions consultatives, d'autre part (distinction plus tard incorporée dans son Rapport 13, *Les commissions consultatives et les commissions d'enquête* (1979)). Selon la Commission, une commission consultative «pourrait examiner toute question politique d'une certaine importance, ou tout problème complexe exigeant l'apport d'experts» (Document de travail 17, à la p. 27). En conséquence, une telle commission pourrait avoir de vastes pouvoirs et les exercer librement. Cependant, il faut noter que la Commission a considéré que l'objet d'une commission consultative jetait l'interdit sur la contrainte testimoniale (aux pp. 28 et 29).

Par contre, la Commission a qualifié une commission d'enquête de commission orientée vers un objet qui en limite l'étendue et en définit l'importance sociale. Une telle commission pourrait légitimement être habilitée à contraindre une personne à témoigner en partant du principe qu'elle agit dans le but d'atteindre un objectif d'une grande importance pour le bien public. À ce sujet, la Commission affirme:

Quelles sont les questions «importantes pour le bien public»? Il n'y a pas lieu pour la nouvelle loi d'énumérer les catégories; les possibilités d'évolution de la législation étant ce qu'elles sont, une telle énumération serait bientôt jugée incomplète et gênante. Dans la plupart des cas, toutefois, l'importance d'une question donnée ne devrait pas faire de doute. Parmi les hypothèses susceptibles de faire envisager la création d'une com-

tion or administration of an established government policy? Natural disaster badly handled or an unexplained serious accident? It is fair to say that, although one cannot anticipate all questions that can reasonably be deemed to be of substantial public importance, "one will know one when one sees one".

(Working Paper 17, at p. 31.)

Although the last-mentioned point might be taken to suggest that only a "smell test" is capable of distinguishing between investigatory and advisory inquiries, I am inclined to think that a more manageable structure can be devised. I note, for example, the Commission's additional suggestion that the two kinds of inquiry may be attracted to different kinds of facts, in so far as the investigatory inquiry "may well be interested in questions of fault and blame" (p. 25). In any event, it is apparent that the line cannot be a hard and fast one, since an analysis of purpose does not exclude incidental effects.

In positing this distinction between inquiries which might be permitted to compel testimony and those which might not, I am mindful of the fact that the advisory/investigatory distinction has been criticized. In particular, it has been suggested that this distinction mirrors the false dichotomy between quasi-judicial and administrative proceedings, such that it is difficult to deal with: Ontario Law Reform Commission, *supra*, at pp. 189-90; see also Alberta Law Reform Institute, Report No. 62, *Proposals for the Reform of the Public Inquiries Act* (1992); P. Robardet, "Should We Abandon the Adversarial Model in Favour of the Inquisitorial Model in Commissions of Inquiry?", in A. P. Pross, I. Christie and J. A. Yogis, eds., *Commissions of Inquiry* (1990), 111. Admittedly, in *Irvine v. Canada (Restrictive Trade Practices Commission)*, [1987] 1 S.C.R. 181, Estey J. stated that (at p. 231):

mission d'enquête, on peut penser à de graves accusations d'incompétence ou de vénalité à l'intérieur de l'administration, à de graves insuffisances dans la mise en œuvre ou l'application d'une décision politique, ou à un désastre naturel auquel on n'a pas su faire face ou un grave accident demeuré sans explication. On peut raisonnablement penser que même si l'on ne peut prévoir toutes les questions susceptibles d'être jugées importantes pour le bien public, on saura les reconnaître lorsqu'il s'en présentera.

(Document de travail 17, aux pp. 32 et 33.)

Bien que l'on puisse croire, d'après le dernier point mentionné, que la distinction entre commissions d'enquête et commissions consultatives n'est qu'une question de «flair», je suis porté à penser qu'il est possible d'établir une structure plus facile à utiliser. Je remarque, par exemple, que la Commission dit aussi que ces deux types de commissions pourraient rechercher des types de faits différents dans la mesure où une commission d'enquête «pourrait être intéressée à des questions relatives à la faute et à la responsabilité» (p. 26). Quoi qu'il en soit, il semble qu'il ne peut s'agir d'une distinction stricte puisqu'une analyse de l'objet n'exclut pas celle des effets incidents.

Lorsque j'énonce cette distinction entre les commissions qui pourraient être autorisées à contraindre des personnes à témoigner et celles qui ne le seraient pas, je suis conscient du fait que la distinction entre les commissions consultatives et les commissions d'enquête a fait l'objet de critiques. On a tout particulièrement soutenu que cette distinction reflète la fausse dichotomie entre les procédures quasi judiciaires et administratives, ce qui en rend l'examen difficile: Commission de réforme du droit de l'Ontario, *op. cit.*, aux pp. 189 et 190; voir aussi Alberta Law Reform Institute, Report No. 62, *Proposals for the Reform of the Public Inquiries Act* (1992); P. Robardet, «Should We Abandon the Adversarial Model in Favour of the Inquisitorial Model in Commissions of Inquiry?», dans A. P. Pross, I. Christie et J. A. Yogis, dir., *Commissions of Inquiry* (1990), 111. Certes, le juge Estey affirme ceci dans l'arrêt *Irvine c. Canada (Commission sur les pratiques restrictives du commerce)*, [1987] 1 R.C.S. 181, à la p. 231:

149

150

Fairness is a flexible concept and its content varies depending on the nature of the inquiry and the consequences for the individuals involved. The characteristics of the proceeding, the nature of the resulting report and its circulation to the public, and the penalties which will result when events succeeding the report are put in train will determine the extent of the right to counsel and, where counsel is authorized by statute without further directive, the role of such counsel.

I mean to cast no doubt here upon such an analysis, nor upon the related suggestion that “[i]n the pre-*Nicholson* era a number of authorities shifted the emphasis away from a process of classification of the tribunal in question to the effect of the statutory procedure on the individual appearing in the administrative process” (p. 216).

151 As I understand it, however, the dichotomy between quasi-judicial and administrative proceedings can be regarded as false to the extent that one is concerned with determining which requirements of natural justice or procedural fairness should attach to proceedings. When this is the goal, instead of labelling the proceedings, it is helpful to analyze their effect upon individuals as Estey J. discussed in *Irvine, supra*. However, I am not here concerned with defining the scope of procedural protection due a witness who is compelled to testify in proceedings which have an otherwise acknowledged validity, but rather with the substantive question whether an inquiry which purports to compel testimony can exist in such a form at all. I have noted above that to analyze the effects of compellability is to pursue an impotent means of substantive analysis.

152 Therefore, at the end of the day, I think we must be on guard to acknowledge the “subtle crisis” perceived by Ratushny, that is, the crisis of principle which would arise if we failed to note that adversarialism is in competition with the inquisitorial mode of proceeding. Of this crisis, Ratushny has made two points of particular consequence. First, he has acknowledged that to permit departures from the adversarial model may be “a natural, logical and desirable development”, although admit-

L'équité est une notion souple et son contenu varie selon la nature de l'enquête et les conséquences qu'elle peut avoir pour les individus en cause. Les caractéristiques de la procédure, la nature du rapport qui en résulte et sa diffusion publique, et les sanctions qui s'ensuivront lorsque les événements qui suivent le rapport seront enclenchés, détermineront l'étendue du droit à l'assistance d'un avocat et, lorsqu'un avocat est autorisé sans plus par la Loi, le rôle de cet avocat.

Je ne veux ici soulever aucun doute relativement à cette analyse, ni d'ailleurs relativement à la suggestion connexe selon laquelle «[d]éjà, au cours de la période qui a précédé l'arrêt *Nicholson*, un certain nombre de précédents tendaient à insister moins sur la classification du tribunal en cause et plus sur l'effet de la procédure prévue par la loi sur l'individu comparaisant devant une instance administrative» (p. 216).

Toutefois, si je comprends bien, la dichotomie entre les procédures quasi judiciaires et administratives peut être considérée comme fautive dans la mesure où il s'agit de déterminer quelles exigences de justice naturelle ou d'équité procédurale devraient se rattacher aux procédures. Si tel est l'objectif à atteindre, au lieu de cataloguer les procédures, il est utile d'analyser leur effet sur des individus, comme l'a mentionné le juge Estey dans l'arrêt *Irvine*, précité. Cependant, je n'ai pas en l'espèce à définir l'étendue de la protection procédurale qui doit être accordée à une personne forcée de témoigner dans des procédures dont la validité est, par ailleurs, reconnue; je dois plutôt examiner la question de fond de savoir si une enquête visant à contraindre des personnes à témoigner peut exister sous une telle forme? J'ai déjà dit qu'analyser les effets de la contraignabilité revient à recourir à un mode d'analyse de fond inefficace.

En conséquence, je crois qu'il nous faut, en fin de compte, reconnaître la «crise subtile» perçue par Ratushny, c'est-à-dire la crise de principe qui surviendrait si on ne remarquait pas que la méthode accusatoire est en concurrence avec la méthode inquisitoire. Ratushny a fait, au sujet de cette crise, deux remarques qui portent tout particulièrement à conséquence. Premièrement, il a reconnu que permettre de déroger au modèle accusatoire peut être [TRADUCTION] «une évolution

tedly one which requires careful re-assessment of our system: *Self-Incrimination in the Canadian Criminal Process*, *supra*, at p. 35. Second, in consequence of the required re-assessment, "extreme caution must be observed in any attempt to adapt solutions proposed elsewhere to our unique circumstances": *id.*, at p. 40. We cannot avoid the conclusion that a Canadian solution to this problem is required.

At this juncture, I return for a moment to reconsider *Batary*, *supra*. As the Ontario Law Reform Commission has noted, *supra*, at p. 70, it is interesting that "[n]either Cartwright J. nor Fauteux J. [in *Batary*] discussed whether the legislation establishing the coroner's inquest was properly within provincial jurisdiction". Instead, in the majority reasons of Cartwright J., it is as if the addition of the power to compel testimony to the coroner's arsenal was sufficient, by itself, to render the proceedings criminal in nature. Perhaps Cartwright J. saw the coroner as a police officer armed with a subpoena. What is especially instructive, to my mind, is the fact that Cartwright J. did not strike down the governing legislation itself, but only the impugned power to compel testimony. Perhaps, in light of a broad inquisitorial context, the simple addition of the subpoena power led to an irresistible inference of colourability. Thus, in a case which involves a provincial inquiry, it may be that the demands of s. 7 of the *Charter* will parallel the division-of-powers analysis (and we are not called upon today to rehear cases decided subsequent to *Batary*). That which would be *ultra vires* as criminal law for the provinces might also be rejected by s. 7. But, of course, there is the additional potency of the *Charter* to consider, such that the *Charter* would also demand this result in respect of a comparable federal effort.

naturelle, logique et souhaitable», quoique, de l'aveu de tous, une évolution qui nécessite une réévaluation minutieuse de notre système: *Self-Incrimination in the Canadian Criminal Process*, *op. cit.*, à la p. 35. Deuxièmement, à la suite de la réévaluation requise, [TRADUCTION] «il faut faire preuve d'une extrême prudence dans toute tentative d'adapter des solutions proposées ailleurs aux circonstances qui nous sont propres»: *id.*, à la p. 40. Nous devons conclure qu'il est nécessaire de trouver une solution canadienne à ce problème.

J'aimerais maintenant réexaminer, pendant un instant, l'arrêt *Batary*, précité. Comme l'a fait remarquer la Commission de réforme du droit de l'Ontario, *op. cit.*, à la p. 70, [TRADUCTION] «[n]i le juge Cartwright, ni le juge Fauteux [dans l'arrêt *Batary*] n'ont examiné si la mesure législative établissant l'enquête du coroner relevait bien de la compétence provinciale». Dans les motifs que le juge Cartwright a rédigés au nom de la Cour à la majorité, c'est plutôt comme s'il avait considéré que l'ajout du pouvoir de contraindre à témoigner à l'arsenal du coroner était suffisant en soi pour en faire des procédures de nature criminelle. Peut-être le juge Cartwright a-t-il perçu le coroner comme un policier armé d'un subpoena? À mon avis, il est tout particulièrement intéressant de constater que le juge Cartwright a annulé non pas la loi habilitante, mais seulement le pouvoir attaqué de contraindre à témoigner. Compte tenu du vaste contexte inquisitorial, le simple ajout du pouvoir d'assignation a peut-être conduit irrésistiblement à une inférence de détournement de pouvoir. Ainsi, dans un cas où il est question d'une commission provinciale, il se pourra que l'analyse fondée sur les exigences de l'art. 7 de la *Charte* se déroule parallèlement à l'analyse fondée sur le partage des pouvoirs (et nous ne sommes pas appelés aujourd'hui à réentendre des affaires tranchées après l'arrêt *Batary*). Ce qui serait, pour les provinces, inconstitutionnel en tant que question de droit criminel pourrait aussi être écarté par l'art. 7. Cependant, il va sans dire qu'il faut considérer la puissance additionnelle de la *Charte*, de sorte que celle-ci exigerait aussi ce résultat dans le cas d'une démarche fédérale comparable.

154 These comments are a sufficient introduction to the problem as I perceive it. I will go no further in these reasons toward defining the scope of permissible inquiries, since the facts do not demand it. Moreover, I express no comment as to the form of remedial response which might be devised in a case which involves a statutory compulsion to speak appearing in a colourable context.

155 On the facts of this case, to the extent that the witness J.P.M. might be compelled to testify in proceedings which have the character of an inquiry in relation to him, it is also true that those proceedings have a very definite character in Canadian law *vis-à-vis* the appellant, R.J.S. The proceedings in question can be defined with certainty, in so far as R.J.S. was “charged with an offence” under the *Criminal Code*. As *R. v. Wigglesworth*, [1987] 2 S.C.R. 541, makes clear, a person can be regarded as “charged with an offence” for the purposes of s. 11 of the *Charter* because a matter is “by its very nature . . . a criminal proceeding or because a conviction in respect of the offence may lead to a true penal consequence” (p. 559). The public purpose of resultant proceedings can be defined by the fact that they are “intended to promote public order and welfare within a public sphere of activity” (p. 560), and, in light of the enumerated protections of s. 11, that known purpose will be accompanied by the adversarial character of the proceedings in relation to the accused.

156 Having defined the case this way, I believe it follows naturally that, although the trial against R.J.S. might be considered an inquiry in relation to J.P.M. as witness, the inquiry is of the sort permitted by our law. The search for truth in a criminal trial against a named accused has an obvious social utility, and the truth-seeking goal operates to limit effectively the scope of the proceedings in terms of the “inquiry effect”. The laws of relevancy would preclude the random examination of individuals within a criminal trial. It also follows that I disapprove of *obiter* suggestions which might lead to a contrary result: e.g., *Re Welton and The Queen*

Ces commentaires suffisent à présenter le problème tel que je le perçois. Je ne m'attarderai pas davantage ici à définir l'étendue des enquêtes permises étant donné que les faits n'exigent pas que je le fasse. Par ailleurs, je ne fais aucun commentaire sur le type de réparation qui pourrait être conçue dans un cas où une personne serait contrainte à témoigner dans un contexte de détournement de pouvoir.

D'après les faits de la présente affaire, dans la mesure où, le témoin J.P.M. pourrait être contraint à témoigner dans des procédures de nature inquisitoire le concernant, il est également vrai que ces procédures ont, à l'égard de l'appellant R.J.S., un caractère très précis en droit canadien. On peut définir avec certitude les procédures en cause dans la mesure où R.J.S. a été «inculpé» en vertu du *Code criminel*. Comme le démontre clairement l'arrêt *R. c. Wigglesworth*, [1987] 2 R.C.S. 541, une personne peut être considérée comme «inculpé[e]» aux fins de l'art. 11 de la *Charte* soit parce qu'une question est «de par sa nature même, [. . .] une procédure criminelle, soit parce qu'une déclaration de culpabilité relativement à l'infraction est susceptible d'entraîner une véritable conséquence pénale» (p. 559). L'objectif public des procédures qui résultent peut se définir par le fait qu'elles «vise[nt] à promouvoir l'ordre et le bien-être publics dans une sphère d'activité publique» (p. 560), et par celui que, compte tenu des garanties énumérées à l'art. 11, les procédures, en plus d'avoir été engagées à une fin connue, auront un caractère accusatoire par rapport à l'accusé.

Après avoir ainsi défini le présent pourvoi, je crois qu'il s'ensuit naturellement que, même si le procès de R.J.S. pouvait être considéré comme une enquête par rapport à J.P.M., en tant que témoin, cette enquête est du genre autorisé par notre droit. La recherche de la vérité dans un procès criminel contre un inculpé nommé a une utilité sociale évidente, et l'objectif de recherche de la vérité a pour effet de restreindre efficacement la portée des procédures quant à «l'effet de l'enquête». Les règles de la pertinence empêcheraient l'interrogatoire au hasard de personnes dans le cadre d'un procès criminel. Il s'ensuit aussi que je désapprouve les opi-

(1986), 29 C.C.C. (3d) 226 (Ont. H.C.); *R. v. Zurlo* (1990), 57 C.C.C. (3d) 407 (Que. C.A.); and *Praisoody, supra*.

Before concluding on this issue, however, I should add a few thoughts. It has been repeatedly suggested that the Crown might be able to subvert the principle against self-incrimination by proceeding with separate criminal trials with the manifest purpose of thus obtaining compelled testimony. First, for the reasons which follow dealing with the scope of evidentiary immunity available in Canada, this is a procedure which the Crown adopts at its own peril; there may be costs associated with the Crown's ability to prosecute later a compelled witness (and I would add that these are costs the Crown might happily pay when the decision is made to pursue a conviction against W at the possible expense of the ability to convict the less threatening witnesses, X, Y, and Z).

Second, however, if it be suggested that the Crown might choose to prosecute an accused, having first prepared no case to meet and only for the purpose of subpoenaing a witness, then it would seem to me that an objection should lie, not only because the purpose of the proceedings can no longer be defined by the adversarial contest between the state and the so-called accused, but also because the prosecution would amount to an abuse of process, being "conduct which shocks the conscience of the community and is so detrimental to the proper administration of justice that it warrants judicial intervention": *R. v. Power*, [1994] 1 S.C.R. 601, at p. 615. There is more than one way to check the progress of a fishing expedition, but a decision to proceed separately does not, in and of itself, amount to an abuse of process: see *R. v. Crooks* (1982), 39 O.R. (2d) 193 (H.C.); and *R. v. Mazur* (1986), 27 C.C.C. (3d) 359 (B.C.C.A.), leave to appeal refused, [1986] 1 S.C.R. xi. This is especially clear on the facts of this case, inasmuch as the decision to proceed separately was prompted

nions incidentes susceptibles de donner lieu à un résultat contraire: voir, par exemple, *Re Welton and The Queen* (1986), 29 C.C.C. (3d) 226 (H.C. Ont.); *R. c. Zurlo* (1990), 57 C.C.C. (3d) 407 (C.A. Qué.); et *Praisoody*, précité.

Cependant, avant de conclure sur ce point, j'aimerais ajouter quelques réflexions. On a laissé entendre, à maintes reprises, que le ministère public pourrait être en mesure de renverser le principe interdisant l'auto-incrimination en intentant des procès criminels distincts dans le but manifeste de contraindre des personnes à témoigner. Premièrement, pour les motifs qui suivent relativement à la portée de l'immunité relative à la preuve, qui peut être invoquée au Canada, c'est une procédure que le ministère public adopte à ses propres risques; il peut y avoir des coûts associés à la capacité du ministère public de poursuivre ultérieurement une personne contrainte à témoigner (et j'ajouterais que ce sont des coûts que le ministère public pourrait assumer volontiers lorsqu'on décide de chercher à faire déclarer W coupable, au détriment possible de la capacité de déclarer coupables les témoins moins menaçants X, Y et Z).

Deuxièmement, toutefois, si on laissait entendre que le ministère public pourrait choisir de poursuivre un accusé, sans avoir préalablement préparé une preuve à réfuter et dans le seul but d'assigner un témoin, alors il me semblerait qu'une objection devrait pouvoir être soulevée, non seulement parce que l'objet des procédures ne peut plus être défini par le débat contradictoire qui oppose l'État au prétendu accusé, mais aussi parce que la poursuite équivaldrait à un abus de procédure, ce qui signifie «un comportement qui choque la conscience de la collectivité et porte préjudice à l'administration régulière de la justice au point qu'il justifie une intervention des tribunaux»: *R. c. Power*, [1994] 1 R.C.S. 601, à la p. 615. Il y a plus d'une façon de freiner une recherche à l'aveuglette; cependant, une décision de procéder séparément ne constitue pas en soi un abus de procédure: voir *R. c. Crooks* (1982), 39 O.R. (2d) 193 (H.C.), et *R. c. Mazur* (1986), 27 C.C.C. (3d) 359 (C.A.C.-B.), autorisation de pourvoi refusée, [1986] 1 R.C.S. xi. Cela ressort clairement des faits en l'espèce, dans la

by an administrative procedure rather than a Crown strategy.

mesure où c'est une procédure administrative et non une stratégie du ministère public qui est à l'origine de la décision de procéder séparément.

159 In conclusion, the witness J.P.M. was properly compellable at the trial of R.J.S., and the trial judge erred in quashing the subpoena. His proposed testimony falls to be governed by the general rule applicable under the *Charter*, pursuant to which a witness is compellable to testify, and pursuant to which such a witness receives evidentiary immunity in compensation. In the context of this appeal, the overriding principle against self-incrimination is satisfied by this structure. I turn now to the final issue which engages this selfsame principle, namely, the nature of the immunity protection required.

En conclusion, c'est à juste titre que le témoin J.P.M. pouvait être contraint à témoigner au procès de R.J.S., et le juge du procès a commis une erreur en annulant le subpoena. Son témoignage proposé se trouve à être régi par la règle générale applicable en vertu de la *Charte*, selon laquelle une personne peut être contrainte à témoigner, mais bénéficié, en échange, d'une immunité relative à la preuve. Dans le contexte du présent pourvoi, cela satisfait au principe dominant qui interdit l'auto-incrimination. Je passe maintenant à l'examen de la question finale qui entraîne l'application de ce même principe, savoir la nature de l'immunité requise.

(d) *Immunity Protection Under the Charter*

d) *L'immunité en vertu de la Charte*

160 Once it has been established that a witness who is compellable under the general rule will receive, in return, immunity protection only, then there is little reason to suppose that a provision which purports only to abolish the common-law privilege against self-incrimination (such as s. 5 of the *Canada Evidence Act*) might be impugned by the *Charter*. In this regard, I note that it was suggested in *Thomson Newspapers*, *supra*, that the absence of derivative-use immunity in s. 5(2) of the *Canada Evidence Act* might be a fatal deficiency; see also *Dubois*, *supra*. However, as La Forest J. noted in *Thomson Newspapers*, "where the statute does not provide for the evidence to be admitted, there can really be no breach of the *Charter* until unfair evidence is admitted" (p. 559).

Une fois établi qu'un témoin contraignable en vertu de la règle générale bénéficiera, en échange, d'une immunité, il y a peu de raisons de supposer qu'une disposition censée seulement abolir le privilège de common law de ne pas s'incriminer (comme l'art. 5 de la *Loi sur la preuve au Canada*) pourrait être contestée en vertu de la *Charte*. À ce sujet, je précise qu'on a indiqué, dans *Thomson Newspapers*, précité, que l'absence d'immunité contre l'utilisation de la preuve dérivée, au par. 5(2) de la *Loi sur la preuve au Canada*, pourrait être fatale; voir aussi l'arrêt *Dubois*, précité. Cependant, comme le juge La Forest l'a fait remarquer dans *Thomson Newspapers*, «[d]ans un cas [...] où la loi ne parle pas de la preuve qui doit être admise, il ne peut vraiment y avoir de violation de la *Charte* que si une preuve injuste est admise» (p. 559).

161 In other words, s. 5(1) of the *Canada Evidence Act* abolishes the common-law privilege against self-incrimination, with the result that a compellable witness must answer questions posed. Section 5(2) offers such a witness protection in the form of an immunity. Neither subsection purports to make evidence of any kind necessarily admissible at a subsequent proceeding, and like La Forest J. in *Thomson Newspapers*, *supra*, I would not strain to

En d'autres termes, le par. 5(1) de la *Loi sur la preuve au Canada* abolit le privilège de common law de ne pas s'incriminer et il s'ensuit qu'un témoin contraignable doit répondre aux questions qui lui sont posées. Le paragraphe 5(2) offre à ce témoin une protection sous forme d'immunité. Ni l'un ni l'autre de ces paragraphes n'est censé rendre des éléments de preuve recueillis nécessairement admissibles à des procédures ultérieures, et, à

read the provision this way. Thus, if an immunity larger than the one provided by s. 5(2) is required by the *Charter*, nothing in the *Canada Evidence Act* would offend the requirement.

To my mind, an analysis which suggests the opposite confuses the *Charter* with the Fifth Amendment of the United States Constitution. As already described, that amendment constitutionalizes the common-law testimonial privileges. In this context, it has been held that the abrogation of the privilege must be met with a coextensive immunity protection by way of statute. The extent of protection required was initially thought to be transactional immunity (freedom from prosecution, see *Counselman, supra*), but this position was later pared back to favour a requirement for complete derivative-use immunity: *Kastigar v. United States*, 406 U.S. 441 (1972).

What should be obvious in the American context, but perhaps is not, is that a statute in that country which purports to abrogate a testimonial privilege is in direct violation of the Fifth Amendment. As a general rule, a statute which purports to do the same thing in Canada is in direct violation of nothing at all. A comparable situation could arise here only in the unlikely event that a statute purported to abrogate s. 11(c) of the *Charter*, so as to render an accused person compellable. Although I reject the idea in the context of the general rule of witness compellability (and express no comment outside of that context), I can only envision the need to strike down s. 5 at this stage if I assume that a compelled witness needs more immunity than s. 13 of the *Charter* offers, and if I further assume that the additional immunity is susceptible only of a legislative solution because of its complexity: see, e.g., *Haywood Securities, supra*, per Lambert J.A. dissenting.

Thus, I do not believe that s. 5 of the *Canada Evidence Act* can be impeached at this stage of the analysis, and the only real question is whether s.

l'instar du juge La Forest dans *Thomson Newspapers*, précité, je ne forcerais pas ainsi le sens de cette disposition. En conséquence, si la *Charte* exige une immunité plus large que celle offerte par le par. 5(2), rien dans la *Loi sur la preuve au Canada* ne va à l'encontre de cette exigence.

À mon avis, l'analyse qui suggère le contraire confond la *Charte* avec le Cinquième amendement de la Constitution américaine. Comme je l'ai déjà dit, cet amendement constitutionnalise les privilèges du témoin en common law. Dans ce contexte, on a conclu que l'abrogation du privilège doit être compensée par une immunité de même étendue garantie par la loi. On croyait initialement que la protection requise était l'immunité à l'égard d'une affaire donnée (protection contre les poursuites, voir l'arrêt *Counselman*, précité), mais on a par la suite atténué cette position pour favoriser une immunité totale contre l'utilisation de la preuve dérivée: *Kastigar c. United States*, 406 U.S. 441 (1972).

Dans le contexte américain, ce qui devrait être évident, mais qui ne l'est pas nécessairement, c'est qu'une loi de ce pays qui est censée abroger un privilège du témoin va directement à l'encontre du Cinquième amendement. En général, une loi qui est censée faire la même chose au Canada ne va directement à l'encontre de rien. Une situation comparable ne pourrait se présenter ici que dans l'hypothèse peu probable où une loi serait censée abroger l'al. 11c) de la *Charte*, de façon à rendre un accusé contraignable. Bien que je rejette cette idée dans le contexte de la règle générale de la contraignabilité des témoins (et n'exprime aucun commentaire en dehors de ce contexte), je ne puis envisager, à ce stade, la nécessité d'annuler l'art. 5 que si je suppose, d'une part, qu'une personne forcée à témoigner a besoin d'une plus grande immunité que celle offerte par l'art. 13 de la *Charte* et, d'autre part, que cette immunité additionnelle doit être prévue dans une loi, en raison de sa complexité: voir, par exemple, *Haywood Securities*, précité, le juge Lambert, dissident.

Ainsi, je ne crois pas que l'art. 5 de la *Loi sur la preuve au Canada* puisse être attaqué à ce stade de l'analyse, la seule question étant de savoir si l'art.

162

163

164

13 of the *Charter* exclusively defines the scope of the available evidentiary immunity. In other words, is protection against derivative evidence required? Of course, to the extent that protection against the subsequent use of evidence has become my focus at this stage, my answer to this question takes me beyond the necessary confines of this appeal. Once it is said that J.P.M. is compellable and that s. 5 of the *Canada Evidence Act* is not now endangered, the principal part of this appeal has been resolved. This point notwithstanding, a complete treatment of the topic requires some discussion of immunity.

13 de la *Charte* est le seul à définir l'étendue de l'immunité relative à la preuve qui peut être invoquée. En d'autres termes, la protection contre l'utilisation de la preuve dérivée est-elle nécessaire? Il va sans dire que, dans la mesure où j'en suis maintenant au stade de l'examen de la protection contre l'utilisation subséquente de la preuve, je dois, pour répondre à cette question, aller au-delà de ce qui est nécessaire aux fins du présent pourvoi. Dès qu'on affirme que J.P.M. est un témoin contraignable et que l'art. 5 de la *Loi sur la preuve au Canada* n'est pas menacé maintenant, on règle la partie principale du présent pourvoi. Néanmoins, il faut procéder à une analyse de l'immunité pour traiter le sujet au complet.

165 In the analysis above, I discussed derivative evidence in general terms, and characterized it as being evidence which comes to light as a result of a compelled disclosure. This reference was deliberate and it was offered in anticipation of the following terminological debate:

Dans l'analyse qui précède, j'ai examiné la question de la preuve dérivée d'une façon générale et j'ai affirmé qu'il s'agissait de la preuve obtenue par suite d'une divulgation forcée. Cette mention délibérée a été faite en prévision du débat terminologique suivant:

Assuming that the protection against the use of compelled evidence extends to the use of derivative evidence, there remains a fundamental problem in defining "derivative evidence". There are four possible types of evidence that might be categorized as derivative: (1) evidence that could have been discovered only as a result of the testimony; (2) evidence that was discovered as a result of the testimony, but that could have been discovered without such testimony; (3) evidence that would, or would probably, have been discovered even without the testimony; and (4) evidence that was discovered after the testimony was given, but independently of the testimony.

[TRADUCTION] Si l'on suppose que la protection contre l'utilisation de la preuve obtenue sous la contrainte s'étend à celle de la preuve dérivée, la définition de ce que l'on entend par «preuve dérivée» soulève un problème fondamental. Quatre types possibles de preuve peuvent être qualifiés de «preuve dérivée»: (1) les éléments de preuve qui n'auraient pu être découverts que par suite d'un témoignage, (2) les éléments de preuve découverts par suite du témoignage, mais qui auraient pu être découverts sans ce témoignage, (3) les éléments de preuve qui auraient été ou probablement été découverts même sans le témoignage, et (4) les éléments de preuve qui ont été découverts après le témoignage, mais indépendamment de celui-ci.

(Ontario Law Reform Commission, *supra*, at p. 125.)

(Commission de réforme du droit de l'Ontario, *op. cit.*, à la p. 125.)

As I use the term, evidence is "derivative" if it results, in fact, from a compelled disclosure. I agree with Wilson J.'s statement in *Thomson Newspapers*, *supra*, to the effect that "causality is the *sine qua non* of derivative evidence" (p. 484). Only evidence which comes to light as a result of a compelled disclosure interests me here. There is little, if any, relationship between independently

Selon le sens dans lequel j'utilise ce terme, une preuve est «dérivée» si elle résulte, en fait, d'une divulgation forcée. Je souscris à l'énoncé du juge Wilson, dans *Thomson Newspapers*, précité, selon lequel «le lien de causalité est la condition *sine qua non* de la preuve dérivée» (p. 484). Je ne m'intéresse ici qu'aux éléments de preuve découverts par suite d'une divulgation forcée. Il n'existe prati-

obtained evidence and the principle against self-incrimination.

As regards other kinds of evidence, however, a relationship may be evident. As a point of terminology, though, I wish to emphasize that all evidence arising from a compelled disclosure is "derivative evidence". The question whether some of that evidence ought to be excluded under the *Charter* invokes a separate analysis. That analysis is logically geared toward defining the possible scope of "derivative-use immunity". An immunity might be coextensive with the category of evidence to which it is responsive, or it might not. The point is that the label "derivative evidence" is not of conclusive importance under a *Charter* which operates in immunity terms.

To proceed I ask: what, if anything, does the *Charter* demand in respect of derivative-use immunity? In the analysis to follow, I will suggest that the *Charter* does not demand absolute derivative-use immunity, and to that extent I will agree with the second polar view described above which has been advanced by Paciocco, *supra*. However, I will also disagree with Paciocco in that I believe it is necessary to recognize a residual kind of immunity to protect the operation of the *Charter* as a meaningful system. I will invoke three points of support for these conclusions: first, I will note that there are significant problems inherent in the idea of full derivative-use immunity; second, I will discuss the history of s. 5(2) of the *Canada Evidence Act*, and I will suggest that this history informs the interpretation of the *Charter*; third, I will discuss s. 24(2) of the *Charter*.

As already noted, the United States Supreme Court in *Kastigar*, *supra*, established that a statute could legitimately purport to abrogate the Fifth Amendment of the United States Constitution if the statute replaces its protection with co-extensive immunity, which was characterized in *Kastigar*, *supra*, as being complete derivative-use immunity.

quement pas de lien entre une preuve obtenue de façon indépendante et le principe interdisant l'auto-incrimination.

Cependant, l'existence d'un lien pourrait être évidente dans le cas d'autres types de preuve. Du point de vue terminologique, je tiens à souligner que tous les éléments de preuve qui découlent d'une divulgation forcée sont des «éléments de preuve dérivée». La question de savoir si certains de ces éléments de preuve devraient être écartés en vertu de la *Charte* exige une analyse distincte. Cette analyse vise logiquement à définir l'étendue possible de «l'immunité contre l'utilisation de la preuve dérivée». Une immunité pourrait être ou ne pas être de même étendue que la catégorie de preuve à laquelle elle s'applique. Il demeure que l'expression «preuve dérivée» n'a pas une importance déterminante face à une *Charte* qui fonctionne sur la base d'immunités.

À cette fin, je pose la question suivante: que peut exiger la *Charte* en ce qui concerne l'immunité contre l'utilisation de la preuve dérivée? Dans l'analyse qui suit, je me propose de dire que la *Charte* n'exige pas d'immunité absolue contre l'utilisation de la preuve dérivée et, dans cette mesure, je souscris au deuxième des points de vue exprimés par Paciocco, *op. cit.*, que j'ai déjà décrits. Cependant, je ne partagerai pas l'avis de Paciocco dans la mesure où je crois qu'il faut reconnaître un type résiduel d'immunité visant à protéger l'application de la *Charte* en tant que régime utile. Je vais appuyer ces conclusions sur trois points: premièrement, l'idée d'une immunité complète contre l'utilisation d'une preuve dérivée soulève des problèmes importants; deuxièmement, l'historique du par. 5(2) de la *Loi sur la preuve au Canada* et la proposition selon laquelle cet historique guide l'interprétation de la *Charte*; troisièmement, l'analyse du par. 24(2) de la *Charte*.

Comme je l'ai déjà fait remarquer, la Cour suprême des États-Unis, dans l'arrêt *Kastigar*, précité, a établi qu'une loi pouvait légitimement avoir pour effet d'abroger le Cinquième amendement de la Constitution américaine si elle remplaçait la protection offerte par cet amendement par une immunité de même étendue, que l'on a, dans l'arrêt *Kas-*

In moving to this position, the Court backed away from the perceived authority of *Counselman*, *supra*, that a coextensive immunity resides only in the complete freedom from prosecution, or transactional immunity. However, although there is a legitimate difference in theory between derivative-use and transactional immunity, the practical difference between these protections may be negligible indeed. I agree with the following commentary from *Thomson Newspapers*, *supra*, at pp. 557-58 (*per* La Forest J.):

[T]he practical effect of conferring derivative use immunity is in many cases virtually indistinguishable from the conferral of immunity from prosecution; see M. Berger, *Taking the Fifth: The Supreme Court and the Privilege Against Self-Incrimination* (1980), at p. 72. That is because it is in many cases extremely difficult for the prosecution to prove that the evidence it seeks to introduce against an accused who has been compelled to testify is not in fact derived from that testimony. It must be remembered that it would not be enough for the Crown to prove simply that the evidence could have been obtained independently of their testimony; that would not preclude actual reliance on the leads found in the compelled testimony. Instead, it must be proved that the evidence was in fact found independently of the compelled testimony. In the wake of an even relatively complex investigation where many different and reinforcing leads and mere hunches have played a part in guiding the investigators, what could possibly constitute such proof?

As La Forest J. proceeds to discuss in *Thomson Newspapers*, the effect of a complete derivative-use immunity may be to afford the compelled witness an "immunity bath", or a complete transactional immunity in respect of matters touching upon the compelled testimony.

tigar, précité, considérée comme une immunité complète contre l'utilisation de la preuve dérivée. Lorsqu'elle a adopté cette position, la Cour a pris ses distances par rapport à l'autorité perçue de l'arrêt *Counselman*, précité, selon lequel il ne peut y avoir même étendue que s'il y a protection complète contre les poursuites ou immunité à l'égard d'une affaire donnée. Cependant, bien qu'il existe, en théorie, une distinction légitime entre l'immunité contre l'utilisation de la preuve dérivée et l'immunité à l'égard d'une affaire donnée, en pratique, il se peut, que la différence soit vraiment négligeable. Je suis d'accord avec le commentaire suivant tiré de *Thomson Newspapers*, précité, aux pp. 557 et 558 (le juge La Forest):

[L']attribution de l'immunité contre l'utilisation de la preuve dérivée ne peut quasiment pas être distinguée, dans plusieurs cas, de l'attribution de l'immunité contre toute poursuite; voir M. Berger, *Taking the Fifth: The Supreme Court and the Privilege Against Self-Incrimination* (1980), à la p. 72. Cela s'explique parce que dans plusieurs cas il est extrêmement difficile pour la poursuite d'établir que la preuve qu'elle cherche à produire contre un accusé qui a été contraint de témoigner ne constitue pas en fait une preuve dérivée de ce témoignage. Il faut se rappeler qu'il ne suffirait pas que la poursuite établisse simplement qu'elle aurait pu obtenir la preuve sans le témoignage; cela ne l'empêcherait pas de s'appuyer réellement sur les indices décelés dans le témoignage forcé. Il faut plutôt établir que la preuve a effectivement été découverte indépendamment du témoignage forcé. À la suite d'une enquête même relativement complexe où plusieurs indices différents et concordants et de simples intuitions ont pu guider les enquêteurs, qu'est-ce qui peut constituer une telle preuve?

Comme le juge La Forest le précise ensuite dans *Thomson Newspapers*, une immunité complète contre l'utilisation de la preuve dérivée peut être de conférer à la personne contrainte à témoigner une «sphère d'immunité» ou encore une immunité complète à l'égard d'une affaire donnée relativement aux questions touchant le témoignage forcé.

My concern with respect to the difficulty of distinguishing an absolute derivative-use immunity from a transactional immunity relates to the second point I will discuss, namely, the relevance of s. 5(2) of the *Canada Evidence Act*. For the pre-

Le souci que j'ai quant à la difficulté d'établir une distinction entre une immunité absolue contre l'utilisation de la preuve dérivée et une immunité à l'égard d'une affaire, porte sur le deuxième point que je vais examiner, savoir la pertinence du par.

sent, however, I simply wish to note that the drafters of the *Charter* would have been well aware of the American experience when they devised s. 13. If they had intended to provide complete derivative-use immunity, and if they had formed this intention when aware of its practical implications, why would they not have given effect to those implications in direct terms? That is, if the drafters intended that testimony might be purchased at the price of prosecutorial immunity, why did they not simply say so? Why would the framers choose to establish such protection indirectly, through the part-protection of an evidentiary immunity which could not be given effect according to its terms? If I were to hold that the *Charter* requires derivative-use immunity, I would find these questions difficult to answer.

In point of fact, however, I do not find these questions troubling at all, and again I suggest that primary regard must be had for the language used in the *Charter*. I have already described how ss. 11(c) and 13 of the *Charter* are seemingly an attempt to constitutionalize the approach previously evident in the *Canada Evidence Act*. This being the case, in an effort to determine the extent of immunity protection which was envisioned by the drafters, is it not relevant to consider what s. 5(2) of the *Canada Evidence Act* protected? In my view, it most certainly is.

Indeed, I think a comparable analysis was invoked by L'Heureux-Dubé J. in *Thomson Newspapers, supra*, where she stated (at p. 581):

Pre-*Charter* cases involving derivative evidence establish that the protection afforded by s. 5(2) of the *Canada Evidence Act* did not extend beyond the actual testimony of the witness. Evidence of facts discovered as a result of the testimony was not covered by the immunity available under that provision. [Emphasis in original.]

Although L'Heureux-Dubé J. referred in this passage to s. 5(2) as protecting only "testimony", I

5(2) de la *Loi sur la preuve au Canada*. Toutefois, je tiens simplement, pour l'instant, à souligner que les rédacteurs de la *Charte* devaient bien être au courant de l'expérience américaine lorsqu'ils ont conçu l'art. 13. S'ils avaient eu l'intention d'accorder une immunité complète contre l'utilisation de la preuve dérivée, et s'ils avaient formé cette intention au moment où ils étaient au courant de ses répercussions pratiques, pourquoi n'en auraient-ils pas tenu compte en termes explicites? Autrement dit, si les rédacteurs voulaient que le témoignage puisse être acheté en échange d'une immunité contre les poursuites, pourquoi ne l'ont-ils pas tout simplement dit? Pourquoi les rédacteurs auraient-ils choisi d'établir une telle protection indirectement, au moyen de la protection partielle d'une immunité relative à la preuve non susceptible d'être appliquée d'après son texte? Si je devais conclure que la *Charte* exige une immunité contre l'utilisation de la preuve dérivée, je jugerais difficile de répondre à ces questions.

En fait, je ne les considère aucunement troublantes et je répète qu'il faut avant tout tenir compte du texte de la *Charte*. J'ai déjà décrit comment l'al. 11(c) et l'art. 13 de la *Charte* semblent constituer une tentative de constitutionnaliser l'approche qui ressortait auparavant de la *Loi sur la preuve au Canada*. Ceci dit, si l'on veut déterminer l'étendue de l'immunité envisagée par les rédacteurs, n'est-il pas pertinent d'examiner ce que protégeait le par. 5(2) de la *Loi sur la preuve au Canada*? À mon avis, cela est fort pertinent.

En fait, je crois que le juge L'Heureux-Dubé a recours à une analyse comparable dans *Thomson Newspapers, précité*, lorsqu'elle affirme (à la p. 581):

La jurisprudence qui a porté sur la preuve dérivée avant l'adoption de la *Charte* établit que la protection accordée par le par. 5(2) de la *Loi sur la preuve au Canada* n'allait pas au-delà de la déposition elle-même du témoin. Les éléments de preuve découverts suite au témoignage ne bénéficiaient pas de la protection offerte par cette disposition. [Souligné dans l'original.]

Bien que le juge L'Heureux-Dubé précise dans ce passage que le par. 5(2) protège seulement la

think it is clear that she meant to indicate that s. 5(2) never established derivative-use immunity. That is, she did not mean to indicate that s. 5(2) never protected against the subsequent use of "real" evidence, since that did sometimes occur: e.g., *Attorney-General v. Kelly* (1916), 28 D.L.R. 409 (Man. C.A.); but cf. *R. v. Simpson*, [1943] 3 D.L.R. 355 (B.C.C.A.). Protection of real evidence under s. 5(2), however, proceeded on the basis that the compelled disclosure of such evidence could be considered an "answer" within the meaning of the provision. It does not follow, however, that the "answer" was further protected by way of derivative-use immunity in respect of clue facts. That is, evidence brought to light as a result of a compelled disclosure was not protected.

«déposition», il est clair, à mon avis, qu'elle voulait indiquer que le par. 5(2) n'avait jamais établi une immunité contre l'utilisation de la preuve dérivée. En d'autres termes, elle n'a pas voulu indiquer que le par. 5(2) n'avait jamais offert de protection contre l'utilisation subséquente de la preuve «matérielle», puisque cela s'était parfois produit: voir, par exemple, *Attorney-General c. Kelly* (1916), 28 D.L.R. 409 (C.A. Man.), mais comparer *R. c. Simpson*, [1943] 3 D.L.R. 355 (C.A.C.-B.). Cependant, la protection de la preuve matérielle en vertu du par. 5(2) reposait sur le motif que la divulgation forcée d'une telle preuve pouvait être considérée comme une «réponse» au sens de la disposition. Il ne s'ensuit pas pour autant que la «réponse» était davantage protégée par une immunité contre l'utilisation de la preuve dérivée relativement aux indices. Autrement dit, les éléments de preuve découverts par suite d'une divulgation forcée n'étaient pas protégés.

172 We are not asked today to consider the wisdom of s. 5(2)'s historical interpretation: see *Re Ginsberg* (1917), 38 D.L.R. 261 (Ont. S.C., App. Div.), at p. 264. In so far as s. 5(2) suggests that an answer shall not be "used or admissible in evidence" at subsequent proceedings, it could logically sustain an interpretation which favours derivative-use immunity. Wigmore acknowledged this point, but also recognized that, in Canada, "this type of statute is given effect according to its terms, without regard to its possible inefficacy in removing all risk of subsequent prosecution through clues obtained" (*supra*, §2283, at p. 525). It is, of course, open to Parliament to offer statutory protection "greater in scope than comparable rights affirmed by our Constitution": *R. v. Kuldip*, [1990] 3 S.C.R. 618, at p. 638. That point of statutory interpretation aside, however, it is clear enough that those who drafted the *Charter* regarded s. 5(2) of the *Canada Evidence Act* as a provision which offered only simple-use immunity, and not derivative-use immunity.

On ne nous demande pas aujourd'hui d'examiner la sagesse de l'interprétation traditionnelle du par. 5(2): voir *Re Ginsberg* (1917), 38 D.L.R. 261 (C.S. Ont., Div. app.), à la p. 264. Puisque le par. 5(2) prévoit qu'une réponse «ne peut être invoquée et n'est pas admissible en preuve» dans des procédures subséquentes, il pourrait logiquement justifier une interprétation qui favorise l'existence d'une immunité contre l'utilisation de la preuve dérivée. Wigmore a reconnu cela, mais a aussi affirmé qu'au Canada [TRADUCTION] «ce type de loi est appliqué à la lettre, sans égard à la possibilité qu'il s'avère inefficace pour éliminer tout risque de poursuites subséquentes fondées sur les indices obtenus» (*op. cit.*, §2283, à la p. 525). Il est évidemment loisible au législateur d'offrir une protection légale ayant une «portée plus considérable que les droits comparables que garantit notre Constitution»: *R. c. Kuldip*, [1990] 3 R.C.S. 618, à la p. 638. Cependant, mis à part ce point d'interprétation législative, il est assez clair que les rédacteurs de la *Charte* ont considéré le par. 5(2) de la *Loi sur la preuve au Canada* comme une disposition qui offrait seulement une immunité contre l'utilisation de la preuve, et non une immunité contre l'utilisation de la preuve dérivée.

In assessing the extent of immunity protection available in the *Charter*, therefore, primary regard must be had for s. 13 of the *Charter*, which reproduces an immunity protection using language nearly identical to that which appears in s. 5(2) of the *Canada Evidence Act*. Note that in *Kuldip*, *supra*, Lamer C.J. stated that “[s]ection 5(2) and s. 13 offer virtually identical protection” (p. 642). Consequently, it would seem to me that those who framed the *Charter* made an explicit decision to favour a kind of immunity protection, namely, the simple-use immunity formerly available under the *Canada Evidence Act*, and they simultaneously eschewed absolute derivative-use immunity.

That not all derivative evidence is worthy of the protection afforded to self-incriminatory testimony is further supported by an examination of this Court’s jurisprudence under s. 24(2). At the same time, however, that jurisprudence discloses the need for some protection. Indeed, this examination can show that the development of a residual role for s. 7 can enhance the operation of the *Charter* as a system, and result in the coherent recognition of a principle against self-incrimination.

To begin this examination, I quote at length from the judgment of La Forest J. in *Thomson Newspapers*, *supra*. In his reasons, La Forest J. acknowledged a distinction between compelled testimony and derivative evidence which I think is fundamental to an immunity solution. That distinction is the distinction between evidence which is created, and evidence which is merely located or identified. La Forest J. stated (at pp. 549-50):

It is only when the testimony itself has to be relied on [at a subsequent proceeding] that the accused can be said to have been forced to actually create self-incriminatory evidence in his or her own trial. The compelled testimony is evidence that simply would not have existed independently of the exercise of the power to compel it; it is in this sense evidence that could have been obtained only from the accused.

En conséquence, lorsque l’on examine l’étendue de l’immunité offerte dans la *Charte*, il faut principalement tenir compte de l’art. 13 de la *Charte*, qui reproduit une immunité en des termes presque identiques à ceux du par. 5(2) de la *Loi sur la preuve au Canada*. Il y a lieu de remarquer que, dans l’arrêt *Kuldip*, le juge en chef Lamer affirme que «[l]e paragraphe 5(2) et l’art. 13 offrent pratiquement la même protection» (p. 642). Par conséquent, il me semblerait que les rédacteurs de la *Charte* ont explicitement décidé de favoriser un type d’immunité, celle contre l’utilisation de la preuve qui existait auparavant sous le régime de la *Loi sur la preuve au Canada*, et ont évité en même temps de créer une immunité absolue contre l’utilisation de la preuve dérivée.

L’examen de la jurisprudence de notre Cour, relative au par. 24(2), démontre aussi que ce ne sont pas tous les éléments de preuve dérivés qui méritent la protection applicable aux témoignages incriminants. Cependant, cette jurisprudence fait ressortir, en même temps, la nécessité d’une certaine protection. En fait, le présent examen peut démontrer que la création d’un rôle résiduel pour l’art. 7 est susceptible d’améliorer l’application de la *Charte* en tant que régime, et d’entraîner la reconnaissance logique d’un principe interdisant l’auto-incrimination.

Pour commencer, je cite les motifs du juge La Forest dans *Thomson Newspapers*, précité, où il reconnaît une distinction entre le témoignage forcé et la preuve dérivée, qui est, à mon avis, essentiel pour régler la question de l’immunité. Il s’agit de la distinction entre la preuve qui est créée, et celle qui est située ou identifiée. Voici ce que dit le juge La Forest, aux pp. 549 et 550:

Ce n’est que lorsqu’il faut s’appuyer sur le témoignage lui-même que l’on peut dire que l’accusé a été forcé de créer véritablement une preuve incriminante à son propre procès. Le témoignage forcé constitue une preuve qui n’aurait tout simplement pas existé sans l’exercice du pouvoir de contraindre la personne à témoigner; en ce sens, c’est une preuve qui aurait pu être obtenue seulement de l’accusé.

By contrast, evidence derived from compelled testimony is, by definition, evidence that existed independently of the compelled testimony. This follows logically from the fact that it was evidence which was found, identified or understood as a result of the "clues" provided by the compelled testimony. Although such evidence may have gone undetected or unappreciated in the absence of the compelled clues, going undetected or unappreciated is not the same thing as non-existence. The mere fact that the derivative evidence existed independently of the compelled testimony means that it could have been found by some other means, however low the probability of such discovery may have been.

Seen from this light, it becomes apparent that those parts of derivative evidence which are incriminatory are only self-incriminatory by virtue of the circumstances of their discovery in a particular case. They differ in this respect from incriminatory portions of the compelled testimony itself, which are by definition self-incriminatory, since testimony is a form of evidence necessarily unique to the party who gives it. [Emphasis in original.]

Stated succinctly, compelled testimony is evidence which has been created by the witness, whereas derivative evidence is evidence which has independent existence. It is only the class of created evidence which is, by definition, self-incriminatory.

176

This distinction between evidence created by the accused and evidence which has an independent existence has been offered in relation to s. 24(2) as well. In *R. v. Collins*, [1987] 1 S.C.R. 265, Lamer J. dealt with the problem of an improperly obtained confession. In this context, he drew a distinction between real evidence and self-incriminatory evidence and suggested that admission of the former would rarely bring the administration of justice into disrepute. But as La Forest J. discussed in *Thomson Newspapers*, *supra*, *Collins* does not purport to draw a final distinction between real evidence and self-incriminatory evidence. Rather, Lamer J. in *Collins* emphasized that "real evidence existed irrespective of the violation of the Charter" (p. 284), whereas in the case of a confession, "the accused is conscripted against himself" (p. 284) such that the fairness of the trial is affected. The important point to highlight from *Collins* is the

Par contre, la preuve dérivée d'un témoignage forcé est, par définition, une preuve qui existe indépendamment du témoignage forcé. Cela découle logiquement du fait qu'il s'agit d'une preuve découverte, identifiée ou saisie grâce aux «indices» procurés par le témoignage forcé. Même si une telle preuve aurait pu passer inaperçue ou être ignorée en l'absence des indices obtenus par contrainte, le fait de passer inaperçu ou d'être ignoré est différent de l'inexistence. Le simple fait que la preuve dérivée ait existé indépendamment du témoignage forcé signifie qu'elle aurait pu être découverte par d'autres moyens, aussi faible qu'ait pu être la probabilité de cette découverte.

Dans cette perspective, il devient clair que les éléments incriminants de la preuve dérivée sont auto-incriminants seulement en raison des circonstances entourant leur découverte dans une affaire particulière. Ils diffèrent à cet égard des portions incriminantes du témoignage forcé lui-même qui sont par définition auto-incriminantes puisque le témoignage est une forme de preuve nécessairement unique à l'égard de son auteur. [Souligné dans l'original.]

Bref, un témoignage forcé est une preuve qui a été créée par le témoin, alors que la preuve dérivée est une preuve qui a une existence indépendante. C'est seulement la catégorie de preuve créée qui est, par définition, incriminante.

Cette distinction entre la preuve créée par l'accusé et celle qui a une existence indépendante a également été faite relativement au par. 24(2). Dans l'arrêt *R. c. Collins*, [1987] 1 R.C.S. 265, le juge Lamer a examiné le problème d'une confession obtenue irrégulièrement. Dans ce contexte, il a établi une distinction entre la preuve matérielle et la preuve auto-incriminante et a laissé entendre que l'utilisation de la preuve matérielle déconsidérerait rarement l'administration de la justice. Cependant, comme le juge La Forest le dit dans *Thomson Newspapers*, précité, l'arrêt *Collins* n'est pas censé établir une distinction définitive entre la preuve matérielle et la preuve auto-incriminante. Dans *Collins*, le juge Lamer souligne plutôt que «[l]a preuve matérielle existe indépendamment de la violation de la Charte» (p. 284), tandis que, dans le cas d'une confession «l'accusé est conscrit contre lui-même» (p. 284) de sorte que l'équité du

suggestion that evidence (such as a confession) which the accused creates will be regarded as self-incriminatory, whereas other, independently existing evidence may not.

The fact that independently existing evidence which is obtained after a *Charter* breach may nonetheless fail to be excluded under s. 24(2) goes some distance toward destroying the suggestion that absolute derivative-use immunity is desirable. If evidence derived from a *Charter* breach can be admitted on the theory that its use will not bring the administration of justice into disrepute, how then can it be said that to admit any evidence derived from compelled testimony would be contrary to the principles of fundamental justice? To make this argument is to suggest, inferentially, that the admission of evidence which offends the principles of fundamental justice does not bring the administration of justice into disrepute. How can this be? As L'Heureux-Dubé J. observed in *Thomson Newspapers, supra*, "[t]o state the question is to answer it" (p. 582).

Thus it again appears that there is no requirement for derivative evidence to be excluded *in toto* under the *Charter*. But does s. 24(2) have anything to say about a partial derivative-use immunity under s. 7? Have any meaningful rules developed in this regard? In the discussion below, I will review the following thesis, namely, that under s. 24(2) of the *Charter*, evidence has been excluded on the theory that, practically speaking, it could not have been obtained but for a pre-existing *Charter* violation.

In the quotation from *Thomson Newspapers, supra* (per La Forest J.) offered above, it was pointed out that there is a clear distinction in the case of compelled testimony between evidence which the accused is forced to create, and evidence which has an independent existence. Testimony is created; all derivative evidence has independent existence. Part of the difficulty in understanding cases decided under s. 24(2), however, arises

procès s'en ressent. Le point important qui se dégage de *Collins* est que la preuve (telle une confession) que l'accusé crée sera considérée comme auto-incriminante, alors qu'une autre, qui existe indépendamment, ne le sera peut-être pas.

Le fait qu'une preuve indépendante, obtenue après une violation de la *Charte*, risque néanmoins de ne pas être écartée en application du par. 24(2) annihile dans une certaine mesure la proposition selon laquelle l'immunité contre l'utilisation de la preuve dérivée est souhaitable. Si la preuve obtenue par suite d'une violation de la *Charte* peut être admise en partant du principe que son utilisation ne déconsidérera pas l'administration de la justice, alors comment peut-on affirmer que l'utilisation de toute preuve dérivée d'un témoignage forcé serait contraire aux principes de justice fondamentale? Pareil argument revient à laisser entendre, par déduction, que l'utilisation d'une preuve qui contrevient aux principes de justice fondamentale ne déconsidère pas l'administration de la justice. Comment cela est-il possible? Comme le juge L'Heureux-Dubé le fait remarquer dans *Thomson Newspapers, précité*, «[p]oser la question c'est y répondre» (p. 582).

Ainsi, il appert de nouveau que la *Charte* n'exige pas que les éléments de preuve dérivée soient écartés en totalité. Cependant, le par. 24(2) a-t-il quelque chose à dire au sujet de l'attribution, fondée sur l'art. 7, d'une immunité partielle contre l'utilisation de la preuve dérivée? A-t-on établi des règles utiles à cet égard? Dans l'analyse qui suit, je vais examiner la thèse selon laquelle, sous le régime du par. 24(2) de la *Charte*, on a écarté des éléments de preuve en partant du principe qu'il aurait été, en pratique, impossible de les obtenir sans une violation préexistante de la *Charte*.

Dans l'extrait précité de *Thomson Newspapers* (le juge La Forest), on souligne qu'il existe, dans le cas d'un témoignage forcé, une nette distinction entre les éléments de preuve que l'accusé est forcé de créer, et ceux qui existent indépendamment. Le témoignage est créé; tous les éléments de preuve dérivée ont une existence indépendante. Cependant, la difficulté de saisir les décisions fondées sur le par. 24(2) découle en partie du fait que, dans ce

177

178

179

because the distinction may be less clear-cut in that context. On the one hand, it is clear that pre-trial statements obtained from an accused person are created by the accused. They are like testimony in that regard. But with respect to all other kinds of evidence, independent existence may be difficult to define. Although evidence which does not result from a verbal utterance will generally have a physical character to it (e.g., blood, a visually observed identity or phenomenon, a weapon, or drugs), such evidence may not exist as evidence *per se* without the intermediate participation of the accused. In such cases, I believe that a determinative consideration has been whether the evidence could have been obtained by the state but for the accused's participation following a *Charter* breach.

contexte, la distinction n'est peut-être pas aussi claire. D'une part, il est évident que c'est l'accusé qui crée les déclarations qu'il fait avant le procès. Elles s'apparentent à des témoignages à cet égard. Cependant, en ce qui concerne tous les autres types d'éléments de preuve, il peut être difficile d'établir s'ils ont une existence indépendante. Bien que les éléments de preuve ne résultant pas d'une déclaration verbale possèdent généralement une caractéristique matérielle (par exemple, du sang, une personne ou un phénomène observé directement, une arme ou de la drogue), il se peut qu'ils ne constituent pas une preuve en soi sans la participation intermédiaire de l'accusé. Dans ces cas, je crois qu'un facteur déterminant a été de savoir si les éléments de preuve auraient pu être obtenus par l'État sans la participation de l'accusé à la suite d'une violation de la *Charte*.

180 In *R. v. Pohoretsky*, [1987] 1 S.C.R. 945, for example, the accused was incoherent and delirious when a doctor took a blood sample without his consent and at the request of a police officer. The Crown conceded that a violation of s. 8 of the *Charter* thus occurred, and, in the analysis under s. 24(2), Lamer J. affirmed that the evidence was improperly admitted at first instance. Lamer J. stated (at p. 949):

Par exemple, dans l'arrêt *R. c. Pohoretsky*, [1987] 1 R.C.S. 945, l'accusé était incohérent et en proie au délire lorsqu'un médecin a prélevé un échantillon de son sang sans son consentement et à la demande d'un policier. Le ministère public a reconnu qu'il y avait ainsi eu violation de l'art. 8 de la *Charte* et, au moment de l'analyse fondée sur le par. 24(2), le juge Lamer a confirmé que la preuve avait été obtenue irrégulièrement au départ, affirmant (à la p. 949):

They took advantage of the appellant's unconsciousness to obtain evidence which they had no right to obtain from him without his consent had he been conscious. The effect of their conduct was to conscript the appellant against himself.

Ils ont profité de l'inconscience de l'appelant pour obtenir des preuves qu'ils n'avaient pas le droit d'obtenir de lui sans son consentement s'il avait été conscient. Leur comportement a eu pour effet de mobiliser l'appelant contre lui-même.

I think it is implicit in the notion that the authorities "had no right to obtain" the blood, that the evidence could not have been obtained in *Pohoretsky* but for the pre-existing *Charter* breach. No blood sample was independently available to the police on the facts, and there was no legal authority which could have been used to obtain one. That is, the accused's blood existed; a legally available blood sample did not.

Je crois que la mention du fait que les autorités «n'avaient pas le droit d'obtenir» le sang indique implicitement que la preuve n'aurait pas pu être obtenue n'eût été la violation préexistante de la *Charte*. D'après les faits, la police n'aurait pu se procurer de façon indépendante un échantillon de sang et il n'existait aucune autorisation légale qui aurait pu servir pour en obtenir un. Autrement dit, le sang de l'accusé existait, alors qu'il n'existait pas d'échantillon de sang légalement accessible.

181 In a similar way, in *R. v. Ross*, [1989] 1 S.C.R. 3, the accused's right to counsel under s. 10(b) of the *Charter* was infringed, and the accused were

De même, dans l'arrêt *R. c. Ross*, [1989] 1 R.C.S. 3, il y avait eu violation du droit à l'assistance d'un avocat que l'al. 10b) de la *Charte*

subsequently identified in a police line-up. In holding that the identification evidence ought to have been excluded, Lamer J. first noted that "it is clear that there is no legal obligation to participate in a line-up", such that "it is clear that counsel has an important role in advising a client about participating voluntarily" (p. 13). Then, in this context, Lamer J. stated (at p. 16):

Any evidence obtained, after a violation of the *Charter*, by conscripting the accused against himself through a confession or other evidence emanating from him would tend to render the trial process unfair. In *Collins* we used the expression "emanating from him" since we were concerned with a statement. But we did not limit the kind of evidence susceptible of rendering the trial process unfair to this kind of evidence. I am of the opinion that the use of any evidence that could not have been obtained but for the participation of the accused in the construction of the evidence for the purposes of the trial would tend to render the trial process unfair. [Emphasis added.]

As Lamer J. proceeded to note in *Ross*, it is possible to distinguish identification evidence *per se* from line-up evidence, in that the latter "could not have been obtained but for the participation of the accused in the construction of the evidence" (p. 17). To be sure, mere identification evidence could have been otherwise obtained by the state in *Ross*, but not line-up evidence, and it was line-up evidence which the Crown adduced. On the facts, the accused had not formerly taken part in a line-up (i.e., there was no pre-existing voluntary line-up evidence), and the accused could not have been compelled to participate in one.

If applied to the opposite effect, the thesis I advance can also be used to explain the result in *R. v. Black*, [1989] 2 S.C.R. 138. In *Black*, after a violation of s. 10(b) occurred, an accused helped the police to identify a particular knife as the murder

garantit à un accusé et cet accusé avait, par la suite, été reconnu au cours d'une séance d'identification. Lorsqu'il a affirmé que la preuve d'identification aurait dû être écartée, le juge Lamer a fait tout d'abord remarquer qu'«il est clair qu'il n'y a aucune obligation juridique de participer à une séance d'identification» (p. 13) de sorte qu'«il est évident que l'avocat joue un rôle important quand il donne des conseils à un client sur la participation volontaire à une séance d'identification» (p. 14). Dans ce contexte, le juge Lamer précise ensuite, à la p. 16:

Toute preuve qu'on obtient, après une violation de la *Charte*, en conscrivant l'accusé contre lui-même au moyen d'une confession ou d'autres preuves émanant de lui est susceptible de rendre le procès inéquitable. Dans l'arrêt *Collins*, nous avons employé l'expression «émanant de lui» parce qu'il s'agissait d'une déclaration. Mais nous n'avons pas limité à cela le genre de preuve susceptible de rendre le procès inéquitable. Je suis d'avis que l'utilisation de tout élément de preuve qu'on n'aurait pas pu obtenir sans la participation de l'accusé à la constitution de la preuve aux fins du procès est susceptible de rendre le procès inéquitable. [Je souligne.]

Comme le juge Lamer le fait remarquer dans l'arrêt *Ross*, il est possible d'établir, entre la preuve d'identification en soi et la preuve obtenue au moyen d'une séance d'identification, une distinction fondée sur le fait que cette dernière «n'aurait pu être sans la participation de l'accusé à la constitution de la preuve» (p. 17). Il est certain que, dans l'arrêt *Ross*, la simple preuve d'identification aurait pu être obtenue d'une autre manière par l'État, mais non la preuve résultant de la séance d'identification, et c'est cette dernière preuve que le ministère public avait présenté. Selon les faits, l'accusé n'avait pas participé auparavant à une séance d'identification (c.-à-d. qu'il n'existait pas de preuve volontaire préexistante découlant d'une séance d'identification) et l'accusé n'aurait pas pu être contraint à prendre part à une telle séance.

Si on l'applique dans le sens contraire, ma thèse peut aussi servir à expliquer l'arrêt *R. c. Black*, [1989] 2 R.C.S. 138. Dans cet arrêt, après une violation de l'al. 10b), une accusée avait aidé la police à trouver le couteau qui avait été utilisé pour com-

weapon. Wilson J. first acknowledged that the knife, as a tangible item, was evidence which “did not come into existence as a result of the participation of the accused” (p. 164). But she also emphasized that this independently existing item would probably have been identified by the police even without the assistance of the accused. She stated: “I have little doubt that the police would have conducted a search of the [accused’s] apartment with or without her assistance and that such a search would have uncovered the knife” (p. 164); see also at p. 165. Thus, she focused not on the mere fact of the knife’s classification as real evidence, but rather on the question whether, as real evidence, it could have been found without the accused’s voluntary participation.

mettre un meurtre. Le juge Wilson a tout d’abord reconnu que le couteau était un élément de preuve matérielle qui «n’a pas vu le jour par suite de la participation de l’accusée» (p. 164). Cependant, elle a également souligné que cet élément de preuve qui avait une existence indépendante aurait probablement été découvert par la police même sans l’aide de l’accusée. Elle a ajouté: «Je ne doute nullement que les policiers auraient procédé à une fouille de l’appartement de [l’accusée] avec ou sans son aide et que cette fouille leur aurait permis de découvrir le couteau» (p. 164); voir aussi à la p. 165. Le juge Wilson a donc mis l’accent non pas sur le simple fait que le couteau constituait une preuve matérielle, mais plutôt sur la question de savoir si, en tant que preuve matérielle, il aurait pu être découvert sans la participation volontaire de l’accusée.

183

The question whether evidence could have been obtained had the police not infringed the accused’s rights, and in that fashion compelled his participation in the creation of a case, also dominated the analysis in *R. v. Wise*, [1992] 1 S.C.R. 527. In *Wise*, a tracking beeper was installed on an accused’s vehicle, and the Crown acknowledged that the installation constituted an unreasonable search in violation of s. 8 of the *Charter*. However, in determining that the evidence would not be excluded by s. 24(2) of the *Charter*, Cory J. emphasized that comparable evidence was obtained without the unknowing participation of the accused. He stated (at p. 543):

Dans l’arrêt *R. c. Wise*, [1992] 1 R.C.S. 527, il s’agissait aussi de déterminer si l’élément de preuve en question aurait pu être obtenu si les policiers n’avaient pas violé les droits de l’accusé et ne l’avaient pas ainsi contraint à participer à la création d’une preuve. Dans cette affaire, une balise avait été installée sur la voiture d’un accusé et le ministère public a reconnu que cette installation constituait une fouille abusive au sens de l’art. 8 de la *Charte*. Cependant, lorsqu’il a décidé que la preuve ne serait pas écartée en application du par. 24(2) de la *Charte*, le juge Cory a fait ressortir que des éléments de preuve comparables avaient été obtenus à la connaissance de l’accusé. Il affirme, aux pp. 543 et 544:

In this case, the use of the beeper merely assisted the police to gather evidence which, to a great extent, they had obtained by visually observing the vehicle. It is difficult to determine from the transcript what evidence was obtained from the beeper and what was obtained from observation. In light of the unsophisticated nature of the beeper, it seems that the essential evidence was obtained by direct observation. In any event, evidence as to the movement of the vehicle was certainly not “undiscoverable”.

En l’espèce, le recours à la balise a simplement aidé la police à recueillir une preuve qu’elle avait obtenue, en grande partie, en observant le véhicule. Il est difficile de dire, à partir de la transcription, quelle preuve a été obtenue à l’aide de la balise et qu’est-ce que cette observation du véhicule a permis de recueillir. Compte tenu de la nature rudimentaire de la balise, il semble que la preuve essentielle a été obtenue grâce à l’observation directe. Quoi qu’il en soit, la preuve portant sur le déplacement du véhicule n’était certainement pas une preuve qui ne pouvait «pas être découverte».

On the facts of *Wise*, Cory J. had already concluded that the tracking evidence could be characterized as “real” evidence. An analysis of the

Selon les faits de l’arrêt *Wise*, le juge Cory avait déjà conclu que la preuve obtenue grâce à la balise pouvait être qualifiée de preuve «matérielle».

extent to which this evidence was otherwise discoverable only informs the analysis under s. 24(2) if one assumes that it is important to consider whether evidence could have been obtained but for the accused's participation. That is, the "real-evidence" label was not determinative.

At some level, though, and with due regard for Cory J.'s conclusion in *Wise* that the tracking evidence in that case was "real" evidence, one senses that the accused in *Wise*, by driving his car, was engaged in the creation of evidence. However, the importance of this perception pales when *R. v. Mellenthin*, [1992] 3 S.C.R. 615, is examined. In *Mellenthin*, a driver at a random check stop was subjected to an unreasonable search of his vehicle. That search disclosed the presence of illegal drugs. Cory J. quoted from both *Ross*, *supra*, and *Thomson Newspapers*, *supra*, and with respect to the trial judge's finding that "the evidence, although real, could never have been discovered but for the illegal search", stated (at p. 628):

In the case at bar, the trial judge could certainly not be said to have acted unreasonably in concluding that the evidence (the marijuana) would not have been discovered without the compelled testimony (the search) of the appellant.

In the result, Cory J. concluded that the evidence flowing from the illegal search would impact upon the fairness of the trial, and it was excluded on that basis without further consideration of the factors listed in *Collins*, *supra* (the seriousness of the *Charter* violation, and the effect of exclusion). This occurred even though it would be difficult to argue that the accused had, in any sense, created the drugs.

Finally, I would call attention to *R. v. Colarusso*, [1994] 1 S.C.R. 20, in which blood and urine samples were initially taken from an accused by hospital staff. These samples were then seized pursuant to legal authority vested in a coroner. However, following that first legal seizure, the

L'analyse de la mesure dans laquelle cette preuve pouvait être découverte autrement ne sous-tend l'analyse fondée sur le par. 24(2) que si on suppose qu'il est important d'examiner si la preuve en question aurait pu être obtenue, sans la participation de l'accusé. Autrement dit, le fait d'avoir qualifié la preuve de «preuve matérielle» n'était pas déterminant.

Jusqu'à un certain point, cependant, et compte tenu de la conclusion tirée par le juge Cory, dans l'arrêt *Wise*, selon laquelle la preuve obtenue, dans cette affaire, grâce à la balise constituait une preuve «matérielle», on se rend compte que l'accusé, dans *Wise*, se trouvait, lorsqu'il conduisait sa voiture, à créer une preuve. Toutefois, l'importance de cette perception diminue lorsqu'on examine l'arrêt *R. c. Mellenthin*, [1992] 3 R.C.S. 615. Dans cet arrêt, il y avait eu fouille abusive du véhicule d'un conducteur interpellé à un point de contrôle au hasard. Cette fouille avait révélé la présence de drogues illégales. Le juge Cory a cité des extraits des arrêts *Ross* et *Thomson Newspapers*, précités, et, au sujet de la conclusion du juge du procès que «la preuve, quoique matérielle, n'aurait jamais pu être découverte sans la fouille illégale», il a affirmé, à la p. 628:

En l'espèce, on ne saurait certainement pas dire que le juge du procès a agi déraisonnablement en concluant que la preuve (la marijuana) n'aurait pas été découverte sans le témoignage forcé (la fouille) de l'appelant.

En définitive, le juge Cory a conclu que la preuve découlant de la fouille illégale aurait un effet sur l'équité du procès, et il l'a écartée pour ce motif sans examiner davantage les facteurs énumérés dans l'arrêt *Collins*, précité (la gravité de la violation de la *Charte* et l'effet de l'exclusion). Cela s'est produit bien qu'il aurait été difficile de soutenir que l'accusé avait, de quelque façon que ce soit, créé les drogues.

Enfin, j'attirerais l'attention sur l'arrêt *R. c. Colarusso*, [1994] 1 R.C.S. 20, dans lequel des échantillons de sang et d'urine d'un accusé avaient été initialement prélevés par des membres du personnel hospitalier. Ces échantillons avaient ensuite été saisis conformément à un pouvoir que la loi

police executed what amounted to a second unreasonable seizure. On the question whether resulting evidence was properly excluded under s. 24(2) of the *Charter*, La Forest J. first noted that while the labels "real" and "conscriptive" have attained importance in the jurisprudence, "the mere fact that the impugned evidence is classified as either real or conscriptive should not in and of itself be determinative" (p. 74). And, although La Forest J. indicated that the samples could be regarded as real evidence because of the first legal seizure, he also stated (at pp. 75-76):

The importance of determining that the blood sample was real evidence goes only so far as it demonstrates that the sample was given by consent and existed independently of the subsequent *Charter* violation. The coercive powers of the state played no role in creating the sample which was ultimately used to incriminate the appellant. As I discussed in *R. v. Wise, supra*, at p. 570, the prior existence of the sample is important in that it demonstrates "that (the sample) could have been discovered in any event". In my view, the independent and prior existence of the sample completely apart from any s. 8 infringement by the state is an important consideration weighing on the side of allowing the introduction of the evidence.

To this I would merely add that the samples could have been obtained in *Colarusso* without the assistance of the accused. As La Forest J. stated, charges had been laid, the police were aware of the samples, and "[i]f the coroner had not intervened and seized the sample, the officers would inevitably have obtained a warrant for the samples at the very first opportunity" (p. 77).

It will be observed in these cases that the question of the accused's participation is important. In some, it can be seen that the state has already become interested in the affairs of the accused, and the problem lies in determining whether the evidence consciously desired by the authorities could have been obtained without the accused's voluntary participation. Relevant considerations in this regard include whether the impugned evidence

accordait à un coroner. Toutefois, après cette première saisie légale, la police a procédé à une deuxième saisie qui s'est avérée abusive. Quant à savoir si la preuve en résultant avait été écartée à juste titre en vertu du par. 24(2) de la *Charte*, le juge La Forest signale d'abord que, bien que les qualificatifs «matérielle» ou «obtenue en mobilisant l'accusé contre lui-même» aient pris de l'importance dans la jurisprudence, «le simple fait que la preuve contestée soit rangée dans l'une ou l'autre de ces deux catégories ne devrait pas en soi être concluant» (p. 74). Bien qu'il ait indiqué que les échantillons pouvaient être considérés comme une preuve matérielle à cause de la première saisie légale, le juge La Forest ajoute (aux pp. 75 et 76):

Déterminer que l'échantillon de sang constituait une preuve matérielle n'importe que pour autant qu'il se dégage de cette détermination que l'échantillon a été prélevé avec le consentement de l'intéressé et qu'il existait indépendamment de la violation subséquente de la *Charte*. Les pouvoirs de coercition de l'État n'ont été pour rien dans l'obtention de l'échantillon dont on s'est ultimement servi pour incriminer l'appelant. Comme je l'ai indiqué dans l'arrêt *R. c. Wise*, précité, à la p. 570, l'existence antérieure de l'échantillon a ceci d'important qu'elle démontre qu'il «aurait pu être découvert(. . .) de toute façon». À mon avis, l'existence distincte et antérieure de l'échantillon tout à fait indépendamment d'une violation quelconque de l'art. 8 par l'État milite fortement en faveur de l'admission de la preuve.

À ce propos, j'aimerais simplement ajouter que, dans *Colarusso*, les échantillons auraient pu être obtenus sans l'assistance de l'accusé. Comme l'affirme le juge La Forest, des accusations avaient été portées, la police était au courant des échantillons et «[s]i le coroner n'était pas intervenu pour saisir les échantillons, les policiers auraient inévitablement obtenu à la toute première occasion un mandat pour les saisir» (p. 77).

On remarquera, dans ces arrêts, que la question de la participation de l'accusé est importante. Dans certains, on peut constater que l'État avait déjà commencé à s'intéresser aux activités de l'accusé et le problème est de savoir si la preuve que les autorités cherchaient expressément à obtenir aurait pu être obtenue sans la participation volontaire de l'accusé. À cet égard, il faut notamment se demander si la preuve attaquée existait déjà et, dans l'aff-

already existed, and, if it did, whether the state could legally compel its availability (see, e.g., *Ross, supra*; *Wise, supra*; *Black, supra*; and *Colarusso, supra*). In other cases, it may be that without the *Charter* breach the state would not have become interested in the accused at all (see, e.g., *Mellenthin, supra*).

Common to both kinds of cases, however, is the realization that the pre-existing *Charter* breach is relevant to the question of participation. Of course, it might always be argued that even without the pre-existing *Charter* breach, an accused might choose to cooperate with the state. It might be argued, for example, that the accused in *Ross, supra*, might have consented to participate in the line-up even if they had obtained legal advice. However, comparable arguments were considered and rejected in both *Black, supra*, and *R. v. Elshaw*, [1991] 3 S.C.R. 24. In the latter case, it was stated that (at p. 44):

No one can speculate what the appellant might have said or done at the time of his detention had he been advised of his right to counsel or even of his right to remain silent. To base admission on the ground that he might have confessed completely undermines the enshrinement of the right to counsel in the *Charter*. [Emphasis in original.]

In other words, under s. 24(2), we are not willing to assume that an accused would knowingly assist the state in its effort to establish a case. The timing of the *Charter* breach becomes important. Once a breach occurs, any evidence thereafter obtained which could not have been obtained but for the voluntary assistance of the accused will tend to be regarded as self-incriminatory evidence which impacts upon the fairness of the trial. It is generally assumed that, but for the breach, the accused would not have cooperated.

In this regard, I return to the seminal authority on s. 24(2), *Collins, supra*. In *Collins*, Lamer J. stated (at p. 284):

[T]he situation is very different with respect to cases where, after a violation of the *Charter*, the accused is conscripted against himself through a confession or

firmative, si l'État pouvait légalement en forcer la production (voir, par exemple, les arrêts *Ross, Wise, Black* et *Colarusso*, précités). Dans d'autres cas, il se peut que, n'eût été la violation de la *Charte*, l'État ne se serait pas intéressé à l'accusé (voir, par exemple, l'arrêt *Mellenthin*, précité).

Cependant, ces deux catégories de décisions ont en commun le fait que la violation préexistante de la *Charte* est pertinente relativement à la question de la participation. Certes, on pourrait toujours soutenir que, même en l'absence de la violation préexistante de la *Charte*, un accusé pourrait choisir de collaborer avec l'État. Par exemple, on pourrait soutenir que les accusés dans l'arrêt *Ross*, précité, auraient pu consentir à participer à la séance d'identification même après avoir consulté un avocat. Cependant, des arguments comparables ont été examinés et rejetés à la fois dans l'arrêt *Black*, précité, et *R. c. Elshaw*, [1991] 3 R.C.S. 24, dans lequel on affirme, à la p. 44:

Nul ne peut conjecturer sur ce que l'appelant aurait pu dire ou faire au moment de sa détention s'il avait été informé de son droit à l'assistance d'un avocat ou même de son droit de garder le silence. Motiver l'utilisation des éléments de preuve par le fait qu'il aurait pu faire un aveu, c'est miner complètement le droit à l'assistance d'un avocat, consacré dans la *Charte*. [Souligné dans l'original.]

En d'autres termes, en vertu du par. 24(2), nous ne sommes pas disposés à présumer qu'un accusé aiderait sciemment l'État à constituer une preuve. Le moment de la violation de la *Charte* devient important. Dès qu'il y a violation, tout élément de preuve obtenu par la suite, qui n'aurait pu l'être sans la participation volontaire de l'accusé, aura tendance à être considéré comme une preuve auto-incriminante ayant une incidence sur l'équité du procès. On présume généralement que, n'eût été la violation, l'accusé n'aurait pas collaboré.

À cet égard, je reviens sur l'arrêt de principe relatif au par. 24(2), l'arrêt *Collins*, précité, dans lequel le juge Lamer dit, à la p. 284:

Il en est [...] bien autrement des cas où, à la suite d'une violation de la *Charte*, l'accusé est conscrit contre lui-même au moyen d'une confession ou d'autres preuves

other evidence emanating from him. The use of such evidence would render the trial unfair, for it did not exist prior to the violation and it strikes at one of the fundamental tenets of a fair trial, the right against self-incrimination.

This continues to be a correct statement of the law. It is only necessary to add that any kind of evidence can be evidence “emanating from” an accused: see *Ross, supra*. Moreover, to the extent it is relevant to consider whether evidence “did not exist prior to the violation”, the reference here is to evidence *qua* evidence. Physical objects, observations, and bodily fluids may exist prior to a *Charter* breach, but they do not exist as evidence unless the state has a means to acquire them for trial. This is what I take from Lamer J.’s statement in *Ross, supra*, to the effect that the evidence of concern is “evidence that could not have been obtained but for the participation of the accused in the construction of the evidence for the purposes of the trial” (p. 16 (emphasis added)).

189 Thus, I think it is clear that under s. 24(2), we tend to regard as self-incriminatory not only that evidence which is manifestly created by an accused (such as a pre-trial statement), but also any evidence which could not have been obtained by the state from the accused but for the *Charter* violation. I regard this state of the law as having obvious implications for s. 7 and the question of derivative-use immunity.

190 Under s. 24(2), evidence which would render a trial unfair tends to be excluded under the first branch of the *Collins, supra*, analysis. In *Elshaw, supra*, it was indicated that a consideration of the second factor from *Collins*, namely, the seriousness of the *Charter* violation, cannot strengthen the case in favour of admissibility. Thus, to the extent that trial fairness is affected by self-incriminatory evidence, and that is necessarily the case (*Collins, supra*), exclusion tends to be the result. Once it is recognized that the admission of evidence would render a trial unfair, “the seriousness of the offence

émanant de lui. Puisque ces éléments de preuve n’existaient pas avant la violation, leur utilisation rendrait le procès inéquitable et constituerait une attaque contre l’un des principes fondamentaux d’un procès équitable, savoir le droit de ne pas avoir à témoigner contre soi-même.

Il s’agit toujours là d’un énoncé correct de l’état du droit. Il faut seulement ajouter qu’une preuve, quelle qu’elle soit, peut être une preuve «émanant d’un» accusé: voir l’arrêt *Ross*, précité. De plus, dans la mesure où il est pertinent d’examiner si les éléments de preuve «n’existaient pas avant la violation», je parle ici de la preuve en tant que preuve. Les objets matériels, les observations et les liquides organiques peuvent exister avant une violation de la *Charte*, mais ils n’existent pas en tant qu’éléments de preuve sauf si l’État est en mesure de se les procurer pour un procès. C’est ainsi que j’interprète l’énoncé du juge Lamer dans l’arrêt *Ross*, précité, selon lequel les éléments de preuve qui nous intéressent sont des «élément[s] de preuve qu’on n’aurait pas pu obtenir sans la participation de l’accusé à la constitution de la preuve aux fins du procès» (p. 16 (je souligne)).

Je crois donc qu’il est clair que nous avons tendance, en vertu du par. 24(2), à considérer comme auto-incriminante non seulement la preuve qui est manifestement créée par un accusé (comme une déclaration avant le procès), mais aussi toute preuve que l’État n’aurait pas pu obtenir de l’accusé, n’eût été la violation de la *Charte*. À mon avis, cet état du droit a des répercussions évidentes relativement à l’art. 7 et à la question de l’immunité contre l’utilisation de la preuve dérivée.

En vertu du par. 24(2), les éléments de preuve qui rendraient le procès inéquitable sont généralement écartés en vertu du premier volet de l’analyse prévue dans l’arrêt *Collins*, précité. Dans l’arrêt *Elshaw*, précité, on a indiqué qu’un examen du deuxième facteur cité dans l’arrêt *Collins*, savoir la gravité de la violation de la *Charte*, ne saurait renforcer l’admissibilité de la preuve. Ainsi, dans la mesure où une preuve auto-incriminante compromet l’équité du procès, ce qui est nécessairement le cas (l’arrêt *Collins*, précité), il y a généralement exclusion. Dès qu’on reconnaît que l’utilisation de

[cannot] render that evidence admissible” (*Collins, supra*, at p. 286). As stated by J. Sopinka, S. N. Lederman and A.W. Bryant, *The Law of Evidence in Canada* (1992), at p. 407, “[o]nce impugned evidence has been found to come within the trial fairness rationale, exclusion is virtually certain to follow”.

Turning back to the problem of compelled testimony, then, I see no reason not to draw the obvious analogy. Since it is the principle against self-incrimination which is at stake, and since that principle finds recognition under s. 24(2) as I have described, we should avoid the incongruity which would result if a different quality of protection was offered to the witness who is compelled to answer questions. The *Charter* should be construed as a coherent system: *Hebert, supra*. Accordingly, I think that derivative evidence which could not have been obtained, or the significance of which could not have been appreciated, but for the testimony of a witness, ought generally to be excluded under s. 7 of the *Charter* in the interests of trial fairness. Such evidence, although not created by the accused and thus not self-incriminatory by definition, is self-incriminatory nonetheless because the evidence could not otherwise have become part of the Crown’s case. To this extent, the witness must be protected against assisting the Crown in creating a case to meet.

Since this test for exclusion can only arise in the context of proceedings subsequent to a witness’s testimony, I am hesitant to elaborate further upon the test I propose here. Its form will become known, as it should, in the context of concrete factual situations. By way of conclusion, however, five further comments of a general nature are warranted.

First, I have developed a residual derivative-use immunity with primary regard for s. 7 of the *Charter*. However, as La Forest J. observed in *Thomson Newspapers*, to the extent that it is a concern for trial fairness which predominates the analysis, the analysis could properly proceed with reference to the more specific language of s. 11(d). But since

la preuve rendrait un procès inéquitable, «la gravité de l’infraction ne peut rendre cette preuve admissible» (*Collins, précité*, à la p. 286). Comme l’ont dit J. Sopinka, S. N. Lederman et A. W. Bryant, dans *The Law of Evidence in Canada* (1992), à la p. 407, [TRADUCTION] «[d]ès qu’on juge que la preuve attaquée touche l’équité du procès, son exclusion est pratiquement assurée».

Alors pour revenir au problème du témoignage forcé, je ne vois aucune raison d’écarter l’analogie évidente. Puisque c’est le principe interdisant l’auto-incrimination qui est en jeu et que ce principe est, comme je l’ai expliqué, reconnu au par. 24(2), nous devrions éviter l’absurdité qui résulterait si on offrait une protection de qualité différente au témoin contraint de répondre à des questions. La *Charte* devrait être interprétée comme un système logique: *Hebert, précité*. Par conséquent, je crois que la preuve dérivée qui n’aurait pas pu être obtenue, ou dont on n’aurait pas pu apprécier l’importance, n’eût été le témoignage d’une personne, devrait généralement être écartée en vertu de l’art. 7 de la *Charte* afin de préserver l’équité du procès. Cette preuve, même si elle n’est pas créée par l’accusé et n’est donc pas auto-incriminante par définition, est néanmoins auto-incriminante du fait qu’autrement elle n’aurait pas pu faire partie de la preuve à charge. Dans cette mesure, il faut protéger le témoin de l’obligation d’aider le ministère public à créer une preuve à charge.

Puisque ce critère d’exclusion ne peut être appliqué que dans le contexte de procédures consécutives au témoignage d’une personne, j’hésite à m’étendre davantage sur le critère que je propose en l’espèce. La forme qu’il prendra deviendra connue, comme il se doit, dans le contexte de situations factuelles concrètes. Cependant, cinq commentaires de nature générale s’imposent en guise de conclusion.

Premièrement, j’ai conçu une immunité résiduelle contre l’utilisation de la preuve dérivée, en fonction surtout de l’art. 7 de la *Charte*. Toutefois, comme le fait remarquer le juge La Forest dans *Thomson Newspapers*, dans la mesure où c’est un souci d’équité du procès qui domine l’analyse, celle-ci pourrait se fonder à bon droit sur le texte

the same issues would fall to be considered under either provision, I think an examination under s. 7 is sufficient — if not exhaustive — in this case.

précis de l'al. 11*d*). Mais, puisque ce sont les mêmes questions qui devraient être examinées en vertu de l'une ou l'autre de ces dispositions, je crois qu'un examen fondé sur l'art. 7 est suffisant, voire même complet, en l'espèce.

194 Second, during the examination of s. 24(2) above, it was noted that, once a *Charter* breach occurs, we will not assume that an accused would knowingly cooperate in the creation of a case to meet. In the context of testimony, different considerations may arise. That is, with respect to testimony there will be no pre-existing *Charter* breach to consider, but only the fact of testimony itself, and testimony can be analyzed only according to its voluntary or compelled nature. In the case of voluntary testimony, it might be possible to infer that a witness has chosen to cooperate with authorities from the outset, such that the testimony is akin to evidence obtained after a waiver of *Charter* rights. Of course, when a waiver occurs, there is no need to consider exclusion under s. 24(2). I express no opinion, however, about whether derivative-use immunity might sometimes be unavailable to the voluntary witness, since the facts of this appeal involve a witness who resists testimony.

Deuxièmement, au cours de l'examen du par. 24(2) qui précède, on a fait remarquer que l'on ne présume pas, lorsqu'il y a violation de la *Charte*, qu'un accusé collaborerait sciemment à la création d'une preuve à charge. Dans le contexte d'un témoignage, différents facteurs peuvent se présenter. Autrement dit, dans le cas d'un témoignage, il faudra tenir compte non pas d'une violation préexistante de la *Charte*, mais seulement du témoignage lui-même, lequel ne peut être analysé qu'en fonction de son caractère volontaire ou forcé. Dans le cas d'un témoignage volontaire, on pourrait déduire qu'un témoin a choisi de collaborer avec les autorités dès le départ, de sorte que le témoignage s'apparente à une preuve obtenue après une renonciation aux droits garantis par la *Charte*. Certes, en cas de renonciation, il n'est pas nécessaire d'examiner l'exclusion d'éléments de preuve en application du par. 24(2). Cependant, je ne me prononce pas sur la question de savoir si le témoin volontaire pourrait parfois être dans l'impossibilité d'invoquer l'immunité contre l'utilisation de la preuve dérivée, puisqu'il est question, en l'espèce, d'une personne qui s'oppose à témoigner.

195 Third, I have expressed the test for exclusion as involving the question whether evidence could have been obtained but for a witness's testimony. I wish to emphasize that in using the word "could" in this context, I am proposing an inquiry into logical probabilities, not mere possibilities. At some level, all evidence which has independent existence could have been located by authorities. The important consideration, however, is whether the evidence, practically speaking, could have been located. That is, would the evidence, on the facts, have otherwise come to light? Logic must be applied to the facts of each case, not to the mere fact of independent existence.

Troisièmement, le critère d'exclusion a été défini comme dépendant de la question de savoir si la preuve aurait pu être obtenue sans le témoignage en question. Je tiens à souligner qu'en employant l'expression «aurait pu» dans ce contexte, je propose d'examiner les probabilités logiques, et non les simples possibilités. À un certain point, tous les éléments de preuve qui ont une existence indépendante auraient pu être découverts par les autorités. Toutefois, ce qui importe c'est de savoir si, en pratique, les éléments de preuve auraient pu être découverts. Autrement dit, les éléments de preuve auraient-ils été, d'après les faits, découverts autrement? Il faut appliquer la logique aux faits de l'affaire, et non au simple fait qu'ils ont une existence indépendante.

Fourth, the manner of exclusion requires some analysis. In *Thomson Newspapers, supra*, La Forest J. proposed a flexible mechanism to govern exclusion, such that (at p. 561):

[D]erivative evidence that could not have been found or appreciated except as a result of the compelled testimony . . . should in the exercise of the trial judge's discretion be excluded since its admission would violate the principles of fundamental justice.

He grounded this mechanism in the common-law ability of judges (constitutionalized in s. 11(d) of the *Charter*) to protect a fair trial by excluding evidence after considering its prejudicial effect and probative value.

Some of what concerned La Forest J. in *Thomson Newspapers* was the form in which the trial judge's discretion exists. That concern has now been resolved by a majority of this Court in *Seaboyer, supra*, such that the exercise of the discretion "will depend upon the probative effect of the evidence balanced against the prejudice caused to the accused by its admission": *Sweitzer v. The Queen*, [1982] 1 S.C.R. 949, at p. 953. This resolution has finally laid to rest concerns about the restrictive formulation emanating from *Wray, supra*.

The exclusion of derivative evidence ought to be governed by the discretion as described in *Seaboyer, supra*, and *Sweitzer, supra*. Even under s. 24(2), there is no automatic rule of exclusion. We have consistently held only that self-incriminatory evidence impacts upon trial fairness, and concluded that evidence which impacts upon trial fairness should tend to be excluded: see *Jones, supra*, at pp. 255-56. By analogy, therefore, there should be no automatic rule of exclusion in respect of any derivative evidence.

However, it must be further observed that evidence which impacts upon trial fairness, such as self-incriminatory evidence, is almost always excluded under s. 24(2). Thus, in the majority of

Quatrièmement, il faut analyser jusqu'à un certain point le mode d'exclusion des éléments de preuve. Dans *Thomson Newspapers*, précité, le juge La Forest propose un mécanisme d'exclusion souple de sorte que (à la p. 561):

[L]a preuve dérivée qui serait passée inaperçue ou qui aurait été ignorée, n'eût été du témoignage obtenu par contrainte [. . .] devrait, dans l'exercice du pouvoir discrétionnaire du juge du procès, être écartée puisque son utilisation violerait les principes de justice fondamentale.

Il a fondé ce mécanisme sur la capacité (constitutionnalisée à l'al. 11d) de la *Charte* qu'ont les juges en common law de préserver l'équité du procès en écartant des éléments de preuve après en avoir examiné l'effet préjudiciable et la valeur probante.

Dans *Thomson Newspapers*, une partie des préoccupations du juge La Forest concernait la forme que revêt le pouvoir discrétionnaire du juge du procès. Notre Cour à la majorité a répondu à cette préoccupation dans l'arrêt *Seaboyer*, précité, de sorte que l'exercice du pouvoir discrétionnaire «sera fonction de [la] valeur probante [de la preuve] par rapport au préjudice causé à l'accusé par suite de son acceptation»: *Sweitzer c. La Reine*, [1982] 1 R.C.S. 949, à la p. 953. Cette solution met finalement un terme aux préoccupations relatives à la formulation restrictive qui se dégageait de l'arrêt *Wray*, précité.

L'exclusion de la preuve dérivée devrait être assujettie au pouvoir discrétionnaire décrit dans les arrêts *Seaboyer* et *Sweitzer*, précités. Même en vertu du par. 24(2), il n'existe pas de règle automatique d'exclusion. Nous avons toujours jugé seulement que la preuve auto-incriminante a une incidence sur l'équité du procès, et qu'une telle preuve devrait généralement être écartée: voir *Jones*, précité, aux pp. 255 et 256. Par analogie, il ne devrait donc pas y avoir de règle automatique d'exclusion de la preuve dérivée.

Cependant, il faut aussi préciser que la preuve qui a une incidence sur l'équité du procès, comme la preuve auto-incriminante, est presque toujours écartée en application du par. 24(2). Ainsi, dans la

196

197

198

199

cases the trial judge's discretion will likely be exercised in favour of exclusion with regards to derivative evidence which could not have been obtained but for a witness's testimony. I do not believe that La Forest J. meant to express anything different in *Thomson Newspapers*. It must be observed that, in formulating the test for exclusion in that case, La Forest J. was considering not simply the subcategory of derivative evidence which has concerned me here, but rather the entire category of derivative evidence. It was only in this context that La Forest J. stated (at p. 562):

It suffices to say that however prejudicial particular instances of derivative evidence may be in other law enforcement contexts, the instances where such evidence could be said to be prejudicial to those who are compelled to testify under s. 17 of the *Combines Investigation Act*, and are later charged with an offence under the Act, are likely to be somewhat rare.

200

To the extent that this comment refers to derivative evidence as a whole, I agree with it, inasmuch as I have already suggested that only a particular category of derivative evidence requires a response. And with respect to that particular category, moreover, it is instructive to note that La Forest J. predicted a much different exercise of the discretionary power when he stated: "The one thing the power to compel testimony will never allow anti-combines investigators to use as evidence, however, is information they could not otherwise have uncovered" (p. 562 (emphasis added)). Thus, there is no inconsistency between the flexible approach proposed in *Thomson Newspapers* and the notion that derivative-use immunity will generally lead to exclusion. I will not try to imagine today the factual circumstances in which derivative-use immunity might not be protected. When, if ever, that might occur, is an issue I leave for another day.

201

I should also add that, contrary to my colleague L'Heureux-Dubé J.'s view, all that I have said in these reasons is directed at testimonial compulsion

majorité des cas, il est probable que le juge du procès exercera son pouvoir discrétionnaire pour exclure la preuve dérivée qui n'aurait pas pu être obtenue, n'eût été le témoignage d'une personne. Je ne crois pas que le juge La Forest a voulu dire autre chose dans *Thomson Newspapers*. Il faut souligner que, lorsqu'il a formulé le critère d'exclusion dans cette affaire, le juge La Forest a examiné non pas simplement la sous-catégorie de preuve dérivée qui m'intéresse en l'espèce, mais plutôt l'ensemble de la catégorie de la preuve dérivée. C'est seulement dans ce contexte qu'il a dit (à la p. 562):

Il suffit de dire qu'aussi préjudiciables que puissent être certains cas particuliers de preuve dérivée dans d'autres contextes d'application de la loi, les cas où on pourrait dire que cette preuve cause un préjudice à ceux qui sont contraints de témoigner en vertu de l'art. 17 de la *Loi relative aux enquêtes sur les coalitions* et qui sont accusés ultérieurement d'une infraction en vertu de la Loi risquent d'être plutôt rares.

Dans la mesure où ce commentaire porte sur l'ensemble de la preuve dérivée, j'y souscris, puisque j'ai déjà laissé entendre que seule une catégorie particulière de preuve dérivée exige une réponse. De plus, en ce qui concerne cette catégorie particulière, il est intéressant de souligner que le juge La Forest a prévu un exercice fort différent du pouvoir discrétionnaire lorsqu'il a dit: «La seule chose que le pouvoir de contraindre une personne à témoigner ne permettra cependant jamais aux enquêteurs en matière de coalitions d'utiliser comme preuve, ce sont les renseignements qu'ils n'auraient pu découvrir autrement» (p. 562 (je souligne)). En conséquence, il n'y a pas d'incompatibilité entre la méthode souple proposée dans *Thomson Newspapers*, et l'idée que l'immunité contre l'utilisation de la preuve dérivée entraînera généralement l'exclusion de cette preuve. Je ne tenterai pas d'imaginer aujourd'hui les circonstances dans lesquelles il se pourrait que l'immunité contre l'utilisation de la preuve dérivée ne soit pas accordée. J'examinerai en d'autres temps si cela est possible et dans quelles circonstances.

Je devrais ajouter que, contrairement au point de vue de ma collègue le juge L'Heureux-Dubé, tout ce que j'ai dit, dans les présents motifs, concerne

and should not be taken as putting in jeopardy schemes relating to other forms of compulsion such as breathalysers, fingerprinting, blood sampling and other similar schemes. Those arrangements are not before us and, in my view, raise other issues that are different from those involved in testimonial compulsion, which I need not address.

Finally, the burden of proof must be considered. In this regard, I see no reason to depart from the general *Charter* rule pursuant to which the party claiming a *Charter* breach must prove that breach on a balance of probabilities. Thus, it should fall to the accused to demonstrate that proposed evidence is derivative evidence deserving of the limited immunity protection I have described. In some circumstances, the disclosure of the Crown's case may help the accused to realize that evidence was obtained independently, or it may seem obvious that derivative evidence could have been obtained by the Crown in any event: see *Stinchcombe*, *supra*.

When this is not true, however, the accused can raise the issue with the trial judge by demonstrating a plausible connection between the proposed evidence and prior testimony. The role of the *voir dire* cannot be avoided. In respect of this burden on the accused, however, it must be recognized that the accused can do little more than point to the plausible connection. As a practical matter, the burden is likely to be borne by the Crown, since it is the Crown which can be expected to know how evidence was, or could have been, obtained. In this regard, the following statement from Sopinka, Lederman and Bryant, *supra*, at p. 397, regarding the burden under s. 24(2) is apposite:

[T]he true burden is in practice bound to drift towards the Crown, since many factors in the equation are within the peculiar knowledge of the Crown (e.g., good faith, urgency, availability of other investigative techniques); and, perhaps more important, it is the Crown

la contrainte à témoigner et ne devrait pas être interprété comme compromettant les régimes applicables à d'autres formes de contrainte comme les alcootests, la prise des empreintes digitales, le prélèvement d'échantillons sanguins, et d'autres régimes semblables. Ces mesures, dont nous ne sommes pas saisis, soulèvent, à mon avis, d'autres questions qui sont différentes de celles que pose la contrainte à témoigner, et que je n'ai pas à aborder.

202

Finalemment, il faut examiner le fardeau de la preuve. À cet égard, je ne vois aucune raison de déroger à la règle générale de la *Charte* selon laquelle la partie qui allègue une violation de la *Charte* doit prouver l'existence de cette violation selon la prépondérance des probabilités. Ainsi, il devrait appartenir à l'accusé d'établir que la preuve que l'on se propose de présenter constitue une preuve dérivée à laquelle mérite de s'appliquer l'immunité restreinte que j'ai décrite. Dans certaines circonstances, la divulgation de la preuve à charge peut aider l'accusé à se rendre compte que cette preuve a été obtenue de façon indépendante, ou il peut sembler évident que le ministère public aurait pu, de toute façon obtenir des éléments de preuve dérivée: voir l'arrêt *Stinchcombe*, précité.

203

Cependant, lorsque ce n'est pas le cas, l'accusé peut soulever la question devant le juge du procès en démontrant l'existence plausible d'un lien entre la preuve proposée et un témoignage antérieur. Le rôle du *voir-dire* ne peut être esquivé. Toutefois, il faut reconnaître, en ce qui concerne ce fardeau qui incombe à l'accusé, que celui-ci ne peut guère faire plus qu'indiquer l'existence de ce lien. En pratique, ce fardeau risque d'être assumé par le ministère public puisqu'on peut s'attendre à ce que ce soit lui qui sache comment les éléments de preuve ont été ou auraient pu être obtenus. À ce sujet, l'énoncé suivant de Sopinka, Lederman et Bryant, *op. cit.*, est pertinent quant au fardeau en vertu du par. 24(2) (à la p. 397):

[TRADUCTION] [L]e véritable fardeau glissera sûrement, en pratique, vers le ministère public car celui-ci est le seul qui puisse apporter des éléments de preuve concernant de nombreux facteurs à prendre en considération (par exemple, la bonne foi, l'urgence, la possibilité

that is functionally responsible for the maintenance of the administration of justice.

This statement was recently approved in *R. v. Bartle*, [1994] 3 S.C.R. 173, at p. 210 (*per* Lamer C.J.). The course of an investigation, and the factors which influence it, are matters which are likely to be within the peculiar knowledge of the Crown.

(e) *Conclusion*

I conclude, then, that the witness J.P.M. was properly compellable in this case. In the context of R.J.S.'s criminal trial, J.P.M. cannot properly claim any protection as broad as a right to silence or a privilege against self-incrimination. His testimony is compellable under the general rule applicable to all witnesses, and the principle against self-incrimination is satisfied if he is accorded sufficient immunity protection. Sufficient immunity protection is not the same as absolute derivative-use immunity. Rather, the principle is satisfied if J.P.M. receives the simple-use immunity provided by s. 13 of the *Charter*, together with a residual derivative-use immunity in respect of evidence which could not have been obtained but for his compelled testimony. This residual immunity will be given recognition by the trial judge through the exercise of a discretion, but exclusion will be the likely result because the self-incrimination principle demands the preservation of trial fairness.

D. *The Appeal to this Court*

The Crown argued that R.J.S. had no right of appeal to this Court because his appeal caused to him to assert rights and privileges personal to the non-party witness J.P.M. The Crown founded its argument entirely in the following passages from the Law Reform Commission of Canada, *Report on Evidence* (1975), at pp. 29 and 78):

d'employer d'autres méthodes d'enquête) et, ce qui est peut-être plus important, l'administration de la justice est une fonction qu'il appartient au ministère public d'exercer.

Cet énoncé a récemment été approuvé dans l'arrêt *R. c. Bartle*, [1994] 3 R.C.S. 173, à la p. 210 (le juge en chef Lamer). Le déroulement d'une enquête et les facteurs qui l'influencent sont des questions dont le ministère public devrait avoir une connaissance particulière.

e) *Conclusion*

Je conclus alors que le témoin J.P.M. était régulièrement contraignable en l'espèce. Dans le contexte du procès criminel de R.J.S., J.P.M. ne peut revendiquer à juste titre une protection aussi générale que le droit de garder le silence ou le privilège de ne pas s'incriminer. Il peut être contraint de témoigner en vertu de la règle générale applicable à tous les témoins, et le principe interdisant l'auto-incrimination est respecté si on lui accorde une immunité suffisante. Une immunité suffisante n'est pas la même chose qu'une immunité absolue contre l'utilisation de la preuve dérivée. Au contraire, le principe est respecté si J.P.M. bénéficie d'une immunité contre l'utilisation de la preuve visée à l'art. 13 de la *Charte*, ainsi que d'une immunité résiduelle contre l'utilisation de la preuve dérivée relativement à la preuve qui n'aurait pu être obtenue sans son témoignage forcé. Le juge du procès reconnaîtra cette immunité résiduelle par l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire, mais il y aura probablement exclusion du fait que le principe interdisant l'auto-incrimination exige la préservation de l'équité du procès.

D. *Le pourvoi devant notre Cour*

Le ministère public a soutenu que R.J.S. n'avait pas le droit de se pourvoir devant notre Cour parce que ce pourvoi le forçait à invoquer des droits et privilèges propres à un tiers, le témoin J.P.M. Le ministère public a fondé entièrement son argument sur les extraits suivants du *Rapport sur la preuve* (1975) de la Commission de réforme du droit du Canada, (aux pp. 33 et 89):

37. Only the holder of a privilege may, on appeal, allege error on a ruling disallowing a claim of privilege.

Section 37: Privileges, in the main, protect personal rights of the holder. Therefore, an appeal on the grounds of an alleged erroneous denial of a privilege can only be taken if the party appealing is the holder of the privilege. An infringement of someone else's right should not be the basis of a party's appeal.

This is not a new argument. Wigmore recognized the personal character of privileges and indicated that if a privilege is not claimed by a witness, there can be no cause for complaint by the parties.

But when a privilege has been claimed and the court has ruled improperly, a different situation obtains. Wigmore indicated the need to distinguish two categories of cases: first, those in which the claim was improperly rejected, such that no party should have a cause for complaint because the error "has not introduced material which in any way renders less trustworthy the finding of the verdict" (*supra*, §2196, at p. 112); second, those in which the privilege has been wrongly affirmed, in which "the party who desired the testimony has obviously lost evidence which by hypothesis is relevant and might have assisted the establishment of the truth of his cause" (p. 113).

Assuming that this is the state of the law, and that is an issue which does not confront me, the Crown's argument confuses two propositions. Even if it is true that the accused should not be able to appeal a claim of privilege rejected at trial, it does not follow that the accused should not, on appeal, be permitted to argue in support of a privilege which was affirmed. By extension, the

37. Seul le détenteur d'un droit au secret peut, en appel, invoquer l'erreur d'une décision refusant de lui reconnaître ce droit.

Article 37: En gros, on peut dire que le droit au secret protège des droits qui appartiennent en propre à son détenteur.

Voilà pourquoi ce dernier doit être le seul à pouvoir invoquer en appel l'erreur d'une décision refusant de la lui reconnaître. Une partie au litige ne devrait pas être admise à en appeler de la violation du droit au secret appartenant à un tiers.

Cet argument n'est pas nouveau. Wigmore a reconnu la nature personnelle des privilèges et indiqué que les parties n'ont aucun motif de se plaindre si un témoin ne revendique pas un privilège.

Cependant, lorsqu'un privilège a été revendiqué et que la cour a statué de façon erronée, la situation est différente. Wigmore a indiqué qu'il est nécessaire d'établir une distinction entre deux catégories de décisions: premièrement, celles dans lesquelles la demande de privilège a été rejetée à tort, mais où les parties ne devraient avoir aucun motif de se plaindre parce que l'erreur en question [TRADUCTION] «n'a pas donné lieu à la présentation d'éléments qui rendraient moins digne de foi le verdict rendu» (*op. cit.*, §2196, à la p. 112); deuxièmement, celles dans lesquelles le privilège a été confirmé à tort et où [TRADUCTION] «la partie qui voulait le témoignage a, de toute évidence, perdu des éléments de preuve qui, par hypothèse, sont pertinents et auraient pu l'aider à établir la véracité de sa preuve» (p. 113).

À supposer que ce soit là l'état du droit et qu'il s'agisse d'une question à laquelle je n'ai pas à répondre, j'estime que l'argument du ministère public confond deux propositions. Même s'il était vrai que l'accusé ne devrait pas pouvoir en appeler du rejet d'une demande de privilège au procès, il ne s'ensuit pas qu'il ne devrait pas, en appel, être autorisé à présenter des arguments à l'appui d'un

Crown's argument would have the accused stand mute in the Court of Appeal, and not argue in support of an acquittal. The Crown raised the question of law associated with J.P.M.'s rights and privileges on appeal below, and it would ill comport with our system of law to suppose that R.J.S. had no right to respond. An appeal to this Court is simply an extension of R.J.S.'s response. Once the appeal process has begun, I see no reason to regard the absence of the witness whose privilege is at issue as an obstacle for the accused when it is not an obstacle for the Crown.

208 It follows that R.J.S. could properly raise a question of law based upon the compellability of J.P.M. as a witness, that question having been raised initially by the Crown before the Court of Appeal. Accordingly, this Court had jurisdiction to consider this appeal.

E. *The New-Trial Order*

209 As an alternative position, the appellant argued that the Court of Appeal erred by ordering a new trial. That order was made pursuant to s. 686(4)(b)(i) of the *Criminal Code*. It is well established that to obtain an order for a new trial after a successful appeal against acquittal, the Crown must "satisfy the Court that the verdict would not necessarily have been the same if the trial judge had properly directed the jury": *Vézeau v. The Queen*, [1977] 2 S.C.R. 277, at p. 292. In *R. v. Morin*, [1988] 2 S.C.R. 345, at p. 374, Sopinka J. stated that "the onus is a heavy one and . . . the Crown must satisfy the court with a reasonable degree of certainty".

210 The appellant's only argument is that, notwithstanding the trial judge's rejection of J.P.M.'s testimony, an acquittal would necessarily have resulted at trial because the Crown could not prove continuity in respect of the physical evidence. Whether or not the Crown's case could prove continuity, however (and I make no comment on that

privilege qui a été confirmé. Par extension, l'argument du ministère public ferait en sorte que l'accusé garderait le silence en cour d'appel et ne présenterait pas d'arguments en faveur de son acquittement. Le ministère public a soulevé la question de droit associée aux droits et privilèges de J.P.M. en cour d'appel, et il serait contraire à notre système juridique de supposer que R.J.S. n'avait pas le droit de répondre. Le pourvoi devant notre Cour n'est qu'une simple extension de la réponse de R.J.S. Une fois le processus de l'appel commencé, je ne vois aucun motif de considérer que l'absence du témoin dont le privilège est en cause constitue un obstacle pour l'accusé, alors que ce n'en est pas un pour le ministère public.

Il s'ensuit que R.J.S. pouvait légitimement soulever une question de droit fondée sur la contraignabilité de J.P.M. comme témoin, puisque cette question avait été initialement soulevée par le ministère public devant la Cour d'appel. Notre Cour avait donc compétence pour entendre le présent pourvoi.

E. *L'ordonnance de nouveau procès*

L'appelant a soutenu subsidiairement que la Cour d'appel a commis une erreur en ordonnant la tenue d'un nouveau procès, conformément au sous-al. 686(4)(b)(i) du *Code criminel*. Il est bien établi que, pour obtenir une ordonnance de nouveau procès à la suite d'un appel fructueux contre un acquittement, le ministère public doit «convaincre la Cour que le verdict n'aurait pas nécessairement été le même si le juge du procès avait correctement donné ses directives au jury»: *Vézeau c. La Reine*, [1977] 2 R.C.S. 277, à la p. 292. Dans l'arrêt *R. c. Morin*, [1988] 2 R.C.S. 345, à la p. 374, le juge Sopinka affirme que «cette charge est lourde et que la poursuite doit convaincre la cour avec un degré raisonnable de certitude».

L'appelant fait seulement valoir que, nonobstant le rejet du témoignage de J.P.M par le juge du procès, il y aurait nécessairement eu acquittement au procès, parce que le ministère public ne pouvait établir la continuité de la preuve à l'égard de la preuve matérielle. Cependant, peu importe que la preuve du ministère public ait été ou non suscepti-

issue), the new-trial order was appropriate. By adducing evidence from the business owner, Chung, the Crown offered evidence that “the goods were stolen and... that a break-in occurred”: *R. v. Kowlyk*, [1988] 2 S.C.R. 59, at p. 70. It is apparent that the Crown planned to link R.J.S. to this alleged offence by demonstrating that R.J.S. was in possession of certain property, and by asking the trier of fact to consider that “the unexplained recent possession of stolen goods, standing alone, will also warrant an inference of guilt of breaking and entering and theft”: *Kowlyk*, at p. 72. Detective Constable Carter testified for this purpose. In so far as the property officer was not called, however, it is possible to argue that the Crown faced a continuity problem.

The Crown did not concede a continuity problem, however. Crown counsel only made a general concession to the effect that its case did not meet the criminal standard of proof. Since there is to be a new trial, it would be inappropriate for me to comment further on the continuity issue. Suffice it to say that, irrespective of the Crown’s effort to link R.J.S. to the alleged offence by focusing on his alleged possession of certain property, the Crown had also planned to link R.J.S. to the alleged offence by offering the eyewitness evidence of J.P.M. The Court of Appeal was correct to order a new trial in these circumstances, since it cannot be said that the verdict would necessarily have been the same if J.P.M. had testified.

VI. Disposition

I would answer the constitutional questions stated on July 19, 1993 in the following way:

1. [Does] s. 5 of the *Canada Evidence Act*, R.S.C., 1985, c. C-5, infringe[] s. 7 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

Answer: No.

ble d’établir la continuité (et je ne fais aucun commentaire à ce sujet), l’ordonnance de nouveau procès était appropriée. En faisant témoigner Chung, le propriétaire de l’entreprise, le ministère public a seulement présenté une preuve «que les biens ont été volés et [...] qu’il y a eu introduction par effraction»: *R. c. Kowlyk*, [1988] 2 R.C.S. 59, à la p. 70. Il appert que le ministère public projetait de relier R.J.S. à l’infraction alléguée en établissant que R.J.S. était en possession de certains biens, et en demandant au juge des faits de considérer que «la possession inexplicquée des biens récemment volés justifierait également à elle seule une déduction de culpabilité de vol avec effraction»: *Kowlyk*, à la p. 72. Le détective Carter a témoigné à cette fin. Cependant, dans la mesure où l’agent responsable des biens n’a pas été assigné à témoigner, on peut soutenir que le ministère public avait un problème de continuité de la preuve.

Le ministère public n’a toutefois pas reconnu l’existence d’un tel problème. Le substitut du procureur général a seulement admis de façon générale que sa preuve ne satisfaisait pas à la norme de preuve en matière criminelle. Puisqu’il doit y avoir un nouveau procès, il ne conviendrait pas que je commente davantage la question de continuité de la preuve. Il me suffit de dire qu’outre les efforts qu’il a déployés en vue de relier R.J.S. à l’infraction alléguée, en mettant l’accent sur la possession qu’il aurait eu de certains biens, le ministère public projetait également de relier R.J.S. à l’infraction alléguée au moyen de la déposition du témoin oculaire J.P.M. Dans ces circonstances, la Cour d’appel a eu raison d’ordonner la tenue d’un nouveau procès puisque l’on ne peut affirmer que le verdict aurait nécessairement été le même si J.P.M. avait témoigné.

VI. Dispositif

Je suis d’avis de répondre de la façon suivante aux questions constitutionnelles formulées le 19 juillet 1993:

1. L’article 5 de la *Loi sur la preuve au Canada*, L.R.C. (1985), ch. C-5, porte-t-il atteinte à l’art. 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

Réponse: Non.

2. If the answer to question 1 is affirmative, is the limitation one which is reasonable, prescribed by law, and demonstrably justified pursuant to s. 1 of the *Charter*?

Answer: It is not necessary to answer this question.

213

I would dismiss the appeal.

The reasons of L'Heureux-Dubé and Gonthier JJ. were delivered by

L'HEUREUX-DUBÉ J. —

INDEX

- I. Facts
- II. Relevant Constitutional and Statutory Provisions
- III. Parties' Submissions
- IV. Analysis
 - A. *The Common Law*
 - 1. The "Case to Meet" Principle
 - 2. The Confessions Rule
 - 3. The Rule on Admission of Illegally Obtained Evidence
 - 4. Exceptions to Compellability
 - 5. Abuse of Process
 - 6. Summary
 - B. *The Charter*
 - 1. Section 13
 - 2. Section 7
 - (a) *The Principle of Fundamental Justice Against Self-Incrimination*
 - (i) Rejection of the Principle of "But For" Derivative Immunity

2. Si la réponse est affirmative, s'agit-il d'une restriction raisonnable prescrite par une règle de droit et dont la justification peut se démontrer, conformément à l'article premier de la *Charte*?

Réponse: Il n'est pas nécessaire de répondre à cette question.

Je suis d'avis de rejeter le pourvoi.

Les motifs des juges L'Heureux-Dubé et Gonthier ont été rendus par

LE JUGE L'HEUREUX-DUBÉ —

TABLE DES MATIÈRES

- I. Les faits
- II. Les textes constitutionnels et législatifs pertinents
- III. Les arguments des parties
- IV. Analyse
 - A. *La common law*
 - 1. Le principe de la «preuve hors de tout doute raisonnable» (*case to meet*)
 - 2. La règle des confessions
 - 3. La règle d'admissibilité d'une preuve obtenue illégalement
 - 4. Exceptions à la contraignabilité
 - 5. L'abus des procédures
 - 6. Résumé
 - B. *La Charte*
 - 1. L'article 13
 - 2. L'article 7
 - a) *Le principe de justice fondamentale interdisant l'auto-incrimination*
 - (i) Le rejet du principe du «n'eût été» en matière d'immunité contre la preuve dérivée

- (ii) Practical Implications of Derivative "But For" Immunity
 - (iii) Theoretical Inconsistencies of "But For" Immunity
 - (iv) Further Rationales for Regarding the Principle Against Self-Incrimination as Communicative in Character
- (b) *The Right to Silence*
- (i) The Threshold at Which the Right to Silence is Triggered
 - (ii) The Rationale for Permitting Compellability Pursuant to a "Valid State Purpose"
- (c) *The Interaction Between Sections 7 and 24(2)*
- C. *The Principles of Fundamental Justice: Fundamental Unfairness*
- D. *Problems with Addressing this Issue Solely on the Basis of Non-Compellability*
- E. *Conclusion*
- V. Disposition

The present appeal raises the question of whether it is inconsistent with s. 7 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* for a person, here J.P.M., charged separately with an offence, to be compellable as a witness in the criminal trial of another person, here R.J.S., charged with an offence arising from the same set of circumstances. In this regard, the following constitutional questions were stated by this Court:

1. [Does] s. 5 of the *Canada Evidence Act*, R.S.C., 1985, c. C-5, infringe[] s. 7 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?
2. If the answer to question 1 is affirmative, is the limitation one which is reasonable, prescribed by law, and demonstrably justified pursuant to s. 1 of the *Charter*?

I have had the advantage of reading the reasons of Iacobucci J. and although I agree with the result

- (ii) Conséquences pratiques de l'immunité contre la preuve dérivée fondée sur le critère du «n'eût été»
 - (iii) Les incohérences théoriques de l'immunité selon le critère du «n'eût été»
 - (iv) Autres raisons de considérer le principe interdisant l'auto-incrimination comme étant de nature communicative
- b) *Le droit de garder le silence*
- (i) Le seuil du droit de garder le silence
 - (ii) La justification de la contraignabilité en raison d'un «objectif valide de l'État»
- c) *L'interaction de l'art. 7 et du par. 24(2)*
- C. *Les principes de justice fondamentale: l'inéquité fondamentale*
- D. *Difficultés de traiter le problème en fonction uniquement de la non-contraignabilité*
- E. *Conclusion*
- V. Dispositif

Le présent pourvoi nous invite à déterminer s'il est incompatible avec l'art. 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés* qu'une personne, en l'espèce J.P.M., inculpée séparément, soit contrainte de témoigner au procès criminel d'une autre, R.J.S., accusée d'une infraction résultant des mêmes circonstances. À cet égard, les questions constitutionnelles suivantes ont été formulées par la Cour:

1. L'article 5 de la *Loi sur la preuve au Canada*, L.R.C. (1985), ch. C-5, porte-t-il atteinte à l'art. 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés*?
2. Si la réponse est affirmative, s'agit-il d'une restriction raisonnable prescrite par une règle de droit et dont la justification peut se démontrer, conformément à l'article premier de la *Charte*?

J'ai eu l'avantage de lire les motifs du juge Iacobucci et, bien que je souscrive au résultat qu'il

he reaches, I cannot agree with the approach he proposes. I believe his derivative evidence approach to raise serious practical concerns and to characterize incorrectly the nature of the principle against self-incrimination at common law and under the *Charter*. Moreover, since drafting these reasons, I have read the reasons of Sopinka J. With respect, although I believe that we differ in degree rather than in principle, in my view his proposed approach places too much emphasis on determinations at the time the witness is sought to be compelled, and consequently requires courts to speculate unduly on issues which they will generally be in a better position to assess at the time of the witness's own trial. I set out below an approach which I believe to be most consistent with both the common law in Canada and the *Charter* and which in my opinion represents, at the same time, a pragmatic, efficient, and fair compromise between the opposing interests of the compelled witness and the state.

propose, je ne suis pas d'accord avec son approche. J'estime que son analyse fondée sur la preuve dérivée suscite de graves difficultés d'ordre pratique et ne caractérise pas adéquatement la nature du principe interdisant l'auto-incrimination en common law et en vertu de la *Charte*. Par ailleurs, depuis que j'ai rédigé ces motifs, j'ai lu ceux du juge Sopinka. Avec égards, quoique à mon avis notre divergence d'opinion soit plus une question de degré que de principe, j'estime que son approche met une trop grande emphase sur le moment où l'on détermine s'il y a lieu de contraindre le témoin à rendre témoignage et, par conséquent, invite les tribunaux à faire des conjectures indues sur des questions qu'ils seraient généralement mieux en mesure d'apprécier au moment du procès du témoin lui-même. Je propose une approche que je crois plus compatible tant avec la common law canadienne qu'avec la *Charte* et qui, à mon avis, représente en même temps un compromis pragmatique, efficace et équitable entre les intérêts opposés du témoin contraint à témoigner et ceux de l'État.

216 The present case requires that we address two somewhat interrelated issues. First, whether and to what extent is compellability limited by the principles of fundamental justice? Second, is s. 5 of the *Canada Evidence Act*, R.S.C., 1985, c. C-5, which takes away a protection that existed at common law and replaces that protection with other protections, unconstitutional? Both issues must be addressed having regard to the entire legal context in which these questions arise. As such, they must be evaluated having regard to the totality of other common law and constitutional protections afforded a witness who is called to testify at a proceeding that is not his own.

Le présent pourvoi exige l'examen de deux questions jusqu'à un certain point interreliées. Premièrement, la contraignabilité est-elle limitée par les principes de justice fondamentale et, si tel est le cas, dans quelle mesure? Deuxièmement, l'art. 5 de la *Loi sur la preuve au Canada*, L.R.C. (1985), ch. C-5, qui supprime une protection qui existait en common law et la remplace par d'autres protections, est-il inconstitutionnel? Ces deux questions doivent être traitées en tenant compte de la totalité du contexte juridique dans lequel elles se posent. Comme telles, ces questions doivent être examinées à la lumière de l'ensemble des autres protections accordées par la common law et la Constitution au témoin assigné à témoigner dans une instance à laquelle il n'est pas partie.

I. Facts

I. Les faits

217 The appellant, R.J.S., a young offender, was charged on July 16, 1990 with break, enter and theft of a retail store. Also charged in relation to the same break-in was another young offender, J.P.M. While R.J.S. was more than 15 years old at the time of the offence, his accomplice J.P.M. was

L'appelant, R.J.S., un jeune contrevenant, a été accusé le 16 juillet 1990 d'introduction par effraction et de vol dans un magasin. Un autre jeune contrevenant, J.P.M., a également été inculpé relativement à la même introduction par effraction. R.J.S. était âgé de plus de 15 ans à l'époque de

less than 15 years old at that time. As a result a joint trial was not possible since the charges against R.J.S. were to be heard in Phase Two young offender court while the charges against J.P.M. were to be in Phase One young offender court. J.P.M. was to have been the main Crown witness at the trial of the appellant. After the appellant's arraignment but before his plea, counsel representing the proposed witness J.P.M. brought a motion to quash the subpoena which compelled his client to testify, on the basis that such compulsion would violate J.P.M.'s rights under ss. 11(c), 13 and 7 of the *Charter*. The trial judge granted the motion and quashed the subpoena.

Deprived of the testimony of J.P.M., the Crown called the owner of the stolen property to identify that property. It also called the investigating officer who had received the property from the appellant. At the close of the Crown's case, appellant's counsel argued that failure to call the property officer constituted a break in the continuity of the evidence. In response, Crown counsel asked the trial judge to dismiss the charges against the appellant on the basis that the charges had not been proven beyond a reasonable doubt. The charges against R.J.S. were dismissed on that basis, the charges against the co-accused J.P.M. were subsequently stayed, and the Crown appealed the quashing of J.P.M.'s subpoena. Since the charges against J.P.M. had been stayed, he did not appear at the Court of Appeal and only R.J.S. presented arguments as to the correctness of the trial judge's determination. The Ontario Court of Appeal ruled that the subpoena should not have been quashed and ordered a new trial on the basis that, even if the charges against J.P.M. had not been stayed, he would have been compellable at the separate trial of his co-accused: (1993), 12 O.R. (3d) 774, 61 O.A.C. 395, 80 C.C.C. (3d) 397, 21 C.R. (4th) 47, 14 C.R.R. (2d) 244. The appellant R.J.S. appeals to this Court as of right, pursuant to s. 27(1) of the *Young Offenders Act*, R.S.C., 1985, c. Y-1, and s. 691(2)(a) of the *Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46. As my colleague Iacobucci J. notes, given this Court's recent judgment in *R. v. C. (T.L.)*, [1994] 2 S.C.R. 1012, this Court addresses the

l'infraction, mais son complice J.P.M. avait moins de 15 ans. La différence d'âge empêchait la tenue d'un procès conjoint puisque les accusations concernant R.J.S. devaient être jugées devant la Phase deux du tribunal pour adolescents alors que le cas de J.P.M. devait être jugé devant la Phase un. J.P.M. devait être le principal témoin à charge au procès de l'appelant. Cependant, après l'inculpation de R.J.S., mais avant son plaidoyer, le procureur du témoin proposé, J.P.M., déposait une requête en annulation du subpoena visant à contraindre son client à témoigner, invoquant la violation des droits que lui garantissent l'al. 11c) et les art. 13 et 7 de la *Charte*. Le juge du procès a accueilli la requête et annulé le subpoena.

Privé du témoignage de J.P.M., le ministère public a assigné le propriétaire des biens volés pour les identifier. Le ministère public a aussi assigné l'enquêteur auquel l'appelant avait remis les biens. Une fois la preuve de la poursuite close, le procureur de l'appelant a soutenu que l'omission d'assigner l'agent responsable des biens constituait une rupture dans la continuité de la preuve. En réplique, le ministère public a requis le juge du procès de rejeter les accusations contre l'appelant, celles-ci n'ayant pas été prouvées hors de tout doute raisonnable. Les accusations contre R.J.S. furent rejetées pour ce motif; celles portées contre le coaccusé J.P.M. furent par la suite suspendues, et le ministère public interjeta appel de l'annulation du subpoena adressé à J.P.M. En raison de la suspension des accusations portées contre J.P.M., ce dernier n'a pas comparu devant la Cour d'appel et seul R.J.S. a soutenu le bien-fondé de la décision du juge du procès. La Cour d'appel de l'Ontario a décidé que le subpoena n'aurait pas dû être annulé et a ordonné un nouveau procès au motif que, même en l'absence de suspension des accusations portées contre J.P.M., ce dernier aurait été contraignable lors du procès distinct de son coaccusé: (1993), 12 O.R. (3d) 774, 61 O.A.C. 395, 80 C.C.C. (3d) 397, 21 C.R. (4th) 47, 14 C.R.R. (2d) 244. L'appelant R.J.S. porte cette décision en appel de plein droit devant notre Cour en vertu du par. 27(1) de la *Loi sur les jeunes contrevenants*, L.R.C. (1985), ch. Y-1, et de l'al. 691(2)(a) du *Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46. Comme le

issues raised in the present appeal on the basis that it grants leave to appeal *nunc pro tunc*. The judgments of the trial judge and of the Court of Appeal are summarized in his reasons.

II. Relevant Constitutional and Statutory Provisions

Canadian Charter of Rights and Freedoms

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

13. A witness who testifies in any proceedings has the right not to have any incriminating evidence so given used to incriminate that witness in any other proceedings, except in a prosecution for perjury or for the giving of contradictory evidence.

Canada Evidence Act, R.S.C., 1985, c. C-5

5. (1) No witness shall be excused from answering any question on the ground that the answer to the question may tend to criminate him, or may tend to establish his liability to a civil proceeding at the instance of the Crown or of any person.

(2) Where with respect to any question a witness objects to answer on the ground that his answer may tend to criminate him, or may tend to establish his liability to a civil proceeding at the instance of the Crown or of any person, and if but for this Act, or the Act of any provincial legislature, the witness would therefore have been excused from answering the question, then although the witness is by reason of this Act or the provincial Act compelled to answer, the answer so given shall not be used or admissible in evidence against him in any criminal trial or other criminal proceeding against him thereafter taking place, other than a prosecution for perjury in the giving of that evidence.

III. Parties' Submissions

The appellant R.J.S. argues that any individual charged with a criminal offence in separate proceedings has a fundamental right not to answer

souligne mon collègue le juge Iacobucci, compte tenu de la décision récente de notre Cour dans l'affaire *R. c. C. (T.L.)*, [1994] 2 R.C.S. 1012, notre Cour examine les questions soulevées dans le présent pourvoi sur la base d'une autorisation d'appel accordée *nunc pro tunc*. Les jugements rendus en première instance et en appel sont résumés dans l'opinion du juge Iacobucci.

II. Les textes constitutionnels et législatifs pertinents

Charte canadienne des droits et libertés

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

13. Chacun a droit à ce qu'aucun témoignage incriminant qu'il donne ne soit utilisé pour l'incriminer dans d'autres procédures, sauf lors de poursuites pour parjure ou pour témoignages contradictoires.

Loi sur la preuve au Canada, L.R.C. (1985), ch. C-5

5. (1) Nul témoin n'est exempté de répondre à une question pour le motif que la réponse à cette question pourrait tendre à l'incriminer, ou pourrait tendre à établir sa responsabilité dans une procédure civile à l'instance de la Couronne ou de qui que ce soit.

(2) Lorsque, relativement à une question, un témoin s'oppose à répondre pour le motif que sa réponse pourrait tendre à l'incriminer ou tendre à établir sa responsabilité dans une procédure civile à l'instance de la Couronne ou de qui que ce soit, et si, sans la présente loi ou toute loi provinciale, ce témoin eût été dispensé de répondre à cette question, alors, bien que ce témoin soit en vertu de la présente loi ou d'une loi provinciale forcé de répondre, sa réponse ne peut être invoquée et n'est pas admissible en preuve contre lui dans une instruction ou procédure pénale exercée contre lui par la suite, sauf dans le cas de poursuite pour parjure en rendant ce témoignage.

III. Les arguments des parties

L'appelant R.J.S. soutient qu'il existe un droit fondamental pour toute personne accusée d'une infraction criminelle dans des procédures distinc-

questions about the subject matter of his own criminal liability, even though the answers to these questions cannot, themselves, be used against that person. The right to silence under s. 7 of the *Charter* is broader than the corresponding common law right. The principle against self-incrimination requires that the state not negate a separately tried co-accused's choice to remain mute in the face of state compulsion. Any narrower interpretation of the right to silence will confer upon the state a general power of interrogation since there is no logical distinction between an accused under oath being questioned pursuant to a subpoena at his co-accused's trial and the accused being questioned on arrest or detention at the police station. This argument is supported by the principles of fairness to the accused and the "case to meet" principle.

The respondent Crown and the various interveners all argue that s. 7 of the *Charter* does not mandate an absolute right to silence. Section 5 of the *Canada Evidence Act* strikes an appropriate and constitutionally permissible balance between the competing interests of the community and the witness. The jeopardy caused by evidence that may be derived from the testimony is speculative at the time of the testimony and is more properly addressed when those issues arise in their proper factual setting at the trial of the accused, if and when that evidence is sought to be introduced. Speculation about such future events should not excuse the witness from answering questions at the present proceeding. The longevity, the replication in all provinces and territories, and the general acceptance of s. 5 of the *Canada Evidence Act* strongly suggest that it is not contrary to the principles of fundamental justice.

IV. Analysis

In order to determine whether a co-accused is compellable at the trial of another, it is essential to examine both the common law and the *Charter*. To

tes de refuser de répondre à des questions relatives à sa propre responsabilité criminelle, même si les réponses à ces questions ne peuvent être utilisées contre elle. Le droit au silence, en vertu de l'art. 7 de la *Charte*, est d'une portée plus large que le droit correspondant en common law. Le principe interdisant l'auto-incrimination exige que l'État ne prive pas un coaccusé, jugé séparément, du choix de s'abstenir de répondre face à la contrainte exercée par l'État. Toute interprétation plus restreinte du droit au silence conférerait à l'État un pouvoir général d'interrogation puisqu'il n'existe pas de distinction logique entre un accusé qui, se conformant à un subpoena, est interrogé sous serment au procès de son coaccusé et un accusé interrogé à la suite d'une arrestation ou d'une mise en détention au poste de police. Cet argument s'appuie sur les principes d'équité envers l'accusé ainsi que sur le principe de la «preuve hors de tout doute raisonnable».

Le ministère public intimé et les divers intervenants soutiennent tous que l'art. 7 de la *Charte* ne crée pas un droit absolu au silence. L'article 5 de la *Loi sur la preuve au Canada* respecte l'équilibre approprié et constitutionnellement valide entre deux intérêts qui s'affrontent, ceux de la collectivité et ceux du témoin. Le danger que présente une preuve qui peut dériver du témoignage n'est que conjecture au moment de ce témoignage et devrait plutôt être considéré lorsque ces questions se posent dans le contexte factuel approprié, au procès de l'accusé, dans le cas et au moment où on cherche à introduire cette preuve. De simples conjectures sur des événements futurs ne devraient pas servir à exempter le témoin de répondre aux questions lors des procédures en cours. La longévité de l'art. 5 de la *Loi sur la preuve au Canada*, ainsi que le fait qu'il ait été repris dans toutes les provinces et les territoires et qu'il soit généralement accepté, laissent fortement entendre que cette disposition n'est pas contraire aux principes de justice fondamentale.

IV. Analyse

Afin de déterminer si un coaccusé est contraignable au procès d'un autre, un examen de la common law et de la *Charte* s'avère essentiel. J'exami-

begin with, I will examine the scope and the nature of the principle against self-incrimination at common law, having regard to the “case to meet” principle and the “confessions rule”, two of its most recognized incarnations. Consideration will then be given to the following additional issues: the former common law rule favouring the admission of illegally obtained evidence; other instances in which courts have found common law exceptions to compellability under exigent circumstances; and the common law doctrine of abuse of process. I will use this analysis to describe a common law basis for elaborating a more satisfactory alternative to the approach proposed by either of my two colleagues. These considerations, and the light they shed on the historical context and purpose of s. 24(2) of the *Charter*, inform my analysis of the nature and scope of the principle against self-incrimination under the *Charter*. I conclude that the right to silence and the principle against self-incrimination within s. 7 of the *Charter*, as well as the common law considerations discussed below, all point to a fundamental, underlying notion of fairness within s. 7 of the *Charter*. Applying this underlying value enables me in the last part of these reasons to elaborate upon the kind of conduct by the Crown that would violate s. 7 of the *Charter* in situations analogous to the present case.

A. *The Common Law*

222 The principle against self-incrimination has been articulated by Professor Wigmore as follows:

[T]he individual is sovereign and . . . proper rules of battle between government and individual require that the individual . . . not be conscripted by his opponent to defeat himself. . . .

(*Wigmore on Evidence*, vol. 8 (McNaughton rev. 1961), §2251, at p. 318.)

On my reading of Iacobucci J.’s reasons, he interprets the common law principle against self-incrimination very broadly in light of his examina-

nerai d’abord la portée et la nature du principe de common law interdisant l’auto-incrimination, compte tenu du principe de la «preuve hors de tout doute raisonnable» et de la «règle des confessions», deux de ses manifestations les plus reconnues. Je considérerai ensuite les questions supplémentaires suivantes: l’ancienne règle de common law favorisant l’utilisation d’éléments de preuve obtenus illégalement; d’autres cas dans lesquels des tribunaux ont façonné des exceptions à la contraignabilité dans des situations critiques et la théorie de common law de l’abus des procédures. J’utiliserai cette analyse pour décrire le fondement en common law qui permet d’arriver à une alternative plus satisfaisante que les approches proposées par mes deux collègues. Ces considérations, ainsi que la lumière qu’elles jettent sur le contexte historique et l’objet du par. 24(2) de la *Charte*, enrichissent mon analyse quant à la nature et la portée du principe interdisant l’auto-incrimination en vertu de la *Charte*. Je conclus que le droit de garder le silence et le principe interdisant l’auto-incrimination, sous le régime de l’art. 7 de la *Charte*, ainsi que les considérations de common law dont je traite plus loin, pointent tous vers une notion d’équité fondamentale sous-jacente à l’art. 7 de la *Charte*. L’application de cette valeur sous-jacente me permet, dans la dernière partie de mes motifs, de préciser le genre de conduite de la part du ministère public susceptible de porter atteinte à l’art. 7 de la *Charte* dans des situations analogues à celle qui nous confronte ici.

A. *La common law*

Le professeur Wigmore a formulé le principe interdisant l’auto-incrimination de la façon suivante:

[TRADUCTION] [L]’individu est souverain et [. . .] selon les règles régissant les conflits entre le gouvernement et un particulier, celui-ci [. . .] ne doit pas être obligé par son opposant de causer sa propre défaite . . .

(*Wigmore on Evidence*, vol. 8 (McNaughton rev. 1961), §2251, à la p. 318.)

Il m’apparaît, selon ma lecture des motifs du juge Iacobucci, qu’il donne une interprétation très large au principe de common law interdisant l’auto-

tion of the common law and the *Charter*. His approach would appear to be analogous to a definition of the term self-incrimination formulated by Professor Ratushny in *Self-Incrimination in the Canadian Criminal Process* (1979), at p. 54:

The ordinary meaning of the term "self-incrimination" simply suggests the implicating of oneself in a crime. The manner in which this might be done is not restricted. It could occur through the compulsion of testimony or out-of-court statements. It could also occur through the compulsory production of documents, attendance in identification line-ups, or the provision of samples of blood, urine, hair, fingerprints or handwriting.

In my view, the common law has never required or, in fact, permitted the principle against self-incrimination to be defined so broadly. Rather, the common law has only found self-incrimination to be objectionable *per se* when it takes on a communicative character, i.e. when the state seeks to rely on evidence that has been compelled from the accused and which communicates, or which may be interpreted by a trier of fact as communicating, consciousness of guilt.

1. The "Case to Meet" Principle

The principle of a "case to meet", upon which Iacobucci J. appears to rest his common law and *Charter* interpretation of the principle against self-incrimination, has been defined as the notion that "a person should not be put in jeopardy merely on the basis of suspicion or speculation" and that "the Crown must prove its case before there can be any expectation that [the accused] will respond, whether it be by testifying himself or calling other evidence" (Ratushny, *supra*, at pp. 178-79). Both the "case to meet" principle and its corollary, the general rule that an accused is not compellable at his own trial, illustrate the fundamental common law principle that an accused may be silent at his or her own trial.

incrimination à la lumière de son examen de la common law et de la *Charte*. Sa démarche semble analogue à la définition que donne le professeur Ratushny du terme «auto-incrimination» dans *Self-Incrimination in the Canadian Criminal Process* (1979), à la p. 54:

[TRADUCTION] Le sens ordinaire de l'expression «auto-incrimination» indique simplement le fait de s'impliquer soi-même dans un crime. Il n'existe pas de restriction quant à la façon de le faire. Cela peut se produire dans un témoignage forcé ou une déclaration extrajudiciaire. Cela peut se produire également par la production forcée de documents, la participation à des séances d'identification ou la fourniture d'échantillons de sang, d'urine, de cheveux ou d'empreintes ou de spécimens d'écriture.

À mon avis, la common law n'a jamais exigé ni en fait permis qu'on définisse en termes aussi larges le principe interdisant l'auto-incrimination. Plutôt, la common law ne trouve inadmissible l'auto-incrimination en soi que lorsqu'elle a un caractère de communication, c'est-à-dire lorsque l'État cherche à prendre appui sur une preuve obtenue de l'accusé par contrainte et qui «communique», ou peut être interprétée par le juge des faits comme «communiquant», une conscience coupable.

1. Le principe de la «preuve hors de tout doute raisonnable» (*case to meet*)

Le principe de la «preuve hors de tout doute raisonnable», sur laquelle le juge Iacobucci paraît fonder son interprétation du principe interdisant l'auto-incrimination a été défini comme la notion qu'[TRADUCTION] «une personne ne devrait pas être mise en péril simplement sur la foi d'un soupçon ou d'une hypothèse» et que «le ministère public doit présenter une preuve hors de tout doute raisonnable avant de pouvoir s'attendre que [l'accusé] réponde, que ce soit en témoignant ou en présentant d'autres éléments de preuve» (Ratushny, *op. cit.*, aux pp. 178 et 179). Le principe de la «preuve hors de tout doute raisonnable» et son corollaire, la règle générale de non-contrainctibilité d'un accusé à son propre procès, illustrent le principe fondamental de common law selon lequel un accusé a le droit de garder le silence à son propre procès.

224

The “case to meet” principle applies only to the trial and not to pre-trial contexts. As McLachlin J. observed in *R. v. Hebert*, [1990] 2 S.C.R. 151, at pp. 174-75, however, it may be difficult to justify prohibiting elements of state compulsion on the individual at trial while not providing similar protections to someone who is subject to state compulsion pre-trial:

The protection conferred by a legal system which grants the accused immunity from incriminating himself at trial but offers no protection with respect to pre-trial statements would be illusory.

The philosophic and practical relationship between the privilege against self-incrimination and the right of the suspect to silence prior to trial suggests that the same right of choice should prevail at the earlier phase of the criminal process.

Nonetheless, the common law never extended the actual “case to meet” principle to the pre-trial context. This is not, of course, to say that no pre-trial protections against self-incrimination exist at common law. They do, and *Hebert* clearly manifests some of them. Careful examination reveals, however, that these self-incriminatory protections are simply not as broad as my colleague Iacobucci J. suggests.

225

His approach to the principle against self-incrimination is virtually identical to Professor Ratushny’s theory of “absence of pre-trial obligation”. According to this theory, the state must not under any circumstances compel an individual to assist in his own investigation, even where that individual has not yet been charged. If the individual co-operates, his participation must be voluntary. An inquiry into the rationale underlying this principle, however, reveals such a characterization of the common law to be too broad.

226

The theory of “absence of pre-trial obligation” mainly derives from judicial reluctance to permit

Le principe de la «preuve hors de tout doute raisonnable» s’applique uniquement à l’étape du procès et non antérieurement. Cependant, comme le juge McLachlin l’a fait remarquer dans l’arrêt *R. c. Hebert*, [1990] 2 R.C.S. 151, aux pp. 174 et 175, il pourrait être difficile de justifier d’interdire des éléments de contrainte de l’État à l’égard d’une personne à l’étape du procès sans offrir de mesures de protection similaire à une personne soumise à la contrainte de l’État avant le procès:

La protection accordée par un système juridique qui confère à l’accusé le droit de ne pas s’incriminer au procès mais qui ne lui offre aucune protection à l’égard des déclarations faites antérieurement au procès serait illusoire.

Les rapports philosophiques et pratiques entre le privilège de ne pas s’incriminer et le droit du suspect de garder le silence avant le procès laissent entendre que le même droit de choisir devrait exister au début du processus criminel.

Néanmoins la common law n’est jamais allée jusqu’à étendre le principe de la «preuve hors de tout doute raisonnable» au contexte antérieur au procès. Cela ne signifie pas, bien sûr, qu’il n’existe pas en common law de protections contre l’auto-incrimination avant le procès. Il en existe et *Hebert* clairement en énonce quelques-unes. Un examen attentif révèle, toutefois, que ces protections ne sont tout simplement pas aussi larges que le suggère mon collègue le juge Iacobucci.

Son analyse du principe de l’auto-incrimination est pratiquement identique à la théorie du professeur Ratushny sur [TRADUCTION] «l’absence d’obligation antérieurement au procès». Selon cette théorie, l’État ne doit, en aucune circonstance, forcer une personne à participer à une enquête la concernant, même dans le cas où elle n’a pas encore été inculpée. Si la personne coopère, sa participation doit être volontaire. Un examen de la raison qui sous-tend ce principe révèle, cependant, que cette interprétation de la common law est trop large.

La théorie de «l’absence d’obligation antérieurement au procès» repose principalement sur le fait

negative inferences to be drawn from an individual's refusal to submit to physical tests, blood sample demands, psychological tests, and identification line-ups, to name a few (Ratushny, *supra*, at pp. 183-85). That reluctance, however, interrelates strongly with the presumption of innocence. In the seminal case of *Marcoux v. The Queen*, [1976] 1 S.C.R. 763, Dickson J. (as he then was) commented that, generally, evidence of the refusal of an accused to participate in a line-up would be inadmissible since such evidence might "impinge on the presumption of innocence [and] the jury [might] gain the impression [that] there is a duty on the accused to prove he is innocent" (p. 774). Nonetheless, Dickson J. firmly maintained that coerced participation in a line-up did not *per se* transgress common law notions of self-incrimination. Only two years earlier, in *Hogan v. The Queen*, [1975] 2 S.C.R. 574, the majority of this Court had also held that breath and blood sample demands did not offend common law privileges against self-incrimination.

The general common law rule that an accused's co-operation must be voluntary only applies to efforts to adduce evidence that is communicative in character at trial, and not to all cases where an accused was forced to participate in the provision of physical evidence, such as participation in identification line-ups. In other words, the real concerns underlying the theory of "absence of pre-trial obligation" are that a trier of fact might draw adverse inferences from an accused's refusal to cooperate with the state's investigation, be that by way of identification line-up, breath sample, or anything else. In such instances, the individual's conduct could be perceived by a trier of fact as communication against himself, i.e. communication of a guilty conscience. That conduct would not only be incriminating; it would be self-incriminating.

que les tribunaux hésitent à permettre que des conclusions défavorables soient tirées du refus d'une personne de se soumettre à divers tests physiques, tels les prélèvements de sang, les tests psychologiques ou la participation à une séance d'identification, pour n'en nommer que quelques-uns (Ratushny, *op. cit.*, aux pp. 183 à 185). Cette hésitation est cependant très fortement liée à la présomption d'innocence. Dans l'arrêt qui fait autorité *Marcoux c. La Reine*, [1976] 1 R.C.S. 763, le juge Dickson (plus tard Juge en chef) fait remarquer que, généralement, la preuve du refus d'un accusé de participer à une séance d'identification sera inadmissible puisque cette preuve «peut influencer sur la présomption d'innocence, le jury pouvant avoir l'impression que le prévenu a l'obligation de prouver son innocence» (p. 774). Néanmoins, le juge Dickson a fermement maintenu qu'une participation forcée à une séance d'identification n'allait pas en soi à l'encontre du principe de common law interdisant l'auto-incrimination. Deux années auparavant, dans l'arrêt *Hogan c. La Reine*, [1975] 2 R.C.S. 574, notre Cour à la majorité avait aussi statué que des demandes d'échantillons d'haleine et de sang n'allaient pas à l'encontre du privilège de ne pas s'incriminer, reconnu en common law.

La règle générale de common law selon laquelle la coopération d'un accusé doit être volontaire s'applique seulement aux efforts visant à obtenir une preuve de nature communicatrice au procès, et non à tous les cas où un accusé est forcé de participer à la constitution d'une preuve matérielle, en participant par exemple à une séance d'identification. Autrement dit, les préoccupations qui seraient réellement à la base de la théorie de «l'absence d'obligation antérieurement au procès» tiennent à la crainte qu'un juge des faits puisse tirer des inférences défavorables du refus d'un accusé de participer à l'enquête de l'État, qu'il s'agisse de séances d'identification, d'échantillons d'haleine ou d'autre chose. Dans ces cas, la conduite de la personne pourrait être perçue par le juge des faits comme une communication contre elle-même, c'est-à-dire la communication d'une conscience coupable. Cette conduite serait non seulement incriminante, elle serait auto-incriminante.

228

The differing treatment at common law between self-incrimination that is communicative in character and self-incriminatory effects is highly significant. Professor Paciocco appears to make a similar, though not identical, point in *Charter Principles and Proof in Criminal Cases* (1987), at pp. 582-83:

Among the factors that doubtlessly influenced Ratushny's thesis that there is no functional principle of justice related specifically to self-incrimination was the perceived trend of incursions into the historical protections related to self-incrimination. Ratushny's analysis was designed to be general. In it, he did not draw a firm or complete distinction between testimonial and non-testimonial self-incrimination. Accordingly, denials that a functional privilege against self-incrimination applied to the compelled production of physical evidence were counted among challenges to the existence of any functional principle against testimonial self-incrimination. These cases, I suggest, are not incursions into the principle but rather recognitions of the confinement of the operative principle to testimonial self-incrimination. [Emphasis added; italics in original.]

This conclusion is consistent, I might add, with Iacobucci J.'s conclusion, at p. 493, that the common law privilege against self-incrimination, another incarnation of the common law principle against self-incrimination, is also limited by its testimonial character.

229

Section 5 of the *Canada Evidence Act* is consistent with the common law in this respect. For over 100 years, it has immunized an individual who is compelled to testify in one set of proceedings against the use of that testimony to incriminate that individual in other proceedings. Those communications cannot be used to incriminate the individual at his own trial. Moreover, should the individual refuse to testify at the prior proceedings, then the common law principle articulated above would tend to require that evidence of this refusal also not be admissible to the trier of fact because of the self-incriminating character of the adverse inference that might be drawn from that refusal: *Marcoux*, *supra*. Section 5 of the *Canada Evidence Act* complements rather than contradicts the common

La distinction que fait la common law entre l'auto-incrimination de nature communicatrice et les effets incriminants est très révélatrice. Le professeur Paciocco paraît faire une observation similaire, même si non identique, dans *Charter Principles and Proof in Criminal Cases* (1987), aux pp. 582 et 583:

[TRADUCTION] Au nombre des facteurs qui ont influé sur la thèse de Ratushny qu'il n'existe pas de principe fonctionnel de justice se rapportant spécifiquement à l'auto-incrimination était sans aucun doute la tendance qu'on pouvait déceler à l'ingérence dans les mesures de protection historiques en matière d'auto-incrimination. L'analyse de Ratushny se voulait générale et elle n'établit pas de distinction ferme ou exhaustive entre l'auto-incrimination d'origine testimoniale et celle d'origine non testimoniale. En conséquence, on considérait que le refus de reconnaître l'existence d'un privilège fonctionnel interdisant l'auto-incrimination applicable à la production forcée d'éléments de preuve matériels constituait un moyen de contester aussi l'existence d'un principe fonctionnel interdisant l'auto-incrimination. Je dirais que la jurisprudence ne vise pas à modifier le principe mais plutôt à reconnaître les limites du principe applicable à l'auto-incrimination d'origine testimoniale. [Je souligne; en italique dans l'original.]

Cette conclusion est compatible avec la conclusion du juge Iacobucci, à la p. 493, selon laquelle le privilège de common law contre l'auto-incrimination, autre manifestation du principe de common law interdisant l'auto-incrimination, est aussi limité par son caractère testimonial.

L'article 5 de la *Loi sur la preuve au Canada* est compatible avec la common law à cet égard. Pendant plus de 100 ans, la common law a servi à protéger toute personne contrainte de témoigner dans une instance donnée contre l'utilisation, au cours d'une autre instance, de ce témoignage en vue d'incriminer cette même personne. Ces communications ne peuvent pas servir à incriminer cette personne à son propre procès. De plus, si la personne refusait de témoigner au cours de l'instance antérieure, alors, le principe de common law déjà mentionné tendrait à exiger que la preuve de ce refus ne soit pas admissible devant le juge des faits en raison du caractère auto-incriminant de l'inférence défavorable qui pourrait être tirée de ce refus: *Marcoux*, *supra*. L'article 5 de la *Loi sur la*

law's main extension and application of the "case to meet" principle to the pre-trial context.

2. The Confessions Rule

The "confessions rule" is another important application of the common law principle against self-incrimination. Unlike the "case to meet" principle, it has not been confined to the trial context. Grounded in concerns for reliability and human dignity, the confessions rule evolved to exclude from evidence incriminatory statements made by an accused where his statement was not voluntary. In her comprehensive examination of the confessions rule in *Hebert, supra*, at pp. 165-73, McLachlin J. concluded that the confessions rule is based upon the notion of voluntariness and, more importantly, choice. Only if an individual chooses to co-operate with authorities will the fruits of such co-operation be properly admissible against him or her at trial.

The notions of reliability and choice, however, are very much intertwined. Historically, evidence voluntarily given against oneself was generally considered to be highly reliable. The same could not be said of evidence which was compelled through some act of state coercion. Thus, concerns over individual choice stemmed in part from the overarching concern that innocent persons not be convicted. Under pre-*Charter* common law, lack of voluntariness was not a reason for excluding a statement which was reliable: "[M]ere lack of voluntariness cannot . . . be a reason for excluding a statement as there is no general right to no self-incrimination" (*Rothman v. The Queen*, [1981] 1 S.C.R. 640, at p. 692, *per* Lamer J. (as he then was)). In fact, lack of voluntariness could not, itself, be determinative of a decision to exclude evidence (at p. 693):

If lack of voluntariness . . . were to result automatically in the exclusion of all unwilling statements this would then be, in my opinion, an overextension of the right of an accused to stand mute, and would amount to intro-

preuve au Canada complète au lieu de contredire l'élargissement et l'application en common law du principe de la «preuve hors de tout doute raisonnable» au contexte antérieur au procès.

2. La règle des confessions

La «règle des confessions» est une autre manifestation importante du principe de common law interdisant l'auto-incrimination. À la différence du principe de «la preuve hors de tout doute raisonnable», elle se limite au procès. Fondée sur des préoccupations concernant la fiabilité et la dignité de la personne, cette règle des confessions a évolué de façon à écarter toute déclaration incriminante non volontaire faite par un accusé. Dans son examen exhaustif de la règle des confessions dans *Hebert*, précité, aux pp. 165 à 173, le juge McLachlin conclut que cette règle se fonde sur la notion de caractère volontaire et, ce qui est plus important, la notion de choix. C'est uniquement dans le cas où une personne choisit de coopérer avec les autorités que le résultat de cette coopération sera admissible contre elle au procès.

Les notions de fiabilité et de choix sont, cependant, très intimement liées. Historiquement, la preuve fournie volontairement contre soi-même était généralement considérée très fiable, mais non la preuve résultant d'une forme de coercition exercée par l'État. Ainsi, les préoccupations quant au choix qu'exerçait une personne découlaient en partie d'un souci général de ne pas déclarer coupable une personne innocente. En common law, avant la *Charte*, l'absence de caractère volontaire ne constituait pas une raison d'exclure une déclaration fiable: «la simple absence du caractère volontaire ne peut [. . .] être un motif pour exclure une déclaration puisqu'il n'y a pas de droit général de ne pas s'incriminer» (*Rothman c. La Reine*, [1981] 1 R.C.S. 640, à la p. 692, le juge Lamer (maintenant Juge en chef)). En fait, l'absence de caractère volontaire ne pouvait en soi être le motif déterminant d'une décision d'exclure une déclaration (à la p. 693):

Si [. . .] l'absence du caractère volontaire devait mener automatiquement à l'exclusion de toutes les déclarations qu'on n'a pas voulu faire, ce serait alors, à mon avis, accroître de façon démesurée le droit d'un accusé de

ducing indirectly into our system a facet of the general privilege of no self-incrimination we do not have in this country. [Emphasis added.]

Under the Canadian common law, only considerations of the integrity of the justice system might result in the exclusion of otherwise reliable evidence (at pp. 696-97). Again, however, what is important for our purposes is that the self-incriminatory character of the confessions rule was fairly limited in its scope. Although an individual might freely choose to co-operate in his own investigation, the right to silence and the presumption of innocence require that his refusal to co-operate could almost never be held against him at his own trial. As such, the confessions rule protected against the admission of evidence that was communicative in character and that was obtained through compulsion.

3. The Rule on Admission of Illegally Obtained Evidence

232 The most obvious limitation at common law to the principle against self-incrimination was the rule that all relevant evidence, even if obtained illegally, is generally admissible at the trial of an accused. The admission of such evidence appeared to flow from the principle that the criminal law trial is a truth-seeking process and from an emphasis on the reliability of the evidence over all other considerations, including fairness to the accused. This reliability rationale, itself, no doubt partly hinged on an underlying desire for fairness in the criminal process: *R. v. Whittle*, [1994] 2 S.C.R. 914 (per Sopinka J.). This Court's decision in *R. v. Wray*, [1971] S.C.R. 272, permitted a narrow exception to the admission of illegally obtained evidence where admission of the evidence might operate unfairly procedurally, although subsequent decisions were reluctant to adopt unquestioningly this highly limited discretion. The narrow common law rule in *Wray* has now been overruled and the approach is one of weighing probative value against prejudicial effect, with no inquiry into how far probative value exceeds prejudicial effect: *R. v. Potvin*, [1989] 1 S.C.R. 525, at pp. 531-32

garder le silence, et cela équivaudrait à introduire indirectement dans notre système un aspect du privilege général contre l'auto-incrimination que nous n'avons pas dans ce pays. [Je souligne.]

En vertu de la common law au Canada, seules des considérations touchant l'intégrité du système judiciaire permettaient d'exclure un témoignage par ailleurs fiable (aux pp. 696 et 697). De nouveau, cependant, ce qui importe pour nos fins est que l'aspect auto-incrimination dans la règle des confessions avait une portée assez limitée. Même si une personne pouvait choisir librement de coopérer à l'enquête la concernant, le droit de garder le silence et la présomption d'innocence exigeaient que son refus de coopérer ne puisse presque jamais être retenu contre elle à son propre procès. Comme telle, la règle des confessions était une protection contre l'admission d'une preuve de nature communicatrice obtenue par la contrainte.

3. La règle d'admissibilité d'une preuve obtenue illégalement

La limitation la plus évidente en common law au principe interdisant l'auto-incrimination était la règle selon laquelle tous les éléments de preuve pertinents, même obtenus illégalement, étaient généralement admissibles au procès d'un accusé. L'utilisation de ces éléments de preuve paraît découler du principe que le procès criminel est un processus de recherche de la vérité et de l'importance donnée à la fiabilité des éléments de preuve avant toute autre considération, y compris l'équité pour l'accusé. Cette raison qui sous-tendait la fiabilité dépendait sans doute en partie d'un désir sous-jacent de maintenir l'équité des poursuites criminelles (*R. c. Whittle*, [1994] 2 R.C.S. 914 (le juge Sopinka)). Dans sa décision *R. c. Wray*, [1971] R.C.S. 272, notre Cour a permis une exception restreinte à l'admissibilité d'éléments de preuve obtenus illégalement dans le cas où l'utilisation d'une telle preuve pourrait avoir un effet inéquitable sur la procédure, quoique la jurisprudence ultérieure ait hésité à adopter sans réserve ce pouvoir discrétionnaire très restreint. La règle limitée de common law établie par l'arrêt *Wray* a été infirmée depuis et l'approche retenue est la pondé-

(La Forest J. concurring); and *R. v. Seaboyer*, [1991] 2 S.C.R. 577, at pp. 610-11.

What is more significant for our purposes, however, is that the hue and cry following *Wray* inspired strong legislative action. This action, however, did not take the form of a statutory broadening of the operative principle against self-incrimination. Rather, successive law reform commissions recommended the implementation of statutory provisions that would permit the exclusion of evidence in circumstances in which its admission would bring the administration of justice into disrepute. See Law Reform Commission of Canada, *Report on Evidence* (1975), at p. 22; Ontario Law Reform Commission, *Report on the Law of Evidence* (1976), at p. 94; MacDonald Royal Commission (Second Report), *Freedom and Security under the Law* (1981), vol. 2, at p. 1045; *contra*: *Report of the Federal/Provincial Task Force on Uniform Rules of Evidence* (1982), at p. 233. Section 24(2) of the *Charter* was therefore very much a procedural relaxation of the near absolute rule of admission of evidence under the common law. It was a remedial rule permitting the exclusion of evidence obtained in violation of one or more substantive rights guaranteed under the *Charter*, where the admission of that evidence would tend to bring the administration of justice into disrepute. Self-incrimination, *per se*, had nothing to do with this change; considerations of fairness and abuse of state power had everything to do with it. I shall return later to this point.

4. Exceptions to Compellability

Witnesses, including those jointly indicted but separately tried, have generally in Canada been held to be compellable in other proceedings notwithstanding the possibility of self-incrimination: *Re Regan*, [1939] 2 D.L.R. 135 (N.S.C.A.). From time to time, however, an exception was made in other proceedings. In *Batary v. Attorney General*

ration de la valeur probante et de l'effet préjudiciable, sans examen de la mesure dans laquelle la valeur probante dépasse l'effet préjudiciable: *R. c. Potvin*, [1989] 1 R.C.S. 525, aux pp. 531 et 532 (motifs concourants du juge La Forest), et *R. c. Seaboyer*, [1991] 2 R.C.S. 577, aux pp. 610 et 611.

Ce qui est encore plus significatif pour les fins du présent pourvoi, c'est la force des mesures législatives qui ont été inspirées par la sensation causée par l'arrêt *Wray*. Ces mesures n'ont pas pris la forme d'un élargissement du principe opérant en matière d'auto-incrimination. Au lieu de cela, diverses commissions de réforme du droit ont recommandé la mise en œuvre de dispositions législatives visant à écarter la preuve dans les circonstances où leur utilisation serait susceptible de déconsidérer l'administration de la justice: Commission de réforme du droit du Canada, *Rapport sur la preuve* (1975), aux pp. 24 et 25; Commission de réforme du droit de l'Ontario, *Report on the Law of Evidence* (1976), à la p. 94; Commission royale MacDonald (Deuxième rapport), *La liberté et la sécurité devant la loi* (1981), vol. 2, à la p. 1105; *contra*: rapport du Groupe de travail fédéral-provincial sur l'uniformisation des règles de preuve, *La preuve au Canada* (1983), à la p. 258. Le paragraphe 24(2) de la *Charte* était donc un assouplissement de la règle quasi-absolue d'admissibilité de la preuve en common law. C'était une règle réparatrice permettant l'exclusion de la preuve obtenue à la suite de la violation d'un ou de plusieurs droits substantiels garantis par la *Charte*, lorsque l'admission de cette preuve serait susceptible de déconsidérer l'administration de la justice. L'auto-incrimination en soi n'a rien eu à voir avec ce changement. Des considérations d'équité et d'abus du pouvoir de l'État en sont à l'origine. Je reviendrai sur ce point plus loin.

4. Exceptions à la contraignabilité

Les témoins, y compris les coaccusés jugés séparément, sont au Canada généralement contraignables dans d'autres poursuites, malgré le risque d'auto-incrimination. Voir, par exemple, *Re Regan*, [1939] 2 D.L.R. 135 (C.A.N.-É.). À l'occasion, toutefois, une exception a été autorisée dans d'autres procédures. Dans l'arrêt *Batary c. Attor-*

for Saskatchewan, [1965] S.C.R. 465, a coroner sought to compel the accused, who had already been charged with murder, to testify as to the circumstances surrounding the suspicious death. Under the circumstances, this Court held that inquest to be *ultra vires* the province. While the Court expressed its approval at p. 473 of the conclusion in *Regan, supra*, that co-accused being tried separately for the same offence are compellable by either the prosecution or the defence at the trial of any of the other co-accused, it nonetheless used the covert tool of *ultra vires* doctrine to further a more fundamental conclusion. In essence, it concluded at p. 476 that the act of suspending the accused's preliminary inquiry in order to permit him to be compelled before the coroner amounted to a colourable attempt to circumvent safeguards which the accused would ordinarily have enjoyed:

It would be a strange inconsistency if the law which carefully protects an accused from being compelled to make any statement at a preliminary inquiry should permit that inquiry to be adjourned in order that the prosecution be permitted to take the accused before a coroner and submit him against his will to examination and cross-examination as to his supposed guilt.

Some argue that *Batary* and *Regan* are irreconcilable. The majority of the Court in *Batary*, as well as the majority of this Court in *Faber v. The Queen*, [1976] 2 S.C.R. 9, and *Di Iorio v. Warden of the Montreal Jail*, [1978] 1 S.C.R. 152, would appear to disagree. In my opinion, *Batary* and *Regan*, can easily be reconciled on the basis that while *Regan* sets out the general rule of compellability, *Batary* recognizes that there may be certain circumstances in which strict enforcement of this rule would work a fundamental injustice and therefore warrant an exception being made to the general principle of compellability.

ney General for Saskatchewan, [1965] R.C.S. 465, un coroner cherchait à contraindre une personne, déjà accusée de meurtre, à témoigner quant aux circonstances ayant entouré le décès suspect. Dans ces circonstances, notre Cour a statué que l'enquête excédait la compétence de la province. Bien que la Cour ait exprimé son accord avec la conclusion retenue dans l'affaire *Regan*, précitée, à la p. 473, que des coaccusés jugés séparément pour la même infraction peuvent être contraints, par la poursuite ou la défense, à témoigner au procès de l'un ou l'autre des autres coaccusés, elle a cependant eu recours à la doctrine de l'*ultra vires* pour parvenir à une conclusion plus fondamentale. Essentiellement, la Cour a conclu, à la p. 476, que la suspension de l'enquête préliminaire de l'accusé dans le but de permettre de le contraindre à témoigner devant le coroner constituait une tentative déguisée de contourner les garanties dont il aurait normalement bénéficié:

[TRADUCTION] Ce serait une étrange contradiction que la loi écarte avec tant de soin le témoignage obligatoire à l'enquête préliminaire, et qu'elle permette par ailleurs que cette enquête soit ajournée pour que la poursuite puisse amener l'accusé devant un coroner et le soumettre contre sa volonté à un interrogatoire et à un contre-interrogatoire sur sa prétendue culpabilité.

Certains soutiennent que les arrêts *Batary* et *Regan* ne sont pas conciliables. Ils seraient apparemment contredits par la majorité dans *Batary* ainsi que la majorité dans *Faber c. La Reine*, [1976] 2 R.C.S. 9, et *Di Iorio c. Gardien de la prison de Montréal*, [1978] 1 R.C.S. 152. À mon avis, *Batary* et *Regan* se concilient facilement sur la base que, si *Regan* énonce la règle générale de contraignabilité, *Batary* reconnaît qu'il peut exister des circonstances où l'application stricte de cette règle entraînerait une injustice fondamentale justifiant une exception au principe général de la contraignabilité.

235 Some lower courts have also recognized that the principles of fundamental justice require that an exception be drawn to compellability under certain exigent circumstances: *Re Welton and The Queen* (1986), 29 C.C.C. (3d) 226 (Ont. H.C.), at p. 230; *R. v. Zurlo* (1990), 57 C.C.C. (3d) 407 (Que. C.A.); *Re Praisoody* (1990), 1 O.R. (3d) 606 (Gen.

Certaines juridictions d'instance ont aussi reconnu que les principes de justice fondamentale requièrent des exceptions à la contraignabilité sous certaines circonstances critiques: *Re Welton and The Queen* (1986), 29 C.C.C. (3d) 226 (H.C. Ont.), à la p. 230; *R. c. Zurlo* (1990), 57 C.C.C. (3d) 407 (C.A. Qué.); *Re Praisoody* (1990), 1 O.R. (3d) 606

Div.), 61 C.C.C. (3d) 404 (*sub nom. R. v. Devasagayam*). One interesting approach is that outlined by MacFarlane J.A., writing for the majority of the British Columbia Court of Appeal in *Haywood Securities Inc. v. Inter-Tech Resource Group Inc.* (1985), 24 D.L.R. (4th) 724. He addressed compellability in the context of a proposed examination for discovery in a civil suit, and referred to the exception as follows (at p. 747):

But neither Canadian law nor the Charter has recognized the right of such a witness not to testify (except in those rare cases where the evidence would be so prejudicial that a stay of the proceedings is justified until criminal proceedings are concluded). [Emphasis added.]

And further (at pp. 748-49):

I agree that if the sole aim and purpose of the proceeding was to obtain evidence to support a charge or to assist the criminal prosecution of the witness, it might be arguable that the witness ought not to be compelled to divulge information which might lead to his conviction. But, in my view, such a result would follow only if the proceedings, in which such evidence was given, were so devoid of any legitimate public purpose, and so deliberately designed to assist the prosecution of the witness that to allow them to continue would constitute an injustice. In such circumstances, the continuance of the proceedings could be said to constitute a violation of the principles of fundamental justice. [Emphasis added.]

In conclusion, the majority noted (at p. 751) that the underlying principle was

... a matter of ensuring a fair trial and of preventing an injustice. It would not be as a result of a general privilege against self-incrimination. ...

While not specifically adopting any of these positions, I take them to support the basic proposition that the Canadian common law can accommodate non-compellability in certain very exigent circumstances when fundamental considerations of fairness have required it.

(Div. Gén.), 61 C.C.C. (3d) 404 (*sub nom. R. c. Devasagayam*). Une approche intéressante est décrite par le juge MacFarlane, au nom de la majorité de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique, dans *Haywood Securities Inc. c. Inter-Tech Resource Group Inc.* (1985), 24 D.L.R. (4th) 724. Il traite de la contraignabilité dans le contexte d'un interrogatoire au préalable proposé dans une poursuite civile, et réfère en ces termes à l'exception (à la p. 747):

[TRADUCTION] Toutefois, ni le droit canadien ni la Charte ne reconnaissent le droit d'un tel témoin de ne pas témoigner (sauf dans les rares cas où le témoignage causerait un tel préjudice qu'une suspension de l'instance est justifiée jusqu'à ce que les procédures criminelles aient pris fin). [Je souligne.]

Puis, aux pp. 748 et 749:

[TRADUCTION] Je suis d'accord que, si les procédures n'avaient pas d'autre objet que de réunir des éléments de preuve à l'appui d'une accusation ou de faciliter l'engagement de poursuites criminelles contre le témoin, on pourrait soutenir que ce témoin ne devrait pas être contraint à révéler des renseignements susceptibles d'entraîner une déclaration de culpabilité contre lui. Toutefois, selon moi, il n'en serait ainsi que si les procédures au cours desquelles ce témoignage a été donné étaient tellement dépourvues de toute fin publique légitime et si délibérément conçues pour faciliter l'engagement de poursuites contre le témoin qu'il serait injuste de permettre qu'elles continuent. Dans de pareilles circonstances, la continuation des procédures pourrait être considérée comme une violation des principes de justice fondamentale. [Je souligne.]

En conclusion, la majorité fait observer (à la p. 751) que le principe sous-jacent:

[TRADUCTION] ... consiste à assurer un procès équitable et prévenir une injustice. Ce ne serait pas en raison d'un privilège général contre l'auto-incrimination ...

Sans adopter de façon spécifique aucune de ces conclusions, je considère qu'elles affirment la proposition fondamentale selon laquelle la common law canadienne peut permettre la non-contraignabilité dans des circonstances critiques lorsque des considérations fondamentales d'équité l'exigent.

5. Abuse of Process

237

In *R. v. Conway*, [1989] 1 S.C.R. 1659, at p. 1667, this Court had occasion to address the common law doctrine of abuse of process. On behalf of the majority, I concluded that courts have the discretion to stay proceedings in order to remedy an abuse of the court's process, in those "clearest of cases" where compelling an accused to stand trial would violate those fundamental principles of justice which underlie the community's sense of decency and fair play, or where the court's process would be misused through abusive or vexatious proceedings:

The prosecution is set aside, not on the merits . . . but because it is tainted to such a degree that to allow it to proceed would tarnish the integrity of the court. The doctrine is one of the safeguards designed to ensure "that the repression of crime through the conviction of the guilty is done in a way which reflects our fundamental values as a society". . . . It acknowledges that courts must have the respect and support of the community in order that the administration of criminal justice may properly fulfil its function. Consequently, where the affront to fair play and decency is disproportionate to the societal interest in the effective prosecution of criminal cases, then the administration of justice is best served by staying the proceedings. [Cites omitted.]

Most recently, in *R. v. Power*, [1994] 1 S.C.R. 601, at p. 616, the majority of this Court elaborated on how this doctrine could act as a means to curb abuses of prosecutorial discretion:

Where there is conspicuous evidence of improper motives or of bad faith or of an act so wrong that it violates the conscience of the community, such that it would genuinely be unfair and indecent to proceed, then, and only then, should courts intervene to prevent an abuse of process which could bring the administration of justice into disrepute.

A demonstrable intention to frustrate the administration of justice or an attempt to circumvent the ordinary rules of criminal law were identified as two factors that could be indicative of such an abuse (at p. 616). Of these, the latter consideration

5. L'abus des procédures

Dans l'arrêt *R. c. Conway*, [1989] 1 R.C.S. 1659, à la p. 1667, notre Cour a eu l'occasion d'examiner la doctrine de l'abus des procédures en common law. J'ai conclu, au nom de la majorité, que les tribunaux ont le pouvoir discrétionnaire d'ordonner un arrêt des procédures afin de remédier à un abus du processus judiciaire, dans les «cas les plus manifestes» lorsque forcer le prévenu à subir son procès violerait les principes de justice fondamentale qui sous-tendent le sens du franc-jeu et de la décence dans la société ou lorsqu'il y aurait abus des procédures de la cour par une procédure oppressive ou vexatoire:

Les poursuites sont suspendues, non à la suite d'une décision sur le fond [. . .], mais parce qu'elles sont à ce point viciées que leur permettre de suivre leur cours compromettrait l'intégrité du tribunal. Cette doctrine est l'une des garanties destinées à assurer «que la répression du crime par la condamnation du coupable se fait d'une façon qui reflète nos valeurs fondamentales en tant que société» [. . .] C'est là reconnaître que les tribunaux doivent avoir le respect et le soutien de la collectivité pour que l'administration de la justice criminelle puisse adéquatement remplir sa fonction. Par conséquent, lorsque l'atteinte au franc-jeu et à la décence est disproportionnée à l'intérêt de la société d'assurer que les infractions criminelles soient efficacement poursuivies, l'administration de la justice est mieux servie par l'arrêt des procédures. [Renvois omis.]

Plus récemment, dans *R. c. Power*, [1994] 1 R.C.S. 601, à la p. 616, la majorité de notre Cour a expliqué comment cette doctrine pourrait servir à réduire les abus du pouvoir discrétionnaire de la poursuite:

Si la preuve démontre clairement l'existence de motifs illégitimes, de mauvaise foi ou d'un acte si fautif qu'il viole la conscience de la collectivité à un point tel qu'il serait vraiment injuste et indécent de continuer, alors, et alors seulement, les tribunaux devraient intervenir pour empêcher un abus de procédure susceptible de déconsidérer l'administration de la justice.

Une intention manifeste de faire obstruction à l'administration de la justice ou une tentative de contourner les règles ordinaires du droit criminel ont été identifiées comme deux facteurs de nature à indiquer ce genre d'abus (à la p. 616). Le

is most apposite to the present situation — a matter to which I will return below.

6. Summary

I disagree with Iacobucci J. as to the breadth of the common law principle against self-incrimination. Common law protections focus specifically on situations in which the state seeks to rely on compelled communications — i.e. words, or actions that may be communicative in character — as a means of proving the accused's guilt. The principle is not so broad as to contemplate all self-incriminatory effects. My colleague's broad vision of the principle against self-incrimination would be utterly inconsistent with many state actions, such as compulsion to submit to a breath sample, fingerprinting, participation in identification line-ups, or compulsion to produce documents, all of which implicate the individual in his own prosecution: see, e.g., *Marcoux, supra*, and *Hogan, supra*. There is therefore no rule or principle at common law that prohibits use by the state of derivative evidence *per se*. As such, I can find no support for a derivative use immunity principle in the common law. I agree with Sopinka J. that the derivative use immunity approach is an American invention, required to deal with the unique language of their Fifth Amendment. In light of the very different language and historical context of our *Charter*, particularly our s. 24(2), this approach has neither place nor support in Canadian jurisprudence.

Many of the concerns at common law said to be countenanced by the principle against self-incrimination actually relate even more fundamentally to general considerations of fairness, human decency and the integrity of the judicial system. The doctrine of abuse of process has developed as a means to address these concerns directly. The occasional exception to compellability has been recognized to address these concerns indirectly. If exceptions are

deuxième est le plus pertinent au cas qui nous occupe — question sur laquelle je reviendrai plus loin.

6. Résumé

Je ne suis pas d'accord avec le juge Iacobucci en ce qui concerne la portée du principe de common law interdisant l'auto-incrimination. Les protections de common law sont spécifiquement axées sur des situations où l'État cherche à utiliser des communications forcées — c'est-à-dire des paroles ou actes de nature communicatrice — comme moyen de prouver la culpabilité de l'accusé. Le principe n'est pas assez large pour englober tous les effets auto-incriminants. L'interprétation large que mon collègue donne au principe interdisant l'auto-incrimination serait carrément incompatible avec de nombreuses mesures que prend l'État, telles la possibilité de contraindre une personne à fournir un échantillon d'haleine, la prise d'empreintes digitales, la participation à une séance d'identification ou la production de documents qui nécessitent toutes la participation de la personne contre la poursuite dirigée contre elle: voir les arrêts *Marcoux* et *Hogan*, précités. Par conséquent, aucune règle ni principe de common law n'interdit à l'État d'utiliser des éléments de preuve dérivés. Je ne vois ainsi aucun fondement en common law à un principe d'immunité contre l'utilisation de la preuve dérivée. Je suis d'accord avec le juge Sopinka pour dire que l'immunité contre la preuve dérivée est une invention des États-Unis dans le but de résoudre le problème unique posé par le Cinquième amendement. Étant donné le libellé et le contexte historique très différents de notre *Charte*, en particulier son par. 24(2), cette approche n'a aucune place ni aucun appui dans la jurisprudence canadienne.

Un grand nombre des préoccupations auxquelles répond la common law par le principe interdisant l'auto-incrimination se rapportent de façon encore plus fondamentale aux considérations générales d'équité, de décence humaine et d'intégrité du système judiciaire. La doctrine de l'abus des procédures a été élaborée pour fournir un moyen de répondre directement à ces préoccupations. Les exceptions occasionnelles à la contraignabilité ont

to be made to the general rule of compellability, then they should develop along the lines of these underlying principles rather than out of an imprecise extension of the common law principle against self-incrimination.

240 I turn now to the impact that the passage of the *Charter* may have had on both the nature and scope of the principle against self-incrimination.

B. *The Charter*

241 I do not find it necessary here to examine ss. 10(b), 11(c) and 11(d) of the *Charter* in any great detail. I agree with Iacobucci J. to the extent that he concludes that these sections are evidence that there exists in our *Charter* a residual principle against self-incrimination under s. 7. This residual protection manifests itself in the form of the "right to silence". A careful examination of ss. 13, 24 and 7 of the *Charter*, however, reveals that the *Charter* has not created a broader fundamental principle against self-incrimination than that which existed previously at common law. Rather, it promotes an underlying value of fundamental fairness which can infuse and inform our approach to problems like those raised in the present case.

1. Section 13

242 The historical context in which s. 13 of the *Charter* was introduced suggests strongly that Parliament did not intend to enhance significantly the protections against self-incrimination available under s. 5(2) of the *Canada Evidence Act*. Section 13 of the *Charter* reads as follows:

13. A witness who testifies in any proceedings has the right not to have any incriminating evidence so given used to incriminate that witness in any other proceedings, except in a prosecution for perjury or for the giving of contradictory evidence.

Section 13 is functionally identical to s. 5(2) except for the fact that s. 13 removes the requirement that a witness assert a claim against self-incrimination in order to benefit from that protection.

été reconnues comme permettant de répondre indirectement à ces préoccupations. S'il faut faire des exceptions à la règle générale de la contraignabilité, ces exceptions devraient être élaborées en fonction de ces principes sous-jacents au lieu de procéder d'un élargissement imprécis du principe de common law interdisant l'auto-incrimination.

J'examinerai maintenant l'incidence que l'adoption de la *Charte* a pu avoir sur la nature et la portée du principe interdisant l'auto-incrimination.

B. *La Charte*

Je n'estime pas utile en l'espèce d'examiner en détail les al. 10b), 11c) et 11d) de la *Charte*. Je suis d'accord avec le juge Iacobucci dans la mesure où il conclut que ces dispositions démontrent qu'il existe dans notre *Charte* un principe résiduel interdisant l'auto-incrimination en vertu de l'art. 7. Cette protection résiduelle se manifeste dans le «droit de garder le silence». Un examen attentif des art. 13, 24 et 7 de la *Charte* démontre que la *Charte* n'a pas créé de principe interdisant l'auto-incrimination de nature plus étendue que celui qui existait auparavant en common law. Elle favorise plutôt une valeur sous-jacente d'équité fondamentale qui peut inspirer notre façon d'aborder des problèmes du genre de ceux que le présent pourvoi soulève.

1. L'article 13

Le contexte historique de l'adoption de l'art. 13 de la *Charte* indique nettement que le Parlement n'avait pas l'intention d'accroître fortement les mesures de protection contre l'auto-incrimination prévues au par. 5(2) de la *Loi sur la preuve au Canada*. L'article 13 de la *Charte* se lit:

13. Chacun a droit à ce qu'aucun témoignage incriminant qu'il donne ne soit utilisé pour l'incriminer dans d'autres procédures, sauf lors de poursuites pour parjure ou pour témoignages contradictoires.

L'article 13 est fonctionnellement identique au par. 5(2), sauf que l'art. 13 élimine la nécessité pour un témoin de demander la protection contre l'auto-incrimination s'il veut en bénéficier.

When the *Charter* and, more specifically, s. 13 came into being, s. 5 of the *Canada Evidence Act* had been in existence, largely unchanged, since 1893 (S.C. 1893, c. 31). Witnesses were compellable notwithstanding the fact that they might incriminate themselves, but given complete testimonial use immunity in subsequent criminal proceedings. Provisions almost identical to s. 5 of the *Canada Evidence Act* exist in every Canadian province and territory. The lack of critical commentary on the principles expressed in s. 5 is telling. If s. 5 were based on fundamentally unjust principles, I would expect a significant body of criticism in the case law, in law reform commission reports, and in academic writings. As Professor Ratushny points out in "Is There a Right Against Self-Incrimination in Canada?" (1973), 19 *McGill L.J.* 1, at p. 64, however, the judicial reaction to s. 5 has historically been muted:

From the very introduction of these legislative restrictions, our courts have tended almost uniformly to accept them without any reservations based upon any general principle against self-incrimination.

In fact, most writing on s. 5 seems to indicate substantial support for the provision, including some observations that it actually provides witnesses with more effective protection than the common law privilege it abrogated: *Report of the Federal/Provincial Task Force on Uniform Rules of Evidence, supra*, at pp. 438-40; Law Reform Commission of Canada, *supra*, at pp. 29-30 and 78-79; report of the Canadian Committee on Corrections, *Toward Unity: Criminal Justice and Corrections* (Ouimet Report) (1969), at pp. 67-70; and Law Reform Commission of Canada, Working Paper 17, *Commissions of Inquiry: A New Act* (1977), at p. 36.

Most importantly, if the *Charter's* drafters intended to depart even slightly from the Canadian *status quo* towards the more libertarian American model involving derivative use immunity, one would expect there to have been material changes in the wording or breadth of s. 13 as compared to

Lors de l'entrée en vigueur de la *Charte*, et plus spécifiquement de son art. 13, l'art. 5 de la *Loi sur la preuve au Canada* existait, essentiellement inchangé, depuis 1893 (S.C. 1893, ch. 31). Les témoins étaient contraignables — même s'ils risquaient de s'incriminer — mais bénéficiaient d'une immunité complète quant à l'utilisation de leur témoignage dans des procédures criminelles subséquentes. Il existait dans chaque province et territoire des dispositions presque identiques à celles de l'art. 5 de la *Loi sur la preuve au Canada*. L'absence de critiques sur les principes exprimés dans l'art. 5 est révélatrice. Si l'art. 5 était fondé sur des principes fondamentalement injustes, on se serait attendu à ce qu'il soulève de nombreuses critiques dans la jurisprudence, dans les rapports des commissions de réforme du droit, dans les ouvrages de doctrine et autres. Comme le souligne le professeur Ratushny dans «Is There a Right Against Self-Incrimination in Canada?» (1973), 19 *McGill L.J.* 1, à la p. 64, l'art. 5 n'a jamais suscité beaucoup de réactions de la part des tribunaux:

[TRADUCTION] Dès l'adoption de ces restrictions législatives, nos tribunaux les ont presque uniformément acceptées sans réserve en se fondant sur le principe général interdisant l'auto-incrimination.

En fait, la plupart des commentaires sur l'art. 5 semblent indiquer un fort appui en sa faveur, y compris certaines observations indiquant qu'il fournit aux témoins une protection plus efficace que le privilège de common law qu'il a abrogé: rapport du Groupe de travail fédéral-provincial sur l'uniformisation des règles de preuve, *op. cit.*, aux pp. 488 à 490; Commission de réforme du droit du Canada, *op. cit.*, aux pp. 33 et 89; rapport du Comité canadien de la réforme pénale et correctionnelle, *Justice pénale et correction: un lien à forger* (Rapport Ouimet) (1969), aux pp. 72 à 75; et Commission de réforme du droit du Canada, Document de travail 17, *Les commissions d'enquête: une nouvelle loi* (1977), à la p. 38.

Fait plus important encore, si les rédacteurs de la *Charte* avaient eu l'intention de s'écarter même légèrement du *statu quo* canadien en faveur du modèle américain plus libéral qui offre une immunité contre l'utilisation de la preuve dérivée, on se serait attendu à ce qu'il y ait des différences

s. 5 of the *Canada Evidence Act*, or allusion to such ends in earlier drafts. None, however, are to be found. As Iacobucci J. himself observes, it seems unlikely to expect the drafters of the *Charter* to have left such an important change to the indefinite realm of the principles of fundamental justice under s. 7 of the *Charter*. While I agree that interpretation of the *Charter* must not be frozen in time as a result of over-emphasis of framers' intent at the time of its passing (*Re B.C. Motor Vehicle Act*, [1985] 2 S.C.R. 486), I cannot disregard such a clear indication of intent given the comparably brief period of time that has elapsed since the *Charter* became part of our Constitution: *R. v. Prosper*, [1994] 3 S.C.R. 236, at pp. 287-88, *per* L'Heureux-Dubé J. I conclude that by the inclusion of s. 13 of the *Charter*, the framers expressed an obvious intent not to broaden significantly the protections against self-incrimination previously existing at common law. With all due respect, I believe that Iacobucci J.'s approach runs fundamentally against that clear intention.

2. Section 7

In the case at bar, as with all cases in which a witness is compellable pursuant to statutory authority, the witness faces the possibility of imprisonment if he withholds his testimony. The compulsion to testify subject to possible imprisonment for failure to comply is, itself, a deprivation of liberty which brings the issue of witness compellability within the scope of a s. 7 examination: *R. v. Beare*, [1988] 2 S.C.R. 387, at p. 402. The question is therefore not whether s. 7 applies, but rather how it applies. This Court has recognized that s. 7 includes a residual right to silence: *Hebert, supra*. A s. 7 residual right to silence is therefore capable of applying whenever a witness is compelled. To say that it is capable of applying does not mean, however, that it has crystallized. I elaborate below on the principles underlying when that right to silence will actually be triggered.

notables entre le libellé de l'art. 13 et celui de l'art. 5 de la *Loi sur la preuve au Canada*, ou des allusions à cet effet dans les avant-projets. Ce n'est toutefois pas le cas. Comme mon collègue le juge Iacobucci le fait remarquer, il semble peu probable que les rédacteurs aient laissé un changement si important se rattacher au vague domaine des principes de justice fondamentale en vertu de l'art. 7 de la *Charte*. Bien que je reconnaisse que l'interprétation de la *Charte* ne doit pas être figée dans le temps, en accordant une trop grande importance à l'intention des rédacteurs lors de l'adoption de la disposition (*Renvoi: Motor Vehicle Act de la C.-B.*, [1985] 2 R.C.S. 486), je ne saurais non plus ignorer une indication aussi claire de cette intention, compte tenu de la période relativement brève qui s'est écoulée depuis que notre *Charte* fait partie de notre Constitution: voir mes motifs dans *R. c. Prosper*, [1994] 3 R.C.S. 236, aux pp. 287 et 288. Je conclus donc que les rédacteurs de la *Charte*, en incluant l'art. 13, ont exprimé clairement l'intention de ne pas élargir sensiblement les mesures de protection contre l'auto-incrimination qui existaient auparavant en common law. Avec égards, j'estime que l'analyse faite par le juge Iacobucci contredit fondamentalement cette intention évidente.

2. L'article 7

Ici comme dans tous les cas où un témoin est contraignable en vertu d'un texte législatif, le témoin risque l'emprisonnement s'il refuse de témoigner. Contraindre quelqu'un à témoigner sous peine d'emprisonnement en cas de refus d'obtempérer constitue en soi une atteinte à la liberté qui permet d'assujettir la question de la contraignabilité des témoins à l'art. 7 (*R. c. Beare*, [1988] 2 R.C.S. 387, à la p. 402). La question n'est donc pas de savoir si l'art. 7 s'applique, mais comment il s'applique. Notre Cour a reconnu que l'art. 7 inclut un droit résiduel au silence: *Hebert*, précité. Un droit résiduel au silence, en vertu de l'art. 7, est donc susceptible d'application dans tous les cas où un témoin est contraint de témoigner. Dire qu'il est susceptible d'application ne signifie pas, toutefois, qu'il se soit matérialisé. Je discuterai maintenant des principes permettant de déterminer à quel moment est déclenché le droit de garder le silence.

(a) *The Principle of Fundamental Justice
Against Self-Incrimination*

The seminal pronouncement on the contents of s. 7 remains that of Lamer J. in *Re B.C. Motor Vehicle Act*, *supra*, at p. 503:

[Sections] 8 to 14 provide an invaluable key to the meaning of "principles of fundamental justice". Many have been developed over time as presumptions of the common law, others have found expression in the international conventions on human rights. All have been recognized as essential elements of a system for the administration of justice which is founded upon a belief in "the dignity and worth of the human person" (preamble to the *Canadian Bill of Rights* . . .) and on the "rule of law" (preamble to the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*).

It is this common thread which, in my view, must guide us in determining the scope and content of "principles of fundamental justice".

I believe that the "common thread" against self-incrimination in s. 7 finds full effect through self-incrimination that is communicative in character. I arrive at this conclusion by examining s. 7 in light of our common law past and in light of the history and structure of our *Charter*, in particular the fundamental notions of fairness that underlie it.

While I agree with McLachlin J.'s observations in *Hebert*, *supra*, at p. 163, that a fundamental principle of justice may be broader in scope and more general than the particular common law rules which exemplify it, there is no doubt that the common law plays an important role in discerning the principles fundamental to justice envisioned by s. 7 of our *Charter*. To quote La Forest J. in *Beare*, *supra*, at p. 406:

While the common law is, of course, not determinative in assessing whether a particular practice violates a principle of fundamental justice, it is certainly one of

a) *Le principe de justice fondamentale interdisant l'auto-incrimination*

L'exposé fondamental sur le contenu de l'art. 7 demeure celui du juge Lamer dans le *Renvoi: Motor Vehicle Act de la C.-B.*, précité, à la p. 503:

[L]es art. 8 à 14 fournissent une indication exceptionnelle quant au sens de l'expression «principes de justice fondamentale». Plusieurs ont émergé, avec le temps, à titre de présomptions de *common law*, d'autres sont exprimés dans les conventions internationales sur les droits de la personne. Tous ont été reconnus comme des éléments essentiels d'un système d'administration de la justice fondé sur la foi en «la dignité et la valeur de la personne humaine» (préambule de la *Déclaration canadienne des droits* [. . .]) et en «la primauté du droit» (préambule de la *Charte canadienne des droits et libertés*).

C'est là le lien qui, à mon avis, doit nous guider dans la délimitation de la portée et du contenu de l'expression «principes de justice fondamentale».

J'estime que le «lien» en matière d'auto-incrimination à l'art. 7, a tout son effet dans l'application du principe interdisant l'auto-incrimination de nature communicatrice. Cette conclusion s'appuie sur l'examen de l'art. 7 à la lumière de notre passé de common law, de l'historique et de l'économie de notre *Charte* et, en particulier, des notions fondamentales d'équité qui le sous-tendent.

Bien que je souscrive aux observations du juge McLachlin dans *Hebert*, précité, à la p. 163, qu'un principe de justice fondamentale peut être de portée plus large et plus générale que les règles particulières de common law qui en sont des exemples d'application, il n'y a pas de doute que la common law joue un rôle important dans la détermination des principes fondamentaux de justice visés par l'art. 7 de notre *Charte*. À cet égard, je me rapporte aux propos du juge La Forest dans *Beare*, précité, à la p. 406:

Bien que la *common law* ne soit pas concluante pour déterminer si une pratique donnée viole un principe de justice fondamentale, elle est certainement l'une des

the major repositories of the basic tenets of our legal system referred to in *Re B.C. Motor Vehicle Act*. . .

Although in dissent, but not on this point, Gonthier J. in *Dagenais v. Canadian Broadcasting Corp.*, [1994] 3 S.C.R. 835, adds valuable insight to this general proposition, at pp. 928-29:

It might be suggested that my references to the common law tradition are irrelevant in the age of the *Charter*. In my view, however, the *Charter* does not oblige departing from this tradition in any substantive respect. . . . The impact of the *Charter* will be minimal in areas where the common law is an expression of, rather than a derogation from, fundamental values.

In light of my earlier examination of the common law principle against self-incrimination, I am sceptical, like my colleague Sopinka J., that this principle has been radically redefined by the advent of the *Charter*. The *Charter* embodies those principles which Canadians consider fundamental to our system of justice. Though it recognizes rights which are applications of these principles, and though its passage may have affected the manner in which those fundamental principles are perceived, the *Charter* did not actually create any brand new principles of fundamental justice. Principles of "fundamental" proportions simply do not spring into being from one day to the next — not even in a document as important as our *Charter*.

248 Defining "self-incrimination" over-inclusively as arising whenever the state obtains evidence which it could not have obtained "but for" the individual's participation would take the notion of self-incrimination far beyond the communicative character that grounds it at common law. I reject in principle the "but for" assessment of self-incrimination. I draw on *Charter* jurisprudence to illustrate the difficulties and the practical implications of such an approach, and find added support for my conclusion in the limiting principles of relevance and undue prejudice.

sources principales des préceptes fondamentaux de notre système juridique dont parle le *Renvoi: Motor Vehicle Act de la C.-B.*. . .

Quoique dissident sur un autre point, le juge Gonthier dans *Dagenais c. Société Radio-Canada*, [1994] 3 R.C.S. 835, donne un aperçu de cette proposition générale, aux pp. 928 et 929:

On pourrait prétendre que mes références à la tradition de common law ne sont pas pertinentes à l'ère de la *Charte*. À mon avis, toutefois, la *Charte* n'oblige à s'écarter d'aucun aspect fondamental de cette tradition. [. . .] La *Charte* aura peu d'incidence dans les domaines où la common law reflète les valeurs fondamentales plutôt que d'y déroger.

Compte tenu de mes remarques quant au principe de common law interdisant l'auto-incrimination, je doute, comme mon collègue le juge Sopinka, que l'adoption de la *Charte* ait radicalement redéfini ce principe. La *Charte* enchâsse tous les principes que les Canadiens considèrent comme fondamentaux dans notre système de justice. Bien que la *Charte* reconnaisse des droits qui constituent des applications de ces principes et que son adoption ait pu modifier la façon dont sont perçus ces principes fondamentaux, la *Charte* n'a pas réellement créé de tout nouveaux principes de justice fondamentale. Des principes de nature «fondamentale» n'apparaissent pas du jour au lendemain — même pas dans un document aussi important que la *Charte*.

Donner à l'«auto-incrimination» une définition de portée excessive englobant tous les cas où l'État obtient des éléments de preuve qu'il n'aurait pu obtenir «n'eût été» la participation de l'intéressé, élargirait la notion d'auto-incrimination bien au-delà de la nature communicatrice qui en est le fondement en common law. Je rejette le principe du «n'eût été» dans l'appréciation de l'auto-incrimination. Je me fonde sur la jurisprudence de la *Charte* pour illustrer les difficultés et les conséquences pratiques d'une telle approche et cette conclusion trouve un appui supplémentaire dans les principes restrictifs de la pertinence et du préjudice indu.

(i) Rejection of the Principle of "But For" Derivative Immunity

The majority of this Court has voiced its displeasure with both the uncertainty and the rigidity of "but for" assessments of causality:

Isolating the events that caused the evidence to be discovered from those that did not is an exercise in sophistry. Events are complex and dynamic. It will never be possible to state with certainty what would have taken place had a *Charter* violation not occurred. Speculation of this sort is not, in my view, an appropriate inquiry for the courts.

A causation requirement also leads to a narrow view of the relationship between a *Charter* violation and the discovery of evidence. Requiring a causal link will tend to distort the analysis of the conduct that led to the discovery of evidence. The inquiry will tend to focus narrowly on the actions most directly responsible for the discovery of evidence rather than on the entire course of events leading to its discovery. This will almost inevitably lead to an intellectual endeavour essentially amounting to "splitting hairs" between conduct that violated the *Charter* and that which did not.

(*R. v. Strachan*, [1988] 2 S.C.R. 980, *per* Dickson C.J., at p. 1002.)

Dickson C.J. concluded that the pitfalls of "but for" causation could be avoided by examining the entire chain of events and by excluding from s. 24(2) consideration, evidence which was too remote to be obtained in a manner that infringed the *Charter*. Remoteness, he urged, was not subject to hard and fast rules, but rather should be dealt with on a case by case basis (at p. 1006). In *Strachan*, Dickson C.J. was, of course, addressing the question of whether a causal link between a *Charter* violation and the gathering of certain evidence was a precondition to a s. 24(2) analysis. It is very troubling, however, to rely on this same "but for" test, impugned as it was by Dickson C.J., for the even more important purpose of determining whether the admission of certain evidence

(i) Le rejet du principe du «n'eût été» en matière d'immunité contre la preuve dérivée

La majorité de notre Cour a déjà exprimé qu'elle n'était satisfaite ni de l'incertitude ni de la rigidité du critère du «n'eût été» dans l'examen de la causalité.

Distinguer les événements qui ont permis d'obtenir les éléments de preuve de ceux qui ne l'ont pas fait relève du sophisme. Les événements sont complexes et changeants. Il ne sera jamais possible de préciser ce qui serait arrivé s'il n'y avait pas eu de violation de la *Charte*. À mon avis, ce genre de conjectures ne constitue pas une méthode d'examen appropriée pour les tribunaux.

Une exigence de causalité entraîne également une interprétation restrictive du lien qui existe entre une violation de la *Charte* et la découverte des éléments de preuve. Le fait d'exiger un lien de causalité aura tendance à fausser l'analyse de la conduite qui a mené à la découverte des éléments de preuve. L'examen aura tendance à porter strictement sur les actes qui ont contribué le plus directement à la découverte des éléments de preuve plutôt que sur l'ensemble des événements qui ont mené à cette découverte. Une telle situation entraînera presque inévitablement un exercice intellectuel équivalant essentiellement à «se couper les cheveux en quatre» pour distinguer la conduite qui était contraire à la *Charte* de celle qui ne l'était pas.

(*R. c. Strachan*, [1988] 2 R.C.S. 980, le juge en chef Dickson, à la p. 1002.)

Le juge en chef Dickson a conclu que les pièges que pose la causalité fondée sur le principe du «n'eût été» peuvent être évités si on considère toute la suite des événements et si on exclut de l'examen fondé sur le par. 24(2) les éléments de preuve qui sont trop éloignés pour avoir été obtenus dans des conditions qui portent atteinte à la *Charte*. Selon lui, il ne peut y avoir de règle stricte pour déterminer le moment où les éléments de preuve deviennent trop éloignés et ces situations devraient être considérées individuellement (à la p. 1006). Dans *Strachan*, le juge en chef Dickson examinait bien sûr s'il fallait, à titre de condition préalable à une analyse fondée sur le par. 24(2), établir l'existence d'un lien de causalité entre une violation de la *Charte* et la constitution de certains

inferentially violates a principle of fundamental justice.

(ii) Practical Implications of Derivative “But For” Immunity

The practical implications of Iacobucci J.’s approach cannot be underestimated. Derivative use immunity based on any test requires that the evidence which is adduced against the party who was compelled be screened. In virtually every case, a *voir dire* examining the entire evidence-gathering process would be required, since the onus will fall on the Crown to justify the admission of the evidence whenever a “plausible connection” has been made out between the proposed evidence and the prior testimony. Much of investigation, however, relies upon hunches, instinct, the following up on anonymous or unsubstantiated tips and, more generally, the style and thoroughness of the investigator. Sometimes, the investigation advances by pure chance. These are very difficult elements for the Crown to prove.

The experience of a “trial before a trial”, moreover, has been borne out in the United States and should not be repeated here. I question my colleague Iacobucci J.’s untested belief that the difficulties encountered in applying derivative use immunity in the United States will be appreciably reduced by adopting the “but for” test. I share my colleague Sopinka J.’s concern that the more likely result is that difficulties experienced with derivative use immunity in the United States will be repeated here, leading to interminable admissibility proceedings and resulting in virtual transactional immunity. See R. S. Ghio, “The Iran-Contra Prosecutions and the Failure of Use Immunity” (1992), 45 *Stan. L. Rev.* 229, and J. A. Murphy, “The Aftermath of the Iran-Contra Trials: The

éléments de preuve. Il est troublant, cependant, de penser que l’on pourrait adopter ce même critère du «n’eût été», attaqué comme il l’a été par le juge en chef Dickson, dans le but encore plus important de déterminer si l’admission de certains éléments de preuve viole, par inférence, un principe de justice fondamentale.

(ii) Conséquences pratiques de l’immunité contre la preuve dérivée fondée sur le critère du «n’eût été»

Les conséquences pratiques de la démarche adoptée par le juge Iacobucci ne peuvent pas être sous-estimées. L’immunité contre la preuve dérivée, fondée sur quelque test que ce soit, exige un filtrage de la preuve introduite contre une partie qui a été contrainte à témoigner. Dans pratiquement tous les cas, il faudra procéder à un *voir-dire* pour examiner l’ensemble du processus de constitution de la preuve, puisque la charge incombe au ministère public de justifier l’utilisation de la preuve dès lors qu’un «lien plausible» est établi entre la preuve proposée et le témoignage antérieur. Cependant, une large part de l’enquête repose sur les intuitions, l’instinct, le suivi de renseignements anonymes ou de faux renseignements et, plus généralement, le style et la méticulosité de l’enquêteur. Parfois les enquêtes avancent grâce au pur hasard. Ce sont là des éléments difficiles à prouver pour le ministère public.

De plus, l’expérience du «procès avant le procès» a été faite aux États-Unis et ne devrait pas être répétée chez nous. Je conteste l’opinion gratuite de mon collègue Iacobucci selon laquelle les difficultés rencontrées dans l’application de l’immunité contre la preuve dérivée aux États-Unis seront grandement réduites par l’adoption du critère du «n’eût été». Je partage l’inquiétude du juge Sopinka qui estime que le résultat probable serait la répétition des difficultés soulevées par l’immunité contre la preuve dérivée aux États-Unis, ce qui entraînerait des procédures interminables sur la question de l’admissibilité et une quasi-immunité à l’égard d’une affaire donnée. Voir R. S. Ghio, «The Iran-Contra Prosecutions and the Failure of Use Immunity» (1992), 45 *Stan. L. Rev.* 229, et J. A.

Uncertain Status of Derivative Use Immunity” (1992), 51 *Md. L. Rev.* 1011.

The case of *Ruben v. The Queen* (1983), 24 Man. R. (2d) 100 (Q.B.), presents a very real, and very commonplace, example of the intractable difficulties that may follow from Iacobucci J.’s approach. The witness sought an order quashing a subpoena compelling him to testify at a murder trial. He, himself, had been charged as an accessory to the murder and he argued that his testimony could materially lead to the conviction of the accused murderer. Since proving a murder was an essential element of the Crown’s case against him, he argued that by testifying at the murder trial, he would therefore be incriminating himself. In other words, if the murder conviction depended upon the witness’s testimony, evidence of the murderer’s conviction, ordinarily admissible against the witness in subsequent proceedings, would suddenly take on a derivative character. There would be a “plausible connection” between the witness’s testimony and the evidence which the Crown seeks to introduce against him. Iacobucci J.’s “but for” test would require the Crown to prove anew at the witness’s own trial that the murderer would have been convicted without the witness’s testimony, before being able to rely upon the fact of the conviction as evidence of an essential element of the case. The trial judge in *Ruben* recognized the illogic of such an outcome and made the following observations (at p. 106):

At Ruben’s own trial, the Crown must still prove the commission of the principal crime to which he is alleged to have been an accessory, together with all of the other ingredients contained in the indictment. In attempting to do that, the Crown cannot compel Ruben to testify at his trial, nor can it use any incriminating evidence that Ruben may have given in these proceedings in order to satisfy its burden of proof, except of course as specifically provided for in s. 13 of the *Charter*.

It seems that the purpose of the *Charter* in enacting these sections was not only to provide guaranteed rights to persons charged with an offence, but also to provide a means whereby evidence could be made available that otherwise might not be if it were not for this blanket protection. [Emphasis added.]

Murphy, «The Aftermath of the Iran-Contra Trials: The Uncertain Status of Derivative Use Immunity» (1992), 51 *Md. L. Rev.* 1011.

L’affaire *Ruben c. The Queen* (1983), 24 Man. R. (2d) 100 (B.R.), est un exemple réel, et courant, des difficultés insurmontables que pourrait causer l’analyse du juge Iacobucci. Le témoin voulait obtenir une ordonnance annulant un subpoena le contraignant à témoigner dans un procès pour meurtre. Il avait personnellement été accusé comme complice du meurtre et soutenait que son témoignage pourrait mener à la déclaration de culpabilité de l’accusé. Puisque la preuve du meurtre constituait un élément essentiel de l’accusation du ministère public contre lui, il soutenait qu’il allait s’incriminer s’il devait témoigner au procès pour meurtre. Autrement dit, si la déclaration de culpabilité du meurtrier dépendait de la déposition du témoin, la preuve de cette déclaration de culpabilité, qui serait normalement admissible contre le témoin dans une procédure ultérieure, deviendrait soudainement une preuve dérivée. Il y aurait un «lien plausible» entre la déposition du témoin et la preuve que l’État cherche à déposer contre lui. Le critère du «n’eût été» selon le juge Iacobucci exigerait du ministère public de prouver de nouveau au procès du témoin que l’assassin aurait été déclaré coupable sans la déposition du témoin avant de pouvoir utiliser la déclaration de culpabilité comme preuve d’un élément essentiel de l’accusation. Le juge du procès dans *Ruben* a reconnu l’illogisme d’un tel résultat et a fait les observations suivantes (à la p. 106):

[TRADUCTION] Au procès de Ruben, le ministère public doit quand même établir la perpétration du crime principal dont Ruben serait un complice, ainsi que tous les autres éléments de l’acte d’accusation. Pour faire cette preuve, le ministère public ne peut contraindre Ruben à témoigner à son propre procès, ni utiliser des éléments de preuve incriminants que Ruben pourrait avoir fournis dans cette procédure, sauf bien entendu dans la mesure prévue par l’art. 13 de la *Charte*.

Il semble que l’objet de la *Charte*, dans ces dispositions, était non seulement de garantir certains droits aux personnes accusées d’une infraction, mais aussi d’offrir un moyen de fournir certains éléments de preuve qui ne pourraient l’être par ailleurs en l’absence de cette protection générale. [Je souligne.]

I applaud this healthy dose of common sense.

J'applaudis cette saine dose de bon sens.

253

Finally, I note that my colleague's derivative immunity approach would also logically appear to apply to civil cases where an accused person has been compelled to testify, since failure by a witness to testify in such a process is equally subject to state sanction by way of possible imprisonment. Although I do not have the benefit of an in-depth examination of this question, I note that there is doubt as to whether the rationale for the common law privilege against self-incrimination would extend to civil proceedings: *A.T. & T. Istel Ltd. v. Tully*, [1992] 3 All E.R. 523 (H.L.). Equally significant, if civil discovery proceedings are capable of materially affecting the Crown's conduct of its case against an accused in the way my colleague suggests, then the Crown may have good reason to seek delay of those civil proceedings until the completion of the accused's trial. It is clearly not desirable to impose upon the Crown the burden of having to apprise itself of, and possibly intervene in, any and all civil proceedings relating to individuals that are under suspicion or active investigation or that have already been charged. I fail to see, however, how this result would not follow as a necessary practical consequence from my colleague's approach.

Enfin, je note que la démarche de mon collègue en matière d'immunité contre la preuve dérivée devrait logiquement s'appliquer aussi aux affaires civiles dans lesquelles un accusé a été contraint de témoigner, puisque le défaut de témoigner dans une telle procédure est également sujet à sanction de l'État par emprisonnement éventuel. Bien que n'ayant pas bénéficié d'une analyse approfondie de cette question, je note qu'il existe des doutes quant à savoir si la justification du privilège de common law contre l'auto-incrimination s'étendrait aux procédures civiles: *A.T. & T. Istel Ltd. c. Tully*, [1992] 3 All E.R. 523 (H.L.). Tout aussi important, si des procédures civiles de communication de la preuve peuvent influencer sur la constitution par le ministère public de sa preuve contre l'accusé — comme le suggère mon collègue — le ministère public pourrait avoir de bonnes raisons de chercher à retarder ces procédures civiles jusqu'à la fin du procès de l'accusé. De toute évidence, il n'est pas souhaitable d'imposer au ministère public la charge de prendre connaissance de toute procédure civile relative à des personnes qui sont l'objet de soupçons, d'une enquête en cours ou d'une inculpation, voire même d'intervenir. Toutefois je ne vois pas comment un tel résultat ne serait pas inévitablement la conséquence pratique de l'approche privilégiée par mon collègue.

(iii) Theoretical Inconsistencies of "But For" Immunity

(iii) Les incohérences théoriques de l'immunité selon le critère du «n'eût été»

254

The majority of this Court has classified breathalyzer evidence as "self-incriminating" for the purposes of s. 24(2), since it could not be obtained "but for" the cooperation of the accused: *Prosper, supra*. If a principle against self-incrimination under s. 7 of the *Charter* were also to be based on the "but for" test, then it must follow that admission of breathalyzer tests would be inconsistent with s. 7. Put differently, an individual who is asked to provide a breathalyzer sample is being coerced by the state to provide potentially incriminating evidence against himself in a context in which his refusal to submit to such a test would render that person liable to possible imprisonment. The state could not obtain that evidence "but for"

Notre Cour à la majorité a qualifié la preuve obtenue par alcootest de preuve «auto-incriminante» aux fins du par. 24(2) parce qu'elle n'aurait pu être obtenue «n'eût été» la coopération de l'accusé: *Prosper*, précité. Si le principe interdisant l'auto-incrimination en vertu de l'art. 7 de la *Charte* était aussi fondé sur le critère du «n'eût été», il s'ensuivrait nécessairement que l'utilisation des alcootests en preuve serait incompatible avec l'art. 7. En d'autres termes, la personne qui fait l'objet d'une demande d'alcootest se trouve contrainte par l'État de fournir des éléments de preuve possiblement incriminants dans un contexte où le refus d'obtempérer serait passible d'emprisonnement. L'État ne pourrait obtenir ces éléments de

the individual's participation. Yet never, to my knowledge, has the constitutionality of demanding a breathalyzer sample on reasonable and probable grounds been successfully challenged on the basis that it violates a principle of fundamental justice against self-incrimination under s. 7 of the *Charter*. Surely the same argument can be made of instances in which an individual is required to furnish to authorities his or her own fingerprints. Yet, where sufficient grounds are made out, the state may, both under the common law and the *Charter*, generally compel an accused to furnish such evidence: *Beare, supra*.

A similar argument can be made with respect to compelled production of documents. In *Thomson Newspapers Ltd. v. Canada (Director of Investigation and Research, Restrictive Trade Practices Commission)*, [1990] 1 S.C.R. 425, this Court was asked to decide whether the Director of Investigation and Research could compel the production of documents by *subpoena duces tecum*. A majority of the Court concluded that the documents had to be produced. There can be little doubt that documents of the nature disclosed in *Thomson Newspapers* are potentially incriminating against the party being forced to produce them. Authorities may locate other evidence as a result of information contained in these documents or may gain a new appreciation of existing evidence. The fact that the individual has to participate in their production implies that the individual is being compelled by the state to assist in his own investigation. According to the "but for" principle, documents which are so well hidden that they would not have been found "but for" the individual's co-operation are "self-incriminating". Indeed, many state intrusions into an individual's private sphere, be it their body, their breath, or their house, implicitly require the accused's cooperation, subject to penalty for obstruction of justice, "but for" which certain evidence would not come to light.

In summary, when objections are made to the constitutionality of evidence obtained through

preuve «n'eût été» de la participation de la personne. Cependant, à ce que je sache, on n'a jamais réussi à contester la constitutionnalité d'une demande d'échantillon d'haleine fondée sur des motifs raisonnables et probables, en invoquant la violation d'un principe de justice fondamentale interdisant l'auto-incrimination en vertu de l'art. 7 de la *Charte*. On peut sans doute avancer le même argument dans les cas où une personne est tenue de fournir aux autorités ses empreintes digitales. Cependant, si l'on présente des motifs suffisants, l'État, tant en vertu de la common law que de la *Charte*, peut généralement contraindre un accusé à fournir ces éléments de preuve: *Beare, précité*.

On peut avancer un argument similaire relativement à la production forcée de documents. Dans l'arrêt *Thomson Newspapers Ltd. c. Canada (Directeur des enquêtes et recherches, Commission sur les pratiques restrictives du commerce)*, [1990] 1 R.C.S. 425, notre Cour devait décider si le Directeur des enquêtes et recherches pouvait forcer la production de documents par *subpoena duces tecum*. La majorité a conclu que les documents devraient être produits. On ne peut douter que les documents de la nature de ceux qui ont été divulgués dans *Thomson Newspapers* pourraient être incriminants contre la partie forcée de les produire. Les autorités pourraient, grâce aux renseignements contenus dans ces documents, trouver d'autres éléments de preuve ou être en mesure de faire une nouvelle appréciation des éléments de preuve existants. Puisque la personne doit participer à la production de ces documents, elle se trouve contrainte par l'État à participer à l'enquête dont elle fait l'objet. Conformément au principe du «n'eût été», sont auto-incriminants des documents si bien cachés qu'ils n'auraient pu être découverts «n'eût été» la coopération de la personne en cause. En fait, de nombreuses ingérences de l'État dans la vie privée d'une personne (son corps, son haleine, sa maison) exigent implicitement, sous peine de sanction en cas d'entrave à la justice, la coopération de l'accusé sans laquelle certains éléments de preuve ne pourraient être découverts.

En résumé, lorsqu'est contestée la constitutionnalité d'éléments de preuve obtenus par des analy-

breathalyzers, fingerprinting, searches, or compelled production of documents, those objections are only recognized under the *Charter* in so far as they address the manner in which that evidence was obtained. Objections to the fact that such evidence may be gathered, and to the fact that the individual was compelled to assist in its production, are not recognized under the *Charter*. With all due respect, I believe that the fact that such evidence exists and is constitutionally permissible is mute yet powerful testimony that the operating principle against self-incrimination is not as broad as my colleague suggests.

(iv) Further Rationales for Regarding the Principle Against Self-Incrimination as Communicative in Character

257 Unlike my colleague, I do not see the operative principle against self-incrimination to be in "dynamic tension" with other fundamental principles of our legal system. I prefer to look for harmony rather than conflict. Additional justification for rejecting "but for" derivative immunity and for recognizing the communicative character of the principle against self-incrimination can be found in the complementary character of the principle of fundamental justice against undue prejudice.

258 The common law has consistently rejected drawing adverse inferences from an individual's refusal to co-operate with the authorities. As I noted earlier, to the extent that an accused's conduct may be perceived by a trier of fact as an implicit admission of a guilty conscience, such inferences are undoubtedly self-incriminatory. Significant prejudice might follow if such evidence were admitted at the accused's trial. This jeopardy can be largely addressed by the principle that courts should exclude evidence if its probative value is outweighed by its prejudicial effect. As Professor Mewett points out, prejudice is a well-established notion in our common law:

Prejudice, in the evidentiary context, means the drawing of an inference adverse to the party against whom it is

ses d'haleine, la prise d'empreintes digitales, des fouilles ou perquisitions, ou encore la production forcée de documents, les objections soulevées ne sont reconnues en vertu de la *Charte* que dans la mesure où elles visent la manière par laquelle la preuve a été obtenue. Des objections au fait que la preuve a été obtenue et au fait que la personne a été contrainte de participer à son obtention ne sont pas reconnues en vertu de la *Charte*. Avec égards, je pense que le fait qu'une telle preuve existe et qu'elle soit permise par la Constitution est une démonstration muette mais puissante que le principe applicable contre l'auto-incrimination n'est pas aussi large que mon collègue le suggère.

(iv) Autres raisons de considérer le principe interdisant l'auto-incrimination comme étant de nature communicatrice

Contrairement au juge Iacobucci, je ne suis pas d'avis que le principe interdisant l'auto-incrimination est «en tension dynamique» avec d'autres principes fondamentaux de notre système de droit. Je préfère rechercher l'harmonie plutôt que le conflit. Une justification additionnelle du rejet de l'immunité contre la preuve dérivée selon le critère du «n'eût été» et de la reconnaissance du caractère communicateur du principe interdisant l'auto-incrimination provient du principe complémentaire de justice fondamentale relatif au préjudice indu.

Notre common law n'a jamais accepté de tirer des conclusions défavorables du refus d'une personne de coopérer avec les autorités. J'ai souligné plus haut que, dans la mesure où le juge des faits peut considérer la conduite de l'accusé comme un aveu implicite d'une conscience coupable, ces conclusions sont indubitablement auto-incriminantes. Un préjudice important peut découler de l'utilisation de ces éléments de preuve au procès de l'accusé. On peut éviter ce danger en appliquant le principe que les tribunaux devraient écarter les éléments de preuve si leur effet préjudiciable l'emporte sur leur valeur probante. Comme le fait remarquer le professeur Mewett, le préjudice est une notion bien établie de notre common law:

[TRADUCTION] Dans le contexte de la preuve, le préjudice signifie que l'on tire une conclusion défavorable à

offered along an impermissible chain of reasoning — not one of logic, common sense and experience, but one of hunch, gut-reaction and lack of logic. It is the reaching of a conclusion for the wrong reason and whether that conclusion is “right” or “wrong” is quite immaterial. It is the *process* that is objectionable. [Emphasis in original.]

(A. W. Mewett, “Prejudicing an Accused” (1992), 34 *Crim. L.Q.* 385, at p. 385.)

Given that this Court has already recognized the fundamental nature of this determination to the fairness of the trial process (*Seaboyer, supra*), I see no need to reach beyond that principle to address the repugnance that our society holds for self-incrimination of this kind. There is certainly no need to reach for a broad principle against non-testimonial self-incrimination of the nature *Iacobucci J.* adopts.

Moreover, I would note that the mere fact that evidence may be discovered as a result of compelled testimony does not necessarily mean that the Crown can use that evidence at the witness’s own trial. The use of subsequently derived evidence is always constrained by relevance. I emphasize that, by virtue of s. 13 of the *Charter*, the Crown cannot rely on statements made by an accused in other proceedings to connect him to incriminating evidence in the accused’s own trial. The derivative evidence will therefore only be admitted into evidence if the Crown can establish its relevance without reference to the accused’s actual communication. The principle against self-incrimination would further require that the Crown not be entitled to rely on the fact of that communication. As such, the communicative character of that evidence — the inferences that may flow from the fact that the accused pointed police to it — is stripped from that evidence. Thus, any derivative evidence that is, indeed, admitted will be incriminating, but not self-incriminating.

To recapitulate, the “but for” test advocated by *Iacobucci J.* is potentially over-inclusive as a test for the self-incriminatory nature of evidence. Both

la partie contre laquelle cette preuve est présentée, suivant un raisonnement inacceptable — fondé non pas sur la logique, le bon sens et l’expérience, mais sur l’intuition et l’absence de logique. C’est arriver à une conclusion pour la mauvaise raison; le fait que cette conclusion soit «exacte» ou «fausse» n’est aucunement pertinent. C’est le *processus* qui est choquant. [En italique dans l’original.]

(A. W. Mewett, «Prejudicing an Accused» (1992), 34 *Crim. L.Q.* 385, à la p. 385.)

Puisque notre Cour a déjà reconnu le caractère fondamental de cette détermination pour l’équité du procès (*Seaboyer*, précité), je n’ai pas à aller au-delà de ce principe pour examiner la répugnance que notre société a envers une auto-incrimination de cette nature. Il n’est certainement pas nécessaire de formuler un principe général interdisant l’auto-incrimination non testimoniale de la nature de celui que propose mon collègue le juge *Iacobucci*.

Je souligne, de plus, que le simple fait que des éléments de preuve puissent être découverts grâce à un témoignage donné sous contrainte ne signifie pas nécessairement que le ministère public puisse utiliser cette preuve au procès du témoin. L’utilisation de la preuve dérivée est toujours assujettie au principe de la pertinence. Je signale qu’en vertu de l’art. 13 de la *Charte*, le ministère public ne peut se fonder sur des déclarations faites par un accusé dans d’autres procédures dans le but d’établir un lien entre la preuve incriminante et l’accusé, à son propre procès. La preuve dérivée ne sera donc admise en preuve que lorsque le ministère public pourra établir sa pertinence sans référence à ce qui a été communiqué par l’accusé. Le principe interdisant l’auto-incrimination exigerait en outre que le ministère public ne soit pas autorisé à s’appuyer sur le fait de cette communication. Le caractère communicateur des éléments de preuve — les inférences qui peuvent être tirées du fait que l’accusé les a lui-même signalés à la police — est, comme tel, éliminé de cette preuve. Ainsi, toute preuve dérivée qui est effectivement utilisée sera incriminante mais ne sera pas auto-incriminante.

Pour récapituler, le critère du «n’eût été» préconisé par le juge *Iacobucci* risque d’avoir une portée excessive en tant que critère du caractère auto-

the common law and the *Charter* draw a fundamental distinction between incriminating evidence and self-incriminating evidence: the former is evidence which tends to establish the accused's guilt, while the latter is evidence which tends to establish the accused's guilt by his own admission, or based upon his own communication. The s. 7 principle against self-incrimination that is fundamental to justice requires protection against the use of compelled evidence which tends to establish the accused's guilt on the basis of the latter grounds, but not the former.

261 Since evidence may not be admitted at trial on the basis of any compelled act which is communicative in character, the substantive fairness of the trial is not prejudiced by the fact of prior compelled testimony. Any remaining concerns about fairness must therefore relate to the manner by which the derivative evidence was obtained, and are therefore procedural. As is apparent from the dramatic legislative response to the common law rule under *Wray*, such concerns centre on the integrity of our justice system and on fairness to, and the dignity of, the individual. These concerns are addressed by resort to the notions of fundamental fairness which underlie almost all of the values and principles said to flow from our *Charter*, a matter to which I will return when setting out my specific approach below.

(b) *The Right to Silence*

262 In *Hebert*, *supra*, this Court considered the ambit of a detained accused's right to silence. It concluded that s. 7 of the *Charter* was breached where the police elicited inculpatory statements from the accused by way of an undercover police officer in a neighbouring cell. In *Hebert*, McLachlin J. thoroughly canvassed the legal context of the right to silence and underlined that the basic tenets of our justice system were to be found in the interrelationship of common law rules and by reference to the *Charter* (at p. 180):

incriminant de la preuve. Tant la common law que la *Charte* font une distinction fondamentale entre une preuve incriminante et une preuve auto-incriminante: la première est la preuve qui tend à établir la culpabilité de l'accusé, alors que la deuxième est la preuve qui tend à établir la culpabilité de l'accusé par suite de son propre aveu ou de sa propre déclaration. Le principe interdisant l'auto-incrimination visé à l'art. 7, qui est fondamental pour la justice, nécessite une protection contre l'utilisation de témoignages donnés sous la contrainte qui tendent à établir la culpabilité de l'accusé à partir de la deuxième catégorie et non de la première.

Puisque des éléments de preuve résultant d'un acte fait sous contrainte, de nature communicative, ne peuvent être admis au procès, le fait d'un témoignage antérieur donné sous contrainte n'est pas préjudiciable à l'équité substantielle du procès. Toute préoccupation subsistant quant à l'équité doit donc être reliée à la manière dont la preuve dérivée a été obtenue et est donc d'ordre procedural. Comme l'indique la réaction énergique du législateur à la règle de common law issue de l'arrêt *Wray*, ces préoccupations sont axées sur l'intégrité de notre système de justice ainsi que sur l'équité envers la personne et la dignité de la personne. On répond à ces préoccupations en recourant aux notions d'équité fondamentale qui sous-tendent presque toutes les valeurs et principes censés découler de notre *Charte*, question à laquelle je reviendrai lorsque j'exposerai ma démarche particulière.

b) *Le droit de garder le silence*

Dans l'arrêt *Hebert*, précité, notre Cour a analysé la portée du droit d'un accusé détenu de garder le silence et a conclu que la police avait contrevenu à l'art. 7 de la *Charte* en utilisant un agent de police banalisé placé dans une cellule voisine pour obtenir d'un accusé des déclarations incriminantes. Dans cet arrêt, le juge McLachlin a examiné en profondeur le contexte juridique du droit de garder le silence et a fait ressortir que les préceptes fondamentaux de notre système de justice reposent sur la corrélation entre les règles de common law et sur l'examen de la *Charte* (à la p. 180):

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

In *Hebert*, this Court recognized that the right to silence, though not absolute, extends in certain circumstances to the pre-trial context. A detained accused has the s. 7 right not to be incited by the state to make inculpatory statements that could later be used against him at trial. This self-incriminatory protection went beyond that existing under s. 11(c) because it extended to the pre-trial context, and differed from the protections under s. 13 in that it did not involve any prior “proceedings”.

The right to silence sought by the appellant in the present case differs in important respects, however, from that recognized by this Court in *Hebert*. In *Hebert*, the state sought evidence from the mouth of the detained accused for the purpose of incriminating that individual by his own statements at his trial. Having found the state's manner of acquiring the testimonial evidence to violate s. 7 of the *Charter*, this Court excluded that evidence under s. 24(2). The circumstances raised by the present appeal, however, are somewhat different in that the state seeks to obtain an individual's testimony for the purposes of advancing the quest for truth in a criminal proceeding against another person. By virtue of s. 5 of the *Canada Evidence Act* and s. 13 of the *Charter*, the witness's statements cannot be used to incriminate him or her at trial.

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

Dans l'arrêt *Hebert*, notre Cour a reconnu que le droit de garder le silence, quoique non absolu, s'applique dans certaines circonstances au contexte antérieur au procès. En vertu de l'art. 7, un accusé détenu a le droit de ne pas être forcé de faire des déclarations incriminantes qui pourraient ultérieurement être utilisées contre lui au procès. Cette protection contre l'auto-incrimination est allée au-delà de celle qui existait en vertu de l'al. 11c) parce qu'elle a été étendue au contexte antérieur au procès et diffèrait des mécanismes de protection de l'art. 13 en ce qu'il n'y était pas question de «procédures» antérieures.

Toutefois, le droit de garder le silence que l'appelant fait valoir en l'espèce diffère, sur des aspects importants, de celui que notre Cour a reconnu dans *Hebert*. Dans cet arrêt, l'État cherchait à obtenir de la bouche de l'accusé détenu des éléments de preuve pour que ces déclarations puissent servir à l'incriminer à son procès. Après avoir conclu que l'État avait contrevenu à l'art. 7 de la *Charte* dans la méthode d'obtention de la preuve testimoniale, notre Cour l'a écartée en vertu du par. 24(2). Les circonstances sont bien différentes ici en ce que l'État cherche à obtenir le témoignage d'une personne pour l'aider dans sa recherche de la vérité dans le cadre d'une poursuite criminelle contre une autre personne. En vertu de l'art. 5 de la *Loi sur la preuve au Canada* et de l'art. 13 de la *Charte*, les déclarations d'un témoin ne peuvent

From the standpoint of the witness's own trial, these provisions therefore already mandate a right to testimonial "silence" which is analogous to that conferred upon the detained accused in *Hebert*.

servir à l'incriminer à son propre procès. En ce qui concerne le procès même du témoin, ces dispositions prévoient déjà un droit de ne pas témoigner qui est analogue au droit qui a été reconnu à l'accusé détenu dans l'arrêt *Hebert*.

264 In *Hebert*, moreover, no question was raised regarding the admissibility of evidence derived from the illegally elicited confession. In the present case, however, the jeopardy to the witness relates not to the confession itself but to the concern, not yet realized, that the Crown may gain strategic advantage or derive evidence from the testimony that it might not otherwise have come by or appreciated. Protection is sought under s. 7 at the time of the testimonial compulsion, even though the manner in which the person may incidentally be compelled against himself (e.g., through otherwise undiscoverable derivative evidence) is not generally apparent at the time of that compulsion.

Par ailleurs, on n'a soulevé, dans l'arrêt *Hebert*, aucune question relativement à l'admissibilité de la preuve dérivée d'aveux soutirés illégalement. Ici, par contre, le danger pour le témoin réside non pas dans l'aveu lui-même mais dans la possibilité, non encore réalisée, que le ministère public acquière un avantage stratégique ou tire des éléments de preuve du témoignage dont il n'aurait pu autrement faire la découverte ou apprécier la valeur. La protection est demandée en vertu de l'art. 7 au moment où la personne est contrainte à témoigner, même si la façon dont cette personne peut incidemment être conscrée contre elle-même (par des éléments de preuve dérivés qui n'auraient pu être découverts autrement) n'est généralement pas apparente au moment même de la contrainte.

265 These distinctions between *Hebert* and the present case require that I elaborate upon the conditions under which the right to silence in s. 7 is triggered.

Ces différences entre l'arrêt *Hebert* et le présent pourvoi exigent que j'élabore sur les conditions qui donnent lieu au droit de garder le silence en vertu de l'art. 7.

(i) The Threshold at Which the Right to Silence is Triggered

(i) Le seuil du droit de garder le silence

266 The right to silence is triggered when an adversarial relationship arises between the individual and the state:

Le droit de garder le silence prend naissance au moment où un rapport contradictoire naît entre l'État et l'individu:

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

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

(*Hebert*, *supra*, at p. 201, *per* Sopinka J.)

(*Hebert*, précité, à la p. 201, le juge Sopinka.)

See also *R. v. Jones*, [1994] 2 S.C.R. 229, at p. 249 (*per* Lamer C.J. dissenting). Within his own proceedings, an accused always stands in an adversarial relationship *vis-à-vis* the state. By contrast, given the protections that already enure to a witness under s. 13 of the *Charter* and s. 5 of the *Canada Evidence Act*, an individual who is compelled as a witness at other proceedings only truly stands in an adversarial position *vis-à-vis* the state when the state is seeking predominantly to build its case against that witness. A witness may not be compelled in a proceeding which is, in essence, an investigation of that witness, rather than a prosecution of an accused. Such conduct by the state would be both clearly adversarial and abusive, and the individual's right to silence *vis-à-vis* the state will have crystallized.

As long as the state is pursuing a valid purpose, however, the right to silence is not engaged, nor has an adversarial relationship between the compelled witness and the state crystallized. In such circumstances, unfavourable effects to the individual flowing from the possibility of discovery of derivative evidence or the vesting of some strategic advantage to the Crown through the disclosure of a possible defence do not violate the principles of fundamental justice. On the other hand, where it becomes apparent that the predominant purpose of the state's actions is to obtain the evidence of the witness for use in an adversarial proceeding against that witness, a violation of the *Charter* will be established. In such cases, the state will be engaging in conduct that triggers an adversarial relationship between the state and the individual, notwithstanding the protections accorded that individual in s. 13 of the *Charter*. I agree with Iacobucci J. that this adversarial position can exist even in circumstances where the witness has not yet been charged, although, as I shall explain below, such a finding will be far less likely where a witness has not actually been charged.

- (ii) The Rationale for Permitting Compellability Pursuant to a "Valid State Purpose"

Like other provisions of the *Charter*, s. 7 must be approached purposively. A commitment to pur-

Voir aussi *R. c. Jones*, [1994] 2 R.C.S. 229, à la p. 249 (le juge en chef Lamer, dissident). À son procès, l'accusé est toujours dans un rapport contradictoire avec l'État. Par contre, étant donné les protections déjà accordées au témoin par l'art. 13 de la Charte et l'art. 5 de la Loi sur la preuve au Canada, la personne contrainte à témoigner dans d'autres procédures n'est vraiment dans un rapport contradictoire avec l'État que dans le cas où l'État cherche principalement à constituer une preuve contre ce témoin. On ne peut contraindre un témoin dans des procédures qui sont essentiellement une enquête visant ce témoin plutôt que la poursuite d'un accusé. Une telle conduite de la part de l'État serait clairement à la fois contradictoire et abusive, et le droit de la personne de garder le silence face à l'État se matérialise.

Tant que l'État poursuit un objectif valide, toutefois, le droit de garder le silence n'entre pas en jeu et le rapport contradictoire entre le témoin contraint à témoigner et l'État ne se matérialise pas. Dans ces circonstances, les effets défavorables sur la personne concernée, qui résultent de la possibilité d'une découverte de preuves dérivées ou du gain d'avantages stratégiques pour le ministère public grâce à la divulgation d'une défense possible, ne violent pas les principes de justice fondamentale. Par contre, lorsqu'il devient clair que l'objectif principal des actes du ministère public est d'obtenir du témoin des éléments de preuve à utiliser dans des poursuites contre ce témoin, la violation de la *Charte* est établie. Dans de telles situations, l'État adopte une conduite qui donne naissance à un rapport contradictoire entre l'État et l'individu, indépendamment de la protection fournie par l'art. 13 de la *Charte* à cet individu. Je suis d'accord avec le juge Iacobucci pour dire que le rapport contradictoire peut exister même dans des cas où le témoin n'a pas encore été inculpé, quoique, comme je l'explique plus loin, une telle conclusion est beaucoup moins probable lorsque le témoin n'est pas effectivement inculpé.

- (ii) La justification de la contraignabilité en raison d'un «objectif valide de l'État»

Tout comme d'autres dispositions de la *Charte*, l'art. 7 doit être interprété en fonction de son objet,

positive interpretation entails a commitment to ensuring that a legal principle is interpreted sufficiently broadly to further the interests it is meant to protect, yet not so broadly as to overshoot them. *Beare, supra*, at p. 401. Ultimately, the principles of fundamental justice require a balancing of societal interests with those of the accused. Here, these societal interests are in obtaining evidence that is relevant to another proceeding, and the accused's interest is the right to remain silent. To quote McLachlin J. in *Cunningham v. Canada*, [1993] 2 S.C.R. 143, at pp. 151-52:

The principles of fundamental justice are concerned not only with the interest of the person who claims his liberty has been limited, but with the protection of society. Fundamental justice requires that a fair balance be struck between these interests, both substantively and procedurally. . . .

To strike a balance that would effectively prohibit the state from engaging in otherwise lawful activity, in furtherance of a pressing and substantial state objective, which nonetheless has the effect of conscripting an individual to assist in his own investigation, would stultify law enforcement in our country. This recognition was implicit in La Forest J.'s discussion in *Beare, supra*, of the social and investigatory importance of fingerprinting in the context of his s. 7 examination of the laws governing that procedure.

269 It is undeniable that breathalyzer demands, fingerprinting, and searches performed pursuant to reasonable statutory authority are all consistent with s. 8 of the *Charter* as well as with the principles of fundamental justice, notwithstanding that they all enlist the individual's co-operation in his own investigation. It follows that where the state, on justifiable grounds, compels the individual to assist in procedures which may incriminate that person, then the state compulsion involved in obtaining this evidence need not necessarily offend the principles of fundamental justice. As such, the "common thread" that is truly fundamental to our system of justice cannot be so broad as to extend to all potentially self-incriminatory effects of state action.

ce qui exige de veiller à ce qu'un principe juridique soit interprété de façon suffisamment large pour favoriser les intérêts qu'il est censé protéger, mais non de façon si large qu'il aille au-delà de ces intérêts (*Beare*, précité, à la p. 401). En fin de compte, les principes de justice fondamentale exigent un équilibre entre les droits de la société et ceux de l'accusé. Ici, l'intérêt de la société réside dans l'obtention d'une preuve pertinente dans d'autres procédures et celui de l'accusé dans le droit de garder le silence. Je m'en rapporte aux propos du juge McLachlin dans *Cunningham c. Canada*, [1993] 2 R.C.S. 143, aux pp. 151 et 152:

Ces principes [de justice fondamentale] touchent non seulement au droit de la personne qui soutient que sa liberté a été limitée, mais également à la protection de la société. La justice fondamentale exige un juste équilibre entre ces droits, tant du point de vue du fond que de celui de la forme . . .

Établir un équilibre qui aurait pour effet d'interdire à l'État de s'engager dans des activités par ailleurs légitimes, dans la poursuite d'un objectif urgent et réel, mais qui, néanmoins, a pour effet de forcer une personne à participer à une enquête la concernant, paralyserait le processus d'application de la loi dans ce pays. Le juge La Forest l'a implicitement reconnu dans l'arrêt *Beare*, précité, lorsqu'il a examiné l'importance de la prise d'empreintes digitales, tant pour la société que pour l'enquête, dans le contexte de son analyse en vertu de l'art. 7 des règles de droit régissant cette procédure. . .

De toute évidence, les alcootests, les prises d'empreintes digitales et les fouilles et perquisitions qui sont effectués en vertu d'une activité légale raisonnable sont entièrement compatibles avec l'art. 8 de la *Charte* ainsi qu'avec les principes de justice fondamentale, même si toutes ces mesures engagent la coopération de la personne à l'enquête la concernant. En conséquence, dans les cas où l'État est justifié de contraindre une personne à collaborer à des procédures susceptibles de l'incriminer, cette contrainte ne va pas nécessairement à l'encontre des principes de justice fondamentale. À cela, le «lien» fondamental à la base de notre système de justice n'est pas assez large pour englober tous les effets potentiellement auto-incriminants des mesures prises par l'État.

The “common thread”, in fact, lies closer at hand. The dignity of the individual is a fundamental value underlying both the common law and the *Charter*. Although the search of an individual’s home is an invasion of privacy, and although the taking of fingerprints, breath samples or bodily fluids are even more private, there is no doubt that the mind is the individual’s most private sanctum. Although the state may legitimately invade many of these spheres for valid and justifiable investigatory purposes *vis-à-vis* the accused, it is fundamental to justice that the state not be able to invade the sanctum of the mind for the purpose of incriminating that individual. This fundamental tenet is preserved, in its entirety, by the principle against self-incrimination as I have characterized it above. This principle, in turn, is largely embodied by s. 13 of the *Charter*. To the extent that state compulsion may elicit incriminating communications or communicative behaviour from an individual even though not in the context of formal proceedings, this fundamental protection is rounded out by the recognition of a residual right to silence in s. 7: *Hebert, supra*.

(c) *The Interaction Between Sections 7 and 24(2)*

In the same way that restrictive equality jurisprudence under the *Canadian Bill of Rights*, R.S.C., 1985, App. III, is said to have influenced the formulation of broad equality protections under s. 15 of our *Charter*, the common law rule in *Wray* inspired the nature and character of s. 24(2). When the *Charter* was ultimately adopted, a section which had originally been drafted in such a way as to preserve the principles set down in *Wray* was deleted following spirited opposition and subsequently replaced by what is now s. 24(2). (See B. P. Elman, “Returning to *Wray*: Some Recent Cases on Section 24 of the *Charter*” (1988), 26 *Alta. L. Rev.* 604, at pp. 606-7.) Section 24(2) was a uniquely Canadian solution.

En fait, le «lien» en question est plus proche. La dignité de la personne est une valeur fondamentale de la common law et de notre *Charte*. Bien que la perquisition dans la maison d’un particulier soit une atteinte à sa vie privée, et que la prise d’empreintes digitales, d’échantillons d’haleine ou de liquides organiques le soit encore davantage, il n’y a pas de doute que l’esprit est le sanctuaire le plus privé de la personne. Bien que l’État puisse légitimement s’ingérer dans un grand nombre de ces sphères pour des motifs valides et justifiables à des fins d’enquête, il est fondamental dans notre système de justice que l’État ne puisse violer le sanctuaire que constitue l’esprit d’une personne dans le but de l’incriminer. Ce précepte fondamental est préservé en totalité par le principe interdisant l’auto-incrimination tel que je l’ai défini plus haut. Ce principe est, à son tour, en grande partie constitutionnalisé par l’art. 13 de notre *Charte*. Dans la mesure où la contrainte de l’État peut soutirer à une personne des déclarations incriminantes ou un comportement communicateur, même hors du contexte de procédures formelles, cette protection fondamentale se trouve parachevée par la reconnaissance d’un droit résiduel de garder le silence en vertu de l’art. 7: *Hebert, précité*.

(c) *L’interaction de l’art. 7 et du par. 24(2)*

De même que la jurisprudence restrictive en matière d’égalité en vertu de la *Déclaration canadienne des droits*, L.R.C. (1985), app. III, aurait influé sur la formulation des vastes droits à l’égalité en vertu de l’art. 15 de notre *Charte*, de même la règle de common law établie dans l’arrêt *Wray*, a inspiré la nature et le caractère du par. 24(2). Au moment de l’adoption de la *Charte*, à la suite d’une opposition véhémement, on avait dû en retirer une disposition initialement libellée de façon à maintenir les principes formulés dans l’arrêt *Wray*, pour la remplacer par l’actuel par. 24(2). (Voir B. P. Elman, «Returning to *Wray*: Some Recent Cases on Section 24 of the *Charter*» (1988), 26 *Alta. L. Rev.* 604, aux pp. 606 et 607.) Le paragraphe 24(2) de la *Charte* constituait une solution tout à fait canadienne.

272 Section 24(2) is a remedy for a breach of a *Charter* right. It is neither a substantive right itself nor a principle of fundamental justice. Its inclusion in the *Charter* is strongly indicative of the fundamental desire that judges have a means by which to exclude evidence whose admission notwithstanding a *Charter* violation would call into question the integrity of the judicial system. For the following reasons, I am uncomfortable with my colleague Iacobucci J.'s conclusion that a broad principle against any and all self-incrimination — “read down” so as to be consonant with s. 24(2) of our *Charter* — now exists where there is little proof that such a principle pre-dated the *Charter*.

273 First, I hesitate to draw on s. 24(2) jurisprudence in order to define a principle of fundamental justice under s. 7 of the *Charter*, since that jurisprudence elaborates mainly upon what is meant by the phrase “bring[ing] the administration of justice into disrepute”. Section 24(2) is not coextensive with s. 7. Bringing the administration of justice into disrepute is a broader notion than what necessarily defines the principles of fundamental justice. Similarly, the notions of fairness underlying s. 24(2) are very different from those underlying s. 7. Fairness under s. 24(2) is examined in the context of whether evidence should be excluded. By contrast, fairness under s. 7 must be fundamental to justice. Fairness that is fundamental to justice represents our constitutional bottom line. It is violated when the state clearly engages in conduct which would violate “those fundamental principles of justice which underlie the community’s sense of fair play and decency”, or which would abuse “a court’s process through oppressive or vexatious proceedings” (*Conway, supra*, at p. 1667).

274 Secondly, my colleague’s “but for” test appears to adopt only that portion of the s. 24(2) analysis which distinguishes between evidence which is “real” versus that which is “self-incriminatory”. This approach collapses the polycentric examina-

Le paragraphe 24(2) prévoit une réparation à une violation d’un droit garanti par la *Charte*. Il ne crée ni un droit substantiel ni un principe de justice fondamentale. Son insertion dans la *Charte* est une forte indication de la volonté de donner aux juges un moyen d’écarter des éléments de preuve dont l’admission, malgré une violation de la *Charte*, serait susceptible de compromettre l’intégrité du système judiciaire. Pour les raisons suivantes, je suis mal à l’aise avec la conclusion de mon collègue le juge Iacobucci selon laquelle un principe général interdisant toute auto-incrimination — assorti d’une interprétation atténuée pour être compatible avec le par. 24(2) — existe aujourd’hui alors que rien ne prouve qu’un tel principe existait avant la *Charte*.

Tout d’abord, j’hésite à utiliser la jurisprudence du par. 24(2) pour définir un principe de justice fondamentale au sens de l’art. 7 de la *Charte*, puisque cette jurisprudence traite principalement de l’expression «déconsidérer l’administration de la justice». Le paragraphe 24(2) n’a pas le même champ d’application que l’art. 7. La déconsidération de l’administration de la justice est un concept plus large que ce qui définit nécessairement les principes de justice fondamentale. De la même façon, les notions d’équité sous-jacentes au par. 24(2) sont très différentes de celles qui sous-tendent l’art. 7. L’équité en vertu du par. 24(2) est examinée dans le contexte d’une décision d’écarter ou non des éléments de preuve. Par contre, l’équité en vertu de l’art. 7 doit être fondamentale à la justice. L’équité fondamentale à la justice représente le minimum constitutionnellement acceptable. La violation se produit quand l’État adopte une conduite qui, de toute évidence, violeraient «les principes de justice fondamentaux qui sous-tendent le sens du franc-jeu et de la décence qu’a la société» ou constituerait un «abus des procédures de la cour par une procédure oppressive ou vexatoire» (*Conway, précité*, à la p. 1667).

Deuxièmement, le critère du «n’eût été» proposé par mon collègue paraît n’adopter que la partie de l’analyse fondée sur le par. 24(2) qui fait une distinction entre une preuve «matérielle» et une preuve «incriminante». Cette démarche réduit ce

tion under s. 24(2) into a static and inflexible test of exclusion under s. 7. Although Iacobucci J. asserts at p. 563 that his approach would not amount to an automatic rule of exclusion in respect of derivative evidence, this consequence appears inevitable. What latitude for discretion can the trial judge possibly have, to not exclude such evidence, if she has concluded that its admission, by definition, would violate a principle of fundamental justice?

Finally, with all due respect, it appears incongruous to define new and separate *Charter* rights under s. 7 by almost exclusive reliance upon this Court's most recent jurisprudence governing s. 24(2). Such an approach to defining rights can stultify the growth of the *Charter* by freezing it in time or, alternatively, raise serious problems if this Court were to modify its approach to s. 24(2). If the principles of fundamental justice are indeed the bedrock of our legal system then I think it prudent that they, too, must be seen to rest on more solid foundations.

C. *The Principles of Fundamental Justice: Fundamental Unfairness*

Underlying every principle of fundamental justice is a notion of fundamental fairness. This notion has found expression in the very occasional common law exception to compellability, the doctrine of abuse of process, the principle against self-incrimination, and the right to silence. Focusing on any one of these categories as a basis for analysis may engender more confusion than it resolves. This Court has acknowledged that it is preferable to recognize underlying principles rather than to rely on mechanical classifications (see *R. v. Smith*, [1992] 2 S.C.R. 915, for a similar approach to common law hearsay exceptions). Thus, I prefer to rely on the underlying notion of fundamental fairness, which for cases analogous to this appeal, finds application in what, for lack of a better term, I refer to as fundamentally unfair conduct by the Crown.

qui était initialement un examen polycentrique fondé sur le par. 24(2) en un critère d'exclusion statique et rigide, fondé sur l'art. 7. Bien que le juge Iacobucci soutienne, à la p. 563, que cette démarche ne constituerait pas une règle automatique d'exclusion des éléments de preuve dérivés, cette conséquence paraît inévitable. De quelle latitude le juge du procès dispose-t-il dans l'exercice de son pouvoir discrétionnaire pour ne pas écarter la preuve s'il conclut que son utilisation, par définition, violerait un principe de justice fondamentale?

275
Finalement, avec égards, je trouve curieux de définir de nouveaux droits distincts en vertu de l'art. 7 en se fondant presque exclusivement sur la jurisprudence la plus récente de notre Cour relative au par. 24(2). Cette façon de définir des droits pourrait faire obstacle à la croissance de la *Charte* en la figeant dans le temps ou encore en suscitant de graves difficultés dans l'éventualité où notre Cour devrait modifier son interprétation du par. 24(2). Si les principes de justice fondamentale sont réellement les assises de notre système judiciaire, il est, à mon avis, prudent qu'ils paraissent reposer sur des fondations plus solides.

C. *Les principes de justice fondamentale: l'inéquité fondamentale*

276
Une notion d'équité fondamentale sous-tend chaque principe de justice fondamentale. Cette notion a trouvé son expression dans l'occasionnelle exception de common law à la contraignabilité, la doctrine de l'abus des procédures, le principe interdisant l'auto-incrimination et le droit de garder le silence. S'arrêter à une seule de ces catégories pour en faire le fondement de l'analyse peut engendrer plus de confusion qu'en dissiper. Notre Cour a affirmé qu'il est préférable d'identifier les principes que de s'en remettre à des classifications mécaniques (voir *R. c. Smith*, [1992] 2 R.C.S. 915, pour une démarche analogue en matière d'exceptions à la règle du oui-dire). Ainsi je préfère recourir à la notion sous-jacente d'équité fondamentale, qui, pour des cas analogues au présent pourvoi, trouve son application dans ce que, à défaut d'un terme plus juste, j'appelle la conduite fondamentalement inéquitable du ministère public.

277 A witness may be entitled to claim an exception under s. 7 from the principle that the state is entitled to every person's evidence if it is established that the Crown is engaging in fundamentally unfair conduct. Attempts to by-pass the procedural safeguards that are intrinsic to the notions of dignity and individual liberty contained in the *Charter* and to our conception of fundamental trial fairness are fundamentally unfair conduct that violates the principles of fundamental justice. Although in dissent, Lamer C.J. noted an important underlying aspect of the principle against self-incrimination in *Jones, supra*, at p. 251:

Concern about the abuse of state power is at the heart of the principle against self-incrimination.

An inquiry into fundamentally unfair conduct is more tangible, focused, and related to this underlying principle than the broad inquiry suggested by a derivative evidence approach or by an overly narrow and speculative approach that only addresses the problem from the point of view of compellability.

278 Fundamentally unfair conduct will most frequently occur when the Crown is seeking, as its predominant purpose (rather than incidentally), to build or advance its case against that witness instead of acting in furtherance of those pressing and substantial purposes validly within the jurisdiction of the body compelling the testimony. The Crown will be predominantly advancing its case against the accused when, by calling the witness, it is engaging in a colourable attempt to obtain discovery from the accused and, at the same time, is not materially advancing its own valid purposes. Such action would bypass the safeguards to the dignity of the individual under the *Charter* and fundamentally undermine the integrity of the judicial system. The principles of fundamental justice under s. 7 do not allow the state to have a general power of interrogation, that is, to permit the state to pass a law requiring all suspected persons to

Un témoin peut être en droit de revendiquer, en vertu de l'art. 7, une exception au principe selon lequel l'État a droit au témoignage de quiconque s'il est établi que le ministère public adopte une conduite fondamentalement inéquitable. Les tentatives de contournement des garanties procédurales, qui sont intrinsèques aux notions de dignité et liberté de la personne dans la *Charte* et à notre conception de l'équité fondamentale du procès, constituent une conduite fondamentalement inéquitable qui viole les principes de justice fondamentale. Quoique dissident, le juge en chef Lamer a souligné un aspect important qui sous-tend le principe interdisant l'auto-incrimination dans l'arrêt *Jones*, précité, à la p. 251:

C'est la préoccupation relative à l'abus de pouvoir de l'État qui est au cœur du principe interdisant l'auto-incrimination.

L'examen d'une conduite fondamentalement inéquitable est plus tangible, mieux ciblé et mieux relié à ce principe sous-jacent qu'une vaste enquête que suggère une analyse de la preuve dérivée ou une méthode étroite et conjecturale qui traite le problème uniquement du point de vue de la contraignabilité.

La conduite fondamentalement inéquitable survient le plus souvent lorsque le ministère public cherche principalement (plutôt qu'accessoirement) à bâtir ou à faire avancer la constitution de sa preuve contre le témoin au lieu de poursuivre les objectifs pressants et réels qui relèvent valablement de la compétence de l'organisme qui contraint à témoigner. Le ministère public poursuit principalement la constitution de sa preuve contre le témoin lorsque, en assignant ce témoin, il tente de façon détournée à obtenir de lui des renseignements et, en même temps, ne poursuit pas substantiellement ses propres objectifs valides. Cette conduite fait fi des garanties de la *Charte* relatives à la dignité de la personne et porte fondamentalement atteinte à l'intégrité du système judiciaire. Les principes de justice fondamentale en vertu de l'art. 7 n'autorisent pas l'État à avoir un pouvoir général d'interrogation, c'est-à-dire, n'autorisent pas l'État à adopter une loi obligeant tous les suspects à répondre à des questions antérieurement au procès, même si

answer pre-trial questions, even if such a law prevented later use of those statements at trial.

The state may legitimately compel an individual to testify in order to pursue meaningfully one or more pressing and substantial interests validly within its jurisdiction, such as advancing the search for truth in a separate criminal proceeding, investigating cause of death by a coroner, exercising administrative regulatory powers, or holding a full and effective public inquiry into a broad matter of substantial public importance. The effect may be to compel a witness to disclose information that may incriminate or otherwise prejudice that person, but the compellability of that witness in furtherance of that valid activity would not *per se* contravene the principles of fundamental justice embodied in s. 7, given other existing protections under the *Charter*. The subsequent acquisition of evidence which may be derivative also would not, *per se*, violate the *Charter*, where that evidence is acquired in a manner that is incidental to the valid purposes for which the witness was compelled.

As with all allegations of *Charter* violations, the onus is on the witness to establish fundamentally unfair conduct contrary to s. 7 of the *Charter*. In determining whether such conduct exists, the status of that witness as a person who has already been charged is not conclusive, but is an important factor in determining whether fundamentally unfair conduct has been established. While I do not limit findings of fundamentally unfair conduct to persons charged, as a practical matter, I note that it will be quite difficult to establish such conduct without such status. The more remote the witness's liberty interest *qua* accused, the less proximate the potential jeopardy to that individual and the less pressing the need for an exception to compellability. If, however, the witness is, himself, ultimately brought to trial, then he may nonetheless seek to show that the state engaged in fundamentally unfair conduct at the related proceedings at which he was originally compelled.

cette loi interdisait l'utilisation ultérieure de ces déclarations au procès.

L'État peut légitimement contraindre une personne à témoigner pour arriver à bien servir un ou plusieurs intérêts réels et urgents relevant de sa compétence — la recherche de la vérité dans une procédure criminelle distincte, l'enquête du coroner sur la cause du décès, l'exercice de pouvoirs administratifs de réglementation ou la tenue d'une enquête publique exhaustive et efficace sur une question générale d'importance publique considérable. L'effet peut être de contraindre un témoin à divulguer des renseignements susceptibles de l'incriminer ou de lui préjudicier, mais la contraignabilité de ce témoin aux fins de la réalisation de cette activité valide ne va pas en soi à l'encontre des principes de justice fondamentale constitutionnalisés à l'art. 7, étant donné les autres protections existant en vertu de la *Charte*. L'obtention subséquente d'éléments dérivés de la preuve ne va pas non plus en soi à l'encontre de la *Charte* lorsqu'ils sont obtenus d'une façon qui est accessoire aux fins valides pour lesquelles le témoin a été contraint.

Comme dans tous les cas où la violation de la *Charte* est alléguée, il incombe au témoin d'établir une conduite fondamentalement inéquitable contrevenant à l'art. 7. Pour déterminer s'il y a telle conduite, le statut du témoin comme personne ayant déjà fait l'objet d'une accusation n'est pas concluant, mais constitue un facteur important lorsqu'il faut décider si la conduite fondamentalement inéquitable a été prouvée. Quoique je ne limite pas aux accusés la preuve d'une conduite fondamentalement inéquitable, je note qu'en pratique il sera assez difficile d'établir une telle conduite en l'absence d'un tel statut. Plus est éloigné le droit à la liberté d'un témoin, en tant qu'accusé, moins proche est sa mise en péril et moins pressante est la nécessité d'une exception à la contraignabilité. Si, toutefois, le témoin est finalement l'objet d'un procès, il peut alors chercher à démontrer que l'État a adopté une conduite fondamentalement inéquitable dans les procédures connexes à l'égard desquelles il a été initialement contraint à témoigner.

279

280

281 The issue of fundamentally unfair conduct amounting to a breach of the principles of fundamental justice in s. 7 may be raised at two points:

- (a) when the witness is subpoenaed (the "subpoena stage"); and
- (b) when the witness is tried (the "trial stage").

282 The fundamentally unfair conduct test remains the same at both stages, although there are two differences, one in relation to the nature of the remedy and the other in relation to procedure.

283 The remedy at the subpoena stage will be a quashing of the subpoena. A stay of proceedings, if the witness has been charged, would serve no purpose since the expected harm in relation to that witness has been averted and since there is no reason why the proceedings in which the witness is being compelled should not continue. If the subpoena is quashed when the witness is called at the subpoena stage, then there is obviously no need to raise the issue at that witness's own trial. If, however, the subpoena is not quashed at the subpoena stage, the issue may again be raised at the trial stage.

284 The second difference between the two stages is procedural. At the subpoena stage, when the state seeks to compel an individual in circumstances which the witness argues give rise to self-incriminatory concerns, the state shall disclose to the trial judge or tribunal the general purpose for which it seeks to compel that individual's testimony and the relative importance of that evidence to the prosecution in respect of which the witness is compelled. Then, the witness may attempt to demonstrate fundamentally unfair conduct from the fact of the compulsion: see, e.g., *Batary, supra*.

285 As a practical matter, fundamentally unfair conduct may be quite difficult to establish at the subpoena stage, since the Crown's real purpose may not be apparent at that point. Information that may establish this violation, such as particular colourable lines of questioning by the Crown at the accused's trial, will only become available and

La question de la conduite fondamentalement inéquitable constituant une violation des principes de justice fondamentale au sens de l'art. 7 peut être soulevée à deux moments:

- a) quand le témoin est assigné («étape du subpoena»);
- b) au procès du témoin («étape du procès»).

Le critère de la conduite fondamentalement inéquitable reste le même aux deux étapes, bien qu'il y ait deux différences, l'une tenant à la nature de la réparation et l'autre relevant de la procédure.

La réparation à l'étape du subpoena est l'annulation du subpoena. Un arrêt des procédures, si le témoin a été inculpé, ne servirait à rien puisque le préjudice qu'aurait pu subir le témoin a été évité et parce qu'il n'y a aucune raison de ne pas poursuivre les procédures au cours desquelles le témoin est contraint. Si le subpoena est annulé au moment où le témoin est assigné, à l'étape du subpoena, il est alors évidemment inutile de soulever la question au procès du témoin lui-même. Cependant, si le subpoena n'est pas annulé à l'étape du subpoena, la question peut être soulevée de nouveau à l'étape du procès du témoin.

La seconde différence entre les deux étapes est d'ordre procédural. À l'étape du subpoena, quand l'État cherche à contraindre une personne dans des circonstances que le témoin prétend donner lieu à des craintes d'auto-incrimination, l'État devra divulguer au juge du procès ou au tribunal l'objectif général de la contrainte et l'importance relative de cette preuve pour la poursuite à l'égard de laquelle le témoin est contraint à témoigner. Le témoin peut alors tenter de démontrer la conduite fondamentalement inéquitable en se fondant sur le fait de la contrainte: voir, par exemple, *Batary*, précité.

Du point de vue pratique, il peut être assez difficile d'établir la conduite fondamentalement inéquitable à l'étape du subpoena, puisque le but réellement poursuivi par le ministère public peut ne pas être évident à ce moment. Certains renseignements qui permettraient de démontrer cette violation, tel un mode particulier d'interrogation détournée lors

properly appreciable at the trial stage. More precisely, at the subpoena stage, the witness is effectively asking for injunctive relief under ss. 7 and 24(1) of the *Charter* against the subpoena under which he is otherwise compellable. As Dickson J. writing for the majority in *Operation Dismantle Inc. v. The Queen*, [1985] 1 S.C.R. 441, at p. 458, has noted, courts are unwilling to act in the absence of probable future harm where it cannot be shown that the impugned action will cause a violation of rights:

The general principle with respect to such injunctions appears to be that "there must be a high degree of probability that the harm will in fact occur": Sharpe, *supra*, at p. 31. In *Redland Bricks Ltd. v. Morris*, [1970] A.C. 652, at p. 665, *per* Lord Upjohn, the House of Lords laid down four general propositions concerning the circumstances in which mandatory injunctive relief could be granted on the basis of prospective harm. The first of these stated:

1. A mandatory injunction can only be granted where the plaintiff shows a very strong probability upon the facts that grave damage will accrue to him in the future. . . . It is a jurisdiction to be exercised sparingly and with caution but in the proper case unhesitatingly.

It is clearly illustrated by the rules governing declaratory and injunctive relief that the courts will not take remedial action where the occurrence of future harm is not probable. This unwillingness to act in the absence of probable future harm demonstrates the courts' reluctance to grant relief where it cannot be shown that the impugned action will cause a violation of rights.

The compelled witness will, as a matter of common sense, be in a better position to demonstrate the risk of "prejudice" if and when that risk concretizes at the time of his trial. At the trial stage, moreover, the factors enumerated by my colleague Sopinka J. will be much more readily ascertainable than they would have been at the subpoena stage, and may assist the judge in deciding whether the Crown's conduct in the prior proceedings was fundamentally unfair.

du procès de l'accusé, ne seront pas disponibles et ne pourront être correctement appréciés qu'à l'étape du procès du témoin. Plus précisément, à l'étape du subpoena, le témoin se trouve en fait à demander un redressement de la nature d'une injonction en vertu de l'art. 7 et du par. 24(1) de la *Charte* contre le subpoena en vertu duquel il est par ailleurs contraignable. Comme le soulignait le juge Dickson au nom de la majorité dans *Operation Dismantle Inc. c. La Reine*, [1985] 1 R.C.S. 441, à la p. 458, les tribunaux ne veulent pas agir en l'absence de la probabilité d'un préjudice futur quand il ne peut être démontré que l'acte allégué causera une violation des droits:

Le principe général régissant ces injonctions paraît être qu'[TRADUCTION] «il doit y avoir un haut degré de probabilité que le dommage sera effectivement causé»: Sharpe, précité, à la p. 31. Dans l'arrêt *Redland Bricks Ltd. v. Morris*, [1970] A.C. 652, à la p. 665, lord Upjohn, la Chambre des lords a dégagé quatre propositions générales sur les circonstances dans lesquelles une injonction obligeant à faire peut être accordée sur la base d'un dommage éventuel. Voici la première:

[TRADUCTION] 1. Une injonction obligeant à faire ne peut être accordée que si le demandeur démontre qu'il existe une forte probabilité, vu les faits, qu'il subisse un dommage grave dans l'avenir. . . . Ce pouvoir doit être exercé avec la plus grande réserve et avec prudence mais, le cas échéant, sans hésitation.

Comme le montrent clairement les règles régissant les jugements déclaratoires et les injonctions, les tribunaux n'agiront pas lorsque l'éventualité d'un dommage futur n'est guère probable. Cette répugnance à agir en l'absence de probabilité du dommage à venir démontre l'hésitation des tribunaux à accorder un redressement lorsqu'il ne peut être démontré que l'acte contesté causera une violation des droits.

Le témoin contraint à témoigner, sera de toute évidence, mieux en mesure de démontrer le risque de «préjudice» lorsque (et si) ce risque se matérialise au moment du procès du témoin. À l'étape du procès du témoin, de plus, les facteurs énumérés par mon collègue le juge Sopinka, seront plus facilement vérifiables qu'ils ne l'auraient été à l'étape du subpoena et peuvent aider le juge à décider si la conduite du ministère public dans des procédures antérieures était fondamentalement inéquitable.

287

Traditionally of equal significance in the granting of an injunction is the question of whether the damage sought to be avoided will be irreparable in nature: R. J. Sharpe, *Injunctions and Specific Performance* (2nd ed. 1993), at ¶2.390. When it is found that the state is in fact engaging in a colourable attempt to obtain discovery from the witness rather than seeking to advance its own valid purposes, then the immediate and irreparable damage will not be to the witness but to the integrity of the legal system, and the injunctive relief will be justified. By contrast, given the high threshold that injunctive relief generally commands and given the somewhat speculative nature of many of the concerns listed by Sopinka J., I cannot see how his fairly low “balance of probabilities” threshold to non-compellability can possibly be consistent with these well-established and highly apposite principles.

288

At the trial stage, the court will essentially be asking itself whether, if what is now known had been known at the time the state sought to compel the witness, an exception would have been made to the general rule of compellability and the subpoena would have been quashed. It can, in effect, profit from the fact that hindsight is always 20/20. The difficulty is that the damage to the witness's right to silence and to the integrity of the judicial system has now occurred. Through fundamentally unfair conduct, the state may have gained important and diverse strategic advantages. As Iacobucci J. admits, derivative use immunity is only capable of containing part of this damage. Hence, once fundamentally unfair conduct contrary to s. 7 of the *Charter* is demonstrated, the court must impose a remedy which it considers appropriate and just in the circumstances, pursuant to s. 24(1) of the *Charter*. Generally, such a remedy is a stay of proceedings. One factor in determining whether to grant a stay of proceedings will be whether fundamentally unfair conduct ought reasonably to have been raised by the witness at the subpoena stage. Another factor may be the perceived severity of the s. 7 breach. A third will be the presence of good or bad faith on the part of the Crown. I leave

Traditionnellement, d'importance égale dans la décision d'accorder l'injonction est la question de savoir si le préjudice que l'on cherche à éviter sera irréparable: R. J. Sharpe, *Injunctions and Specific Performance* (2^e éd. 1993), au ¶2.390. Lorsqu'on constate que l'État fait en réalité une tentative détournée d'obtenir des communications du témoin plutôt que de chercher à poursuivre ses propres objectifs valides, le dommage immédiat et irréparable est alors causé non pas au témoin mais à l'intégrité du système judiciaire, et le remède de l'injonction se justifie. Par contre, compte tenu des exigences élevées attachées généralement à la délivrance d'une ordonnance d'injonction, et de la nature pour le moins conjecturale d'un grand nombre des préoccupations énumérées par le juge Sopinka, je ne vois pas comment le seuil relativement peu élevé de «prépondérance des probabilités» qu'il propose pour conclure à la non-contrainabilité, peut être compatible avec ces principes bien établis et tout à fait appropriés.

À l'étape du procès du témoin, le tribunal se posera essentiellement la question suivante: si ce que l'on sait maintenant avait été connu au moment où l'État cherchait à contraindre le témoin, une exception aurait-elle été faite à la règle générale de contraignabilité et le subpoena aurait-il été annulé? On profite en fait de ce que les examens à posteriori sont plus faciles. La difficulté vient du fait que le préjudice au droit du témoin de garder le silence et à l'intégrité du système judiciaire aura été causé. Grâce à sa conduite fondamentalement inéquitable, l'État peut avoir acquis des avantages stratégiques nombreux et importants. Comme le reconnaît le juge Iacobucci, l'immunité contre l'utilisation de la preuve dérivée ne peut contrer qu'une partie de ce préjudice. Par conséquent, une fois démontrée que la conduite est fondamentalement inéquitable contraire à l'art. 7 de la *Charte*, la cour doit accorder la réparation qu'elle estime convenable et juste eu égard aux circonstances, en application du par. 24(1) de la *Charte*. En général, la réparation accordée est l'arrêt des procédures. Un facteur à considérer pour décider s'il y a lieu d'accorder l'arrêt des procédures, est la question de savoir si la conduite fondamentalement inéquitable aurait dû raisonnable-

for another day, however, more elaborate discussions as to the basis on which discretion to grant a stay of proceedings should be exercised, as well as the appropriateness of any other potential remedies.

D. Problems with Addressing this Issue Solely on the Basis of Non-Compellability

My colleague Sopinka J. rejects Iacobucci J.'s approach on the basis that focusing on derivative evidence addresses the problem at the wrong end. In his words, "[o]nce the accused has testified, attempting to contain the damage may be like closing the barn door after the horses have escaped" (p. 625). While I agree with Sopinka J.'s concerns about the practical implications of Iacobucci J.'s test, I have some concerns of my own about the alternative that he suggests.

Firstly, although some aspects of a witness's testimony may permit the state to find derivative evidence that incriminates the witness or may involve the possible disclosure of a defence, there may be other aspects of this testimony that would raise none of the above concerns *vis-à-vis* the witness. Sopinka J. would have the trial judge attempt to balance the interests of the state against those of the compelled witness at the time the witness is sought to be compelled. Although my colleague alludes to the possibility of a remedy at the trial of the witness, he does not elaborate upon the appropriate criteria to be considered at such a time. In my opinion, such an approach leaves both the Crown and the witness in a state of legal uncertainty regarding what conduct may or may not be violative of the witness's rights, and will therefore inhibit their ability to monitor or avoid such conduct during the examination of the compelled witness. If, on the other hand, the witness is held not to be compellable, then the state is not only deprived of those aspects of the witness's evidence which would have raised concerns akin to those enumerated by my colleague, but it is also

ment être soulevée par le témoin à l'étape du subpoena. Un autre facteur pourrait être la gravité de la violation de l'art. 7. Un troisième facteur sera la part de bonne foi ou de mauvaise foi du ministre public. Je laisse à une autre fois, cependant, une discussion plus approfondie du fondement de l'exercice du pouvoir discrétionnaire d'accorder un arrêt des procédures et de l'opportunité d'accorder d'autres réparations éventuelles.

D. Difficultés de traiter le problème en fonction uniquement de la non-contraignabilité

Mon collègue le juge Sopinka rejette l'approche du juge Iacobucci parce que le fait de mettre l'accent sur la preuve dérivée n'aborde pas la question sous le bon angle et, selon ses propres termes, c'est «un peu comme fermer les portes de l'écurie quand les chevaux se sont échappés» (p. 625). Si je souscris aux préoccupations du juge Sopinka concernant les conséquences pratiques du test énoncé par le juge Iacobucci, j'ai également certaines inquiétudes quant à la solution qu'il propose lui-même.

Tout d'abord, quoique certains aspects d'une déposition d'un témoin peuvent permettre à l'État de trouver une preuve dérivée qui incrimine le témoin ou peuvent entraîner la divulgation d'une défense, il peut y avoir d'autres aspects de ce témoignage qui ne soulèvent aucune des inquiétudes susmentionnées à l'égard du témoin. Le juge Sopinka propose que le juge du procès tente de pondérer les intérêts de l'État par rapport aux droits du témoin contraint à témoigner, au moment où on cherche à contraindre le témoin. Bien que mon collègue fasse allusion à une réparation possible lors du procès du témoin, il ne donne aucune précision sur les critères à utiliser à ce moment. À mon avis, cette méthode laisse le ministre et le témoin dans une situation d'incertitude juridique quant à savoir ce qui constitue une conduite portant atteinte ou non aux droits du témoin et fera obstacle à leur capacité de contrôler ou éviter ce genre de conduite pendant l'interrogatoire du témoin contraint à témoigner. Si, par contre, on juge que le témoin n'est pas contraignable, l'État est alors privé non seulement des aspects de la déposition du témoin qui auraient soulevé des

289

290

deprived of relevant portions of the witness's evidence which would not have raised such concerns. In such a case, the state unnecessarily loses the benefit of evidence which, under a more careful balancing, it should reasonably have had access to.

291 A third consideration that bears mentioning is the very real possibility that witnesses may actually choose to testify at their own preliminary inquiry. Where witnesses choose to testify at this inquiry, then they effectively forfeit many if not most of the advantages that they may have gained by remaining silent at the trial of another. Their defence is disclosed, derivative evidence may be uncovered, and their own statements may even be used against them in their subsequent trials. Sopinka J. would have the presiding judge attempt to balance, on one hand, various unrealized and often speculative prejudices to the witness against, on the other hand, the state's interest in the witness's evidence — even where the witness has not yet had to decide whether he will testify at his own preliminary inquiry. If the judge opts in favour of finding the witness to be non-compellable and that witness subsequently decides to testify at his own preliminary inquiry, then the state will have been deprived of that individual's evidence for nought. The question of whether or not a witness will testify at his own preliminary inquiry, moreover, is highly speculative since the witness *qua* accused need not disclose his intention to testify in advance. A determination of possible prejudice to the witness is even more conjectural if the witness has not yet even been charged. I believe that placing too much emphasis on assessing actual compellability fails to consider the difficulties that trial judges would face on a significant number of occasions because of a dearth of the information necessary to arrive at a full and fair balancing of the interests of the state versus those of the individual.

292 Fourth, it is trite law to say that there is no constitutional protection against being conscripted to testify against others. Only when a witness is

préoccupations analogues à celles que mon collègue énumère, mais aussi des parties de la déposition pertinentes pour la poursuite, qui n'auraient pourtant pas suscité de telles préoccupations. Dans ce cas, l'État perd inutilement le bénéfice d'une preuve à laquelle, si la recherche d'un équilibre avait été poursuivie de façon plus adéquate, il aurait dû raisonnablement avoir accès.

Une troisième considération qui mérite d'être signalée est la possibilité très réelle qu'un témoin choisisse de témoigner à son enquête préliminaire. Dans ce cas, il se trouve en fait à renoncer à la plupart, sinon à la totalité, des avantages lui résultant de son silence au procès d'un autre accusé. Ses moyens de défense sont divulgués, des éléments de preuve dérivés de son témoignage peuvent être découverts, et son témoignage peut même être utilisé contre lui au cours d'une poursuite subséquente. Selon le juge Sopinka, c'est au juge du procès qu'il reviendrait de soupeser, d'une part, les divers préjudices non encore réalisés et de nature essentiellement conjecturale que pourrait subir le témoin et, d'autre part, l'intérêt de l'État à l'obtention de ce témoignage, même si ce témoin n'a pas encore, à cette étape, décidé s'il témoignera à son enquête préliminaire. Si le juge décide que le témoin n'est pas contraignable et que celui-ci décide ensuite de témoigner à sa propre enquête préliminaire, l'État aura été privé de ce témoignage sans aucune raison. La question de savoir si un témoin témoignera à son enquête préliminaire est hautement conjecturale puisque le témoin, en tant qu'accusé, n'est pas tenu de divulguer à l'avance ses intentions de témoigner ou non. La détermination du préjudice possible est encore plus conjecturale dans le cas où le témoin n'a même pas encore été inculpé. Je crois que de mettre trop d'emphase à l'étape de la contraignabilité du témoin minimise les difficultés auxquelles les juges du procès devront faire face dans un nombre considérable de cas, en raison de l'absence d'informations nécessaires pour parvenir à un équilibre équitable entre les intérêts de l'État et ceux de l'individu.

Quatrièmement, il est bien établi en droit qu'il n'existe pas de protection constitutionnelle relativement à l'obligation de témoigner contre d'autres

predominantly being conscripted to testify against himself do we bring to bear the arsenal of protections collectively massed within s. 7 of the *Charte*. I fear, however, that my colleague's approach could encourage, or at least facilitate, "conspiracies of silence" amongst individuals who seek to ensure their collective safety by relying on their non-compellability at one another's trials. Although society has always had an interest in prosecuting crime, I suspect that its interest in prosecuting crimes that are committed by organized groups may be even greater. The facts of *R. v. Jobin*,* heard concurrently with the present appeal, are a prime example.

Finally, I note that my colleague's approach also fails to address the possibility that the defence, rather than the Crown, may seek to compel a witness in order to effectuate a full and fair defence. Although, from a witness's perspective, the identical liberty interest would be engaged, it is far from clear to me that the balancing approach he suggests would be appropriate or even apposite. It is not without significance that the perceived need for a principled and consistent approach to compellability at the instance of either the Crown or the accused were considerations that were found to be determinative of the present question by the Court of Appeal.

E. Conclusion

In summary, it is my strongly held belief that Sopinka J.'s approach places too much emphasis on a one-time assessment of compellability and not enough on the remedies that the witness may have available to him at his own trial, if that trial ever even comes to pass. For this reason, and given the speculative nature of many of the factors pertinent to his determination, I see some danger and considerable inconsistency with the common law in setting the threshold of non-compellability of a witness as low as he suggests.

personnes. Ce n'est que dans le cas où un témoin est principalement contraint à témoigner contre lui-même que l'on peut faire valoir l'arsenal des protections visées par l'art. 7 de la *Charte*. Cependant, je crains que l'approche de mon collègue n'encourage, ou tout au moins ne facilite les «complots du silence» chez les personnes qui cherchent à garantir leur sécurité collective en s'appuyant sur le fait qu'elles ne sont pas contraignables au cours des procès les uns des autres. Malgré que la société ait toujours eu un intérêt à poursuivre les crimes, je soupçonne que son intérêt à poursuivre les crimes commis par des groupes organisés pourrait bien être encore plus poussé. Les faits de l'affaire *R. c. Jobin** entendue par notre Cour en même temps que le présent pourvoi en sont un exemple de premier ordre.

Enfin, je constate que, dans son analyse, mon collègue ignore la possibilité que ce soit la défense, et non le ministère public, qui cherche à contraindre un témoin afin de présenter une défense pleine et entière. Bien que, du point de vue du témoin, le même droit à la liberté soit en jeu, il ne me semble pas évident que la pondération proposée par mon collègue le juge Sopinka serait appropriée, ou même pertinente. Il est significatif qu'en matière de contraignabilité des témoins, soit à l'instigation de la poursuite ou de la défense, la Cour d'appel ait considéré qu'il était nécessaire d'adopter une approche logique et de principe, approche qu'elle a jugée déterminante dans la solution de cette question.

E. Conclusion

En résumé, je crois fermement que l'analyse du juge Sopinka accorde trop d'importance à un examen unique de la contraignabilité et pas suffisamment aux réparations dont le témoin peut disposer au cours de son propre procès, si procès il y a. Pour ce motif et compte tenu de la nature conjecturale de nombreux facteurs qui fondent sa décision, j'estime qu'il est risqué et clairement incompatible avec la common law de réduire à si peu les exigences minimales que propose mon collègue aux fins de la non-contraignabilité d'un témoin.

* Judgment rendered on April 13, 1995.

* Jugement rendu le 13 avril 1995.

295

What is needed in order to give true balance to the interests of the compelled witness and those of the state is an approach that addresses the problem at both ends. Individual witnesses must not be compelled to participate in shams, nor should they be permitted to protect themselves behind false walls. A material disincentive against fundamentally unfair conduct by the Crown must operate to protect the compelled witness from being subjected to abuses of power by the state. Since both of my colleagues only address the problem substantially from one side, under neither of their approaches does such a disincentive come fully into play. I note that the Chief Justice would favour adopting both derivative evidence immunity and my colleague Sopinka J.'s approach to non-compellability. With respect, I believe that such a combination would shift the balance unduly in favour of the witness/accused, and would add considerably to the length of proceedings without adding significantly to their content.

296

I believe that we must not bog down our court systems by requiring them to engage in lengthy inquiries into the investigatory history of all evidence that is "plausibly related" to a witness's previous testimony. Under the approach that I have set out above, a court's inquiry at the subpoena stage will be specific and will focus on what is known rather than what might be anticipated. The inquiry at the trial stage, moreover, will generally be limited to fairly discrete portions of the record from the previous proceedings, which the accused may rely on in an effort to demonstrate fundamental unfairness in those proceedings, and where many of the factors enumerated by my colleague Sopinka J. will be both defined and measurable.

297

Recalling that the purpose of the principles of fundamental justice is, amongst other things, to lay out a discernable "constitutional bottom line", I believe my reading of those principles to be more consistent with the common law, the spirit of the *Charter*, the effective conduct of trials, and the equitable balancing of the interests of both the

Ce qui est nécessaire afin de trouver un équilibre véritable entre les intérêts du témoin contraint de témoigner et ceux de l'État, est une approche qui réponde aux deux pôles de cette équation. Les témoins ne doivent pas être contraints à participer à un simulacre mais ne doivent pas non plus être autorisés à se protéger derrière de faux murs. Un mode important de dissuasion contre une conduite fondamentalement inéquitable de la part du ministère public, doit permettre de protéger le témoin contraint de témoigner contre les abus de pouvoir de l'État. Puisque, pour l'essentiel, mes deux collègues envisagent le problème sous un seul angle, ce genre de dissuasion n'entre pleinement en jeu ni dans l'une ni dans l'autre des approches qu'ils proposent. Je note que le Juge en chef favorise et l'approche fondée sur l'immunité contre la preuve dérivée et celle de mon collègue le juge Sopinka en matière de non-contraignabilité. Avec égards, j'estime que cette combinaison ferait pencher indûment la balance en faveur du témoin (accusé) et allongerait considérablement les procédures sans ajouter beaucoup à leur contenu.

J'estime que nous ne devons pas paralyser notre système judiciaire en exigeant des tribunaux qu'ils se lancent dans de longues enquêtes sur l'évolution de l'investigation de tous les éléments de preuve qui ont un «lien plausible» avec le témoignage antérieur du témoin. Selon la méthode que je propose, à l'étape du subpoena, l'enquête du tribunal sera spécifique et sera axée sur ce qui est connu plutôt que sur ce qu'on pourrait prévoir. En outre, à l'étape du procès du témoin, l'enquête se limitera généralement à des extraits relativement bien délimités du dossier des procédures antérieures sur lequel l'accusé peut se fonder pour démontrer l'inéquité fondamentale de ces procédures et lors de laquelle plusieurs des facteurs énumérés par le juge Sopinka seront à la fois définis et mesurables.

Rappelant enfin que le but des principes de justice fondamentale est, entre autres, l'établissement d'un «minimum constitutionnellement acceptable», j'estime que mon interprétation de ces principes est plus compatible avec la common law, l'esprit de la *Charte*, le déroulement efficace des procès et la pondération efficace des intérêts tant

individual and the state than the approaches advanced by either of my two colleagues. I note that s. 24 of our *Charter* is said to exist partly in order to purge the judicial system of the "fruit of the poisoned tree". In light of the conclusions that I have reached above, I cannot conclude that we have planted any poisonous seeds.

V. Disposition

In light of my finding as to Crown conduct that would violate s. 7, I am satisfied that the protections accorded a witness under ss. 7 and 13 of the *Charter* are such that although s. 5 of the *Canada Evidence Act* abrogates the common law privilege against self-incrimination, this fact does not render s. 5 unconstitutional. Section 5 of the *Canada Evidence Act* does not violate s. 7 of the *Charter*.

In this case, the trial judge erred in quashing the subpoena against J.P.M., since he arrived at this conclusion on the basis that, under the circumstances, J.P.M. should enjoy an absolute right to remain silent. As a result, a new trial must be ordered. If the charge against J.P.M. were outstanding, he would be compellable at the trial of R.J.S. unless he were able to demonstrate fundamental unfairness in the fact of his compellability. Although the reason for which the offenders are tried separately would appear, at first blush, to be valid and in good faith, the witness J.P.M. would also have been entitled to seek at his own trial, had there been one, to demonstrate colourability amounting to fundamentally unfair conduct by the Crown. The charge against J.P.M. has, however, been stayed and any question as to the compellability of J.P.M. is therefore now moot.

Accordingly, I would dismiss the appeal.

The reasons of Sopinka and McLachlin JJ. were delivered by

SOPINKA J. — I have read the reasons of Justice L'Heureux-Dubé and Justice Iacobucci and agree with the result they reach. With respect, I would

de la personne que de l'État, que ne le sont les méthodes proposées par mes deux collègues. Je note qu'on a dit que l'art. 24 de notre *Charte* a été en partie créé pour éliminer du système judiciaire «le fruit de l'arbre empoisonné». Vu mes conclusions, je ne peux conclure que nous avons semé des graines empoisonnées.

V. Dispositif

Compte tenu de ma conclusion quant à ce qui serait, de la part du ministère public, une conduite de nature à violer l'art. 7, je suis convaincue que les protections offertes au témoin en vertu des art. 7 et 13 de la *Charte* sont telles que, même si l'art. 5 de la *Loi sur la preuve au Canada* abroge le privilège de common law contre l'auto-incrimination, ceci ne rend pas l'art. 5 inconstitutionnel. L'article 5 de la *Loi sur la preuve au Canada* ne viole pas l'art. 7 de la *Charte*.

En l'espèce, c'est à tort que le juge du procès a annulé le subpoena visant J.P.M., puisqu'il est parvenu à cette décision en partant du principe que, dans les circonstances, J.P.M. devrait bénéficier d'un droit absolu de garder le silence. En conséquence, il y a lieu d'ordonner un nouveau procès. Si l'accusation contre J.P.M. n'avait pas été suspendue, il serait contraignable au procès de R.J.S. à moins d'être en mesure de démontrer l'inéquité fondamentale de sa contraignabilité. Quoique la raison pour laquelle les contrevenants sont jugés séparément semble, à première vue, valide et de bonne foi, le témoin J.P.M. aurait aussi eu le droit à son propre procès, s'il y en avait eu un, de démontrer que les procédés détournés du ministère public auraient pu constituer une conduite fondamentalement inéquitable. L'accusation de J.P.M. a été suspendue et toute question relative à sa contraignabilité est donc devenue purement théorique.

Pour ces motifs, je rejeterais l'appel.

Version française des motifs des juges Sopinka et McLachlin rendus par

LE JUGE SOPINKA — J'ai lu les motifs du juge L'Heureux-Dubé et ceux du juge Iacobucci. Je suis d'accord avec le résultat auquel ils arrivent. Avec

298

299

300

301

not adopt the derivative use approach proposed by Iacobucci J. In my view, the compellability approach which I propose (i) is more consistent with the common law; (ii) does not affect the operation of s. 5 of the *Canada Evidence Act*, R.S.C., 1985, c. C-5; and (iii) is more conducive to the efficient conduct of trials. With respect to the reasons of L'Heureux-Dubé J., while our approaches are not fundamentally different and the test of compellability is practically the same, I arrive at the test on the basis of different principles with a different emphasis in its application.

302

It is important at the outset to properly characterize the issue in this case. The issue is not whether s. 5 of the *Canada Evidence Act* complies with the dictates of fundamental justice because it requires the co-accused to answer incriminating questions and whether additional use protection is required for the evidence. The issue is whether, under the principles of fundamental justice, the co-accused can be compelled as a witness. Section 5 deals with the right of a witness to refuse to answer questions once in the witness box. The issue in this case is whether the Crown can get him there. As stated by Cartwright J. in *Batary v. Attorney General for Saskatchewan*, [1965] S.C.R. 465, at p. 476:

Section 5 does not purport to say who shall or shall not be compelled to take the witness stand. It deals with the rights and obligations of a witness who is already on the stand.

This was affirmed by a unanimous judgment of this Court in *R. v. Amway Corp.*, [1989] 1 S.C.R. 21, at pp. 30-31:

In examining the rights of a defendant at common law in actions to enforce a forfeiture or penalty, it is necessary to bear in mind three separate and distinct concepts with respect to the defendant as a witness: competence, compellability and the privilege of a witness to refuse to answer questions tending to incriminate. These concepts and their historical background are reviewed in *Cross on Evidence* [6th ed. 1985], at pp. 187-90. The critical distinction between compellability

égards, je n'adopterais pas la méthode fondée sur l'utilisation de la preuve dérivée proposée par le juge Iacobucci. À mon avis, la méthode que je propose, fondée sur la contraignabilité, (i) est plus compatible avec la common law, (ii) ne modifie pas l'application de l'art. 5 de la *Loi sur la preuve au Canada*, L.R.C. (1985), ch. C-5, et (iii) favorise davantage le bon déroulement des procès. Pour ce qui concerne les motifs du juge L'Heureux-Dubé, bien que nos méthodes ne soient pas fondamentalement différentes et que le critère de contraignabilité soit pratiquement le même, j'arrive au critère proposé en me fondant sur des principes différents et en articulant son application de façon différente.

Au départ, il importe de bien cerner la question en litige dans la présente affaire. Il ne s'agit pas de savoir si l'art. 5 de la *Loi sur la preuve au Canada* est compatible avec les préceptes de justice fondamentale parce qu'il exige que le coaccusé réponde à des questions incriminantes, et s'il faut établir une protection additionnelle contre l'utilisation de la preuve obtenue. Il s'agit de déterminer si, en vertu des principes de justice fondamentale, le coaccusé peut être contraint à témoigner. L'article 5 porte sur le droit d'un témoin de refuser de répondre à des questions une fois qu'il est à la barre. La question en l'espèce est de savoir si le ministère public peut amener ce témoin à la barre. Comme l'affirme le juge Cartwright dans l'arrêt *Batary c. Attorney General for Saskatchewan*, [1965] R.C.S. 465, à la p. 476:

[TRADUCTION] L'article 5 n'a pas pour objet de dire qui peut ou non être contraint de se présenter à la barre. Il porte sur les droits et obligations d'un témoin déjà à la barre.

Cela a été confirmé dans l'arrêt unanime de notre Cour *R. c. Amway Corp.*, [1989] 1 R.C.S. 21, aux pp. 30 et 31:

En examinant les droits que la *common law* reconnaît à un défendeur dans les actions en recouvrement d'une amende ou en exécution d'une confiscation, il est nécessaire d'avoir à l'esprit trois notions séparées et distinctes en ce qui concerne le défendeur en qualité de témoin: l'habilité, la contraignabilité et le privilège d'un témoin de refuser de répondre aux questions qui tendent à l'incriminer. Ces notions et leurs origines historiques sont examinées dans *Cross on Evidence* [6^e éd. 1985], aux

and the privilege of a witness is well understood in the setting of a criminal trial. An accused charged with an offence under the *Criminal Code* is not compellable to enter the witness box but once that person does, he or she is not excused from answering questions which may tend to incriminate. The accused has only the rights of any other witness: namely, to object to answer such questions and to obtain the protection afforded by s. 5 of the *Canada Evidence Act* (see *Batary v. Attorney General for Saskatchewan*, *supra*, at p. 473). With the advent of the *Charter* the accused can avail himself or herself of the wider protection afforded by s. 13 of the *Charter* (see McIntyre J. in *Dubois v. The Queen*, [1985] 2 S.C.R. 350, at p. 377.)

The basis for compellability of any witness is the common law. At common law the accused was initially neither competent nor compellable at his or her own trial. The common law has been altered to make the accused competent for the defence. His or her non-compellability continues to be protected by the common law, reinforced, now, by s. 11(c) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. The accused's compellability in other proceedings is also governed by the common law. The compellability of witnesses generally is based on the common law principle that "the state is entitled to every person's evidence". See *Re Spencer and The Queen* (1983), 145 D.L.R. (3d) 344 (Ont. C.A.), at p. 351, *aff'd* [1985] 2 S.C.R. 278. This is a principle to which the common law made exceptions.

The common law often treated the accused as an ordinary witness but, on the other hand, recognized his or her special situation. This required a balancing of the principle that the accused was entitled to remain silent until a case had been made against the accused and the principle that the state is entitled to every person's evidence. This, generally, is the approach which in my opinion accords with the common law and therefore, if carried into s. 7 of the *Charter*, is the relevant principle of fundamental justice. If not included in s. 7, it remains a principle of the common law. I, therefore, focus on the common law principle with respect to com-

pp. 187 à 190. On saisit bien, dans le contexte d'un procès criminel, la distinction cruciale entre la contraignabilité et le privilège d'un témoin. Le prévenu accusé d'une infraction au *Code criminel* ne peut être contraint de se présenter à la barre, mais s'il s'y présente, il ne peut refuser de répondre aux questions qui peuvent tendre à l'incriminer. Le prévenu ne possède que les droits reconnus à tout autre témoin: il peut notamment refuser de répondre à ces questions et bénéficier de la protection accordée par l'art. 5 de la *Loi sur la preuve au Canada* (voir l'arrêt *Batary v. Attorney General for Saskatchewan*, précité, à la p. 473). Depuis l'avènement de la *Charte*, l'accusé peut invoquer la protection plus large qu'offre l'art. 13 de la *Charte* (voir le juge McIntyre dans l'arrêt *Dubois c. La Reine*, [1985] 2 R.C.S. 350, à la p. 377.)

C'est sur la common law que repose la règle de la contraignabilité d'un témoin. À l'origine, l'accusé n'était, en common law, ni habile ni contraignable à témoigner à son propre procès. La common law a été modifiée de façon à rendre l'accusé habile à témoigner pour la défense. La non-contraignabilité de l'accusé continue d'être protégée par la common law, que vient maintenant renforcer l'al. 11c) de la *Charte canadienne des droits et libertés*. La common law régit également la contraignabilité de l'accusé dans d'autres procédures. La contraignabilité des témoins se fonde généralement sur le principe de common law voulant que «l'État ait droit au témoignage de toute personne». Voir l'arrêt *Re Spencer and The Queen* (1983), 145 D.L.R. (3d) 344 (C.A. Ont.), à la p. 351, *conf. par* [1985] 2 R.C.S. 278. C'est un principe auquel la common law a formulé des exceptions.

La common law a souvent considéré l'accusé comme un témoin ordinaire, tout en reconnaissant, par ailleurs, qu'il se trouvait dans une situation particulière. Cela exigeait de soupeser le principe selon lequel l'accusé avait le droit de garder le silence jusqu'à l'établissement d'une preuve contre lui, en fonction du principe selon lequel l'État a droit au témoignage de toute personne. À mon avis, c'est généralement le point de vue qui est compatible avec la common law et qui est donc le principe pertinent de justice fondamentale, si on le transpose à l'art. 7 de la *Charte*. Hors du cadre de l'art. 7, il demeure un principe de common law. En

pellability — an issue that must, generally, be faced before the co-accused enters the witness box.

305 On the other hand, my colleague, Iacobucci J., focuses on the protection that can be afforded to the co-accused once he or she is already in the witness box. Parliament has already spoken to this issue and has decided that the protection should be limited to use immunity. It is common ground that s. 5 of the *Canada Evidence Act* abrogated the common law and substituted use immunity. Without any common law basis, he would enlarge the protection in the statutes by substituting a form of derivative use immunity available to all witnesses who are subsequently charged. He finds that this principle is a principle of fundamental justice enshrined in s. 7 of the *Charter* based on the right against self-incrimination. This requires a determination that *R. v. Hebert*, [1990] 2 S.C.R. 151, did not exhaust the common law principle of the right to silence, a conclusion which I support. I will endeavour to show in the reasons that follow that a flexible approach which balances the two competing interests to which I have referred is more consistent with the common law, with s. 5 of the *Canada Evidence Act* and, from the point of view of the conduct of trials, is more practical and efficient.

The Common Law

306 As I have stated, the common law principle that the state is entitled to every person's evidence was subject to a number of exceptions. Apart from the accused and his or her spouse at the trial of the accused, the common law recognized other exceptions. See *Spencer, supra*, at pp. 351-52 D.L.R.; *MacKeigan v. Hickman*, [1989] 2 S.C.R. 796; *R. v. Moran* (1987), 36 C.C.C. (3d) 225 (Ont. C.A.), and *Re Mulronev and Coates* (1986), 54 O.R. (2d) 353 (H.C.).

conséquence, je vais me concentrer sur le principe de common law applicable relativement à la contraignabilité — question à laquelle il faut généralement répondre avant que le coaccusé se présente à la barre.

Par contre, mon collègue, le juge Iacobucci, se concentre sur la question de la protection susceptible d'être accordée à un coaccusé une fois qu'il est déjà à la barre. Le Parlement a déjà répondu à cette question et décidé que la protection devrait se limiter à l'immunité contre l'utilisation de la preuve. Il est admis que l'art. 5 de la *Loi sur la preuve au Canada* a abrogé la protection de common law et l'a remplacée par l'immunité contre l'utilisation de la preuve. Sans fondement de common law, mon collègue élargirait la protection reconnue dans les lois en la remplaçant par une forme d'immunité contre l'utilisation de la preuve dérivée dont pourrait se prévaloir tout témoin subséquemment accusé. Il conclut que ce principe en est un de justice fondamentale, consacré à l'art. 7 de la *Charte*, qui se fonde sur le droit de ne pas s'incriminer. Pour ce faire, il faut conclure, ce à quoi je souscris, que l'arrêt *R. c. Hebert*, [1990] 2 R.C.S. 151, n'a pas porté sur tous les aspects du principe de common law du droit de garder le silence. Je m'efforcerai, dans les motifs qui suivent, de démontrer que l'adoption d'une démarche souple permettant d'établir un équilibre entre les deux droits opposés, dont j'ai fait mention, est, d'une part, davantage compatible avec la common law et avec l'art. 5 de la *Loi sur la preuve au Canada* et, d'autre part, plus pratique et efficace du point de vue du déroulement des procès.

La common law

Comme je l'ai mentionné, le principe de common law, selon lequel l'État a droit au témoignage de toute personne, est assorti d'un certain nombre d'exceptions. Il existe en common law d'autres exceptions que celles reconnues à l'accusé et à son conjoint au procès de l'accusé. Voir les arrêts *Spencer*, précité, aux pp. 351 et 352 D.L.R.; *MacKeigan c. Hickman*, [1989] 2 R.C.S. 796; *R. c. Moran* (1987), 36 C.C.C. (3d) 225 (C.A. Ont.), et *Re Mulronev and Coates* (1986), 54 O.R. (2d) 353 (H.C.).

From time to time, an exception was made with respect to the accused in other proceedings. Accordingly, in *Batary*, in which a person charged with murder was subpoenaed to testify at a coroner's inquest, this Court issued an order of prohibition precluding enforcement of the subpoena. I appreciate that this decision has been criticized by commentators who point out that perhaps historically, accused persons were occasionally called before coroners and if they were not, it may have been because they could not be compelled to answer incriminating questions. The latter point I might point out is pure speculation and, in any event, does not explain what would have prevented them from being called as witnesses and asked questions that were not incriminating. Be that as it may, I take *Batary* to stand for this proposition: the Supreme Court, speaking through Cartwright J. (no stranger to the principles of fundamental justice), considered that the circumstances in which the accused was called were unfair and therefore an exception could be made to the general principle of compellability. This is made abundantly clear in the following passage, at p. 476:

It would be a strange inconsistency if the law which carefully protects an accused from being compelled to make any statement at a preliminary inquiry should permit that inquiry to be adjourned in order that the prosecution be permitted to take the accused before a coroner and submit him against his will to examination and cross-examination as to his supposed guilt.

I am aware, of course, that in *Faber v. The Queen*, [1976] 2 S.C.R. 9, a person who was not charged but likely to be charged was treated differently. This distinction recognized that a person actually charged had a better claim to an exemption from the principle that the state is entitled to every person's evidence.

On a parfois reconnu une exception relativement à la personne accusée dans d'autres poursuites. Ainsi, dans l'arrêt *Batary*, où une personne accusée de meurtre avait été assignée à témoigner à une enquête du coroner, notre Cour a rendu une ordonnance interdisant l'exécution du subpoena en question. Je suis conscient du fait que cet arrêt a été critiqué par des commentateurs qui ont souligné qu'il se pouvait, historiquement parlant, que des personnes accusées aient, à l'occasion, été assignées à témoigner devant des coroners et que, si elles ne l'avaient pas été, c'est peut-être parce qu'elles ne pouvaient être contraintes de répondre à des questions incriminantes. Je pourrais peut-être souligner que ce dernier point est purement conjectural et qu'en tout état de cause il n'explique pas ce qui aurait empêché que ces personnes soient assignées et appelées à répondre à des questions non incriminantes. Quoi qu'il en soit, l'arrêt *Batary* étaye, à mon avis, la proposition suivante: la Cour suprême, par l'intermédiaire du juge Cartwright (qui connaissait bien les principes de justice fondamentale), a considéré que les circonstances dans lesquelles l'accusé avait été assigné à témoigner étaient inéquitables et qu'on pouvait donc faire exception au principe général de la contraignabilité. Cela ressort clairement du passage suivant, à la p. 476:

[TRADUCTION] Ce serait une étrange contradiction que la loi écarte avec tant de soin le témoignage obligatoire à l'enquête préliminaire, et qu'elle permette par ailleurs que cette enquête soit ajournée pour que la poursuite puisse amener l'accusé devant un coroner et le soumettre contre sa volonté à un interrogatoire et à un contre-interrogatoire sur sa prétendue culpabilité.

Je sais bien entendu que, dans l'arrêt *Faber c. La Reine*, [1976] 2 R.C.S. 9, on a traité différemment une personne qui n'avait pas été accusée, mais qui était susceptible de l'être. Par cette distinction, on reconnaissait qu'une personne vraiment accusée était mieux en mesure d'invoquer une exemption de l'application du principe selon lequel l'État a droit au témoignage de toute personne.

309 In *O'Hara v. British Columbia*, [1987] 2 S.C.R. 591, at p. 607, Dickson C.J., speaking for the majority, expressly affirmed *Batary*, stating:

It is true that the authority to establish such an inquiry is not without limits. A province must respect federal jurisdiction over criminal law and criminal procedure. For example, a province may not compel a person charged with a criminal offence to testify as a witness before a provincial inquiry into the circumstances giving rise to that charge: *Batary v. Attorney General for Saskatchewan*, [*supra*].

310 Similarly, the High Court of Australia made an exception to the general principle in *Hammond v. Commonwealth of Australia* (1982), 152 C.L.R. 188, in which an accused person was summoned before a public inquiry to testify to the matters in respect of which he had been charged. Brennan J. stated, at pp. 202-3:

It is sufficient for present purposes to appreciate that it is a principle deep-rooted in our law and history that the Crown may not subject an accused person to compulsory process to obtain his answers upon the issue of his guilt of an offence with which he has been charged.

311 In England there is a salutary practice against calling the accomplice, who stands charged with the offence, as a witness against his co-accused unless the Crown undertakes to discontinue proceedings against the accused. See *Cross on Evidence* (7th ed. 1990), at p. 210. In some cases, the practice is complied with by dealing with the proceedings against the accomplice first.

312 In *R. v. Pipe* (1966), 51 Cr. App. R. 17, at p. 21, when the practice was not followed at trial, the Court of Appeal stated:

In the judgment of this Court, this well-recognised rule of practice is one which must be observed, and, accordingly, in the circumstances of this case there is no alternative but to quash the conviction.

Dans l'arrêt *O'Hara c. Colombie-Britannique*, [1987] 2 R.C.S. 591, à la p. 607, le juge en chef Dickson, au nom de la majorité, a explicitement confirmé l'arrêt *Batary*:

Il est vrai que le pouvoir d'établir une telle commission d'enquête n'est pas sans limites. Une province doit respecter la compétence fédérale relative au droit criminel et à la procédure en matière criminelle. Par exemple, une province ne peut obliger une personne accusée d'une infraction criminelle à témoigner devant une commission d'enquête provinciale relativement aux circonstances à l'origine de cette accusation: *Batary v. Attorney General for Saskatchewan*, [précité].

De même, la Haute Cour de l'Australie a formulé une exception au principe général dans l'arrêt *Hammond c. Commonwealth of Australia* (1982), 152 C.L.R. 188, où une personne accusée avait été assignée à témoigner devant une commission d'enquête publique au sujet de questions concernant lesquelles elle avait été accusée. Le juge Brennan affirme, aux pp. 202 et 203:

[TRADUCTION] Il suffit, pour les présentes fins, d'être conscient qu'il existe, dans notre droit et notre histoire, un principe bien ancré selon lequel le ministère public ne peut contraindre une personne accusée à donner des réponses concernant la question de sa culpabilité d'une infraction dont elle a été accusée.

En Angleterre, il existe une pratique salutaire qui interdit d'assigner le complice, accusé de l'infraction, à témoigner contre son coaccusé sauf si le ministère public décide d'abandonner les procédures contre l'accusé. Voir *Cross on Evidence* (7^e éd. 1990), à la p. 210. Dans certains cas, on se conforme à cette pratique en s'occupant d'abord des poursuites contre le complice.

Dans l'arrêt *R. c. Pipe* (1966), 51 Cr. App. R. 17, à la p. 21, où la pratique n'avait pas été suivie au procès, la Cour d'appel a affirmé:

[TRADUCTION] De l'avis de notre cour, cette règle de pratique bien reconnue doit être observée et, en conséquence, dans les circonstances de la présente affaire, nous ne pouvons qu'annuler la déclaration de culpabilité.

While this practice seems designed to protect the interests of the accused against whom the evidence is led, it also operates in favour of the co-accused.

Although, pre-*Charter* cases following *Re Regan*, [1939] 2 D.L.R. 135 (N.S.C.A.), did not make an exception with respect to the compellability of a co-accused who was separately charged, there is no fundamental distinction between the situation in *Batary* and that in cases such as *Regan*. In both cases the prejudice to the co-accused's interests is the same. Professor Ratushny makes this point abundantly clear in "Is There a Right Against Self-Incrimination in Canada?" (1973), 19 *McGill L.J.* 1, at p. 59:

The comment by Cartwright, J. about the inconsistency that would result from requiring an accused to testify at an inquest suggests the importance of the *policy* of non-compellability with respect to an accused. The suggestion is that since he is protected against being compelled at his preliminary inquiry, the same policy should be extended to the coroner's inquest.

If the significance of the decision is to be related to a general policy against compellability (or self-incrimination, if you prefer) rather than historical anomaly, a number of consequences should follow. The *Regan* rule should be abolished, since the inconsistency with respect to a co-accused's trial is as great as (if not greater than) the inconsistency would be at a coroner's inquest. In addition, the policy should be applied where the person has not yet been charged, but is a suspect. Otherwise, the Crown could circumvent the policy by the mere expedient of delaying the laying of charges. [Emphasis in original.]

No doubt the state's interest in the evidence of the co-accused is greater and the focus is less on obtaining discovery from the co-accused when the evidence is sought in order to prosecute another accused than it is in a proceeding such as was involved in *Batary*. In these circumstances, there is a heavier burden on the co-accused to show unfairness and prejudice to his or her interests. As well, I agree with Professor Ratushny that in some circumstances a person who is for all intents and pur-

Bien que cette pratique semble avoir pour but de protéger les intérêts de l'accusé contre qui la preuve est présentée, elle joue aussi en faveur du coaccusé.

Même si la jurisprudence antérieure à la *Charte* qui a suivi *Re Regan*, [1939] 2 D.L.R. 135 (C.A.N.-É.), n'a pas établi d'exception quant à la contraignabilité d'un coaccusé accusé séparément, il n'existe pas de distinction fondamentale entre la situation dans l'affaire *Batary* et dans des affaires comme *Regan*. Dans les deux cas, le préjudice causé aux intérêts du coaccusé est le même. C'est ce que le professeur Ratushny fait remarquer très clairement dans son article intitulé «Is There a Right Against Self-Incrimination in Canada?» (1973), 19 *McGill L.J.* 1, à la p. 59:

[TRADUCTION] Dans son commentaire sur l'incompatibilité qui s'ensuivrait si l'on exigeait d'un accusé qu'il témoigne au cours d'une enquête, le juge Cartwright fait entrevoir l'importance du *principe* de la non-contraignabilité d'un accusé. Il laisse entendre que, puisque l'accusé ne peut être contraint à témoigner au cours de l'enquête préliminaire, le même principe devrait s'appliquer à l'étape de l'enquête du coroner.

S'il faut rattacher l'importance de l'arrêt à un principe général interdisant la contraignabilité (ou l'auto-incrimination si vous préférez) plutôt qu'à une anomalie historique, il devrait en découler un certain nombre de conséquences. La règle formulée dans *Regan* devrait être abolie puisque l'incompatibilité relativement au procès d'un coaccusé est aussi importante (sinon plus) qu'elle le serait à une enquête du coroner. En outre, ce principe devrait s'appliquer lorsque la personne n'a pas encore été accusée, mais est un suspect, sinon, le ministère public pourrait le contourner en retardant tout simplement le dépôt des accusations. [En italique dans l'original.]

Il n'y a pas de doute que l'État possède un intérêt plus grand dans le témoignage du coaccusé et que l'accent est moins mis sur l'obtention d'une communication de preuve de la part du coaccusé, dans le cas où on veut obtenir le témoignage dans le but de poursuivre un autre accusé, qu'il ne l'est dans le cas de procédures du genre de celles dont il était question dans l'arrêt *Batary*. Dans ces circonstances, le coaccusé a une obligation plus lourde de démontrer l'existence d'une inéquité et

poses an accused but has not been formally charged should be able to avail himself or herself of the benefit of an exception.

d'une atteinte à ses droits. De même, je suis d'accord avec le professeur Ratushny pour dire que, dans ces circonstances, une personne qui est à toutes fins pratiques un accusé, mais qui n'a pas encore été officiellement accusée, devrait pouvoir profiter d'une exception.

315 Post-*Charter* cases have tended to favour an exception as a principle of fundamental justice. See *Re Welton and The Queen* (1986), 29 C.C.C. (3d) 226 (Ont. H.C.), at p. 230; *R. v. Zurlo* (1990), 57 C.C.C. (3d) 407 (Que. C.A.); *R. v. Primeau* (1993), 108 Sask. R. 193 (Q.B.); and *Re Praissoody* (1990), 1 O.R. (3d) 606 (Gen. Div.), 61 C.C.C. (3d) 404 (*sub nom. R. v. Devasagayam*). Although some of the opinions expressed in these cases tended to view the protection afforded by the principle of fundamental justice in absolute terms, in *Re Praissoody, supra*, Weiler J. (as she then was) applied what I consider the correct approach. After observing that a co-accused is not always entitled to refuse to be called, Her Ladyship resolved the question by balancing the interest of the accused in remaining silent against the Crown's interest in obtaining the evidence. In balancing these interests she suggested a number of factors that were considered relevant.

Depuis l'adoption de la *Charte*, les tribunaux ont eu tendance à favoriser une exception à titre de principe de justice fondamentale. Voir *Re Welton and The Queen* (1986), 29 C.C.C. (3d) 226 (H.C. Ont.), à la p. 230; *R. c. Zurlo* (1990), 57 C.C.C. (3d) 407 (C.A. Qué.); *R. c. Primeau* (1993), 108 Sask. R. 193 (B.R.), et *Re Praissoody* (1990), 1 O.R. (3d) 606 (Div. gén.), 61 C.C.C. (3d) 404 (*sub nom. R. c. Devasagayam*). Bien que certains juges aient eu, dans ces décisions, tendance à considérer comme absolue la protection offerte par le principe de justice fondamentale, dans l'affaire *Re Praissoody*, précitée, le juge Weiler (maintenant juge de la Cour d'appel de l'Ontario) a appliqué ce que je considère comme la bonne méthode. Après avoir fait observer qu'un coaccusé n'a pas toujours le droit de refuser de témoigner, le juge Weiler a résolu la question en soupesant le droit d'un accusé de garder le silence en fonction de celui du ministère public d'obtenir les éléments de preuve. En soupesant ces droits, elle a proposé un certain nombre de facteurs qui ont été jugés pertinents.

316 In my opinion it would be consistent with the development of the common law and the principles of fundamental justice to allow the court to make an exception to the general right of the state to every person's evidence when the right of the accused to remain silent is seen to outweigh the necessity of having that evidence. This exception would recognize the anomaly of the systematic compulsion of persons accused of a crime to testify in other proceedings while, at the same time, they are entitled to remain silent if interrogated by the police before their trial and are granted absolute immunity from testifying during their trial. The absence of such an exception would undermine these rights if not render them illusory. This con-

À mon avis, il serait compatible avec l'évolution de la common law et des principes de justice fondamentale de permettre au tribunal d'établir une exception au droit général de l'État au témoignage de toute personne, dans les cas où l'on considère que le droit de l'accusé de garder le silence l'emporte sur la nécessité d'obtenir ce témoignage. Cette exception reconnaîtrait qu'il serait anormal de contraindre systématiquement les personnes accusées d'un crime à témoigner dans d'autres procédures, alors que celles-ci auraient, en même temps, le droit de garder le silence si elles étaient interrogées par la police avant leur procès et bénéficieraient d'un droit absolu de ne pas témoigner au cours de leur procès. L'absence d'une telle exception minerait ces droits et pourrait même les rendre illusoirs. Cette préoccupation était au cœur

cern was at the heart of the judgment in *Hebert*, *supra*, in which McLachlin J. stated, at p. 174:

The protection conferred by a legal system which grants the accused immunity from incriminating himself at trial but offers no protection with respect to pre-trial statements would be illusory.

The claim of a person actually charged to an exception is stronger but this would not rule out the claim of a person who is in the position of an accused as, for instance, where the charges have simply been delayed in order to obtain the evidence. I will return later to discuss some of the factors to be considered in balancing the two important interests in arriving at a decision with respect to compellability.

With respect to the contrary views, I believe that a flexible approach is preferable to: (1) the derivative evidence approach advocated by Iacobucci J., or (2) the return to the common law approach favoured by some academic writers.

With respect to the first approach, I have always understood that the principles of fundamental justice are generally derived from the common law. They were not invented with the advent of the *Charter*, although exceptionally a principle has been recognized notwithstanding that it did not find its precise formulation in the common law. The approach which I have outlined above accepts the basic tenets of the applicable common law principles but with a flexible, principled approach to the exceptions to a common law rule. This is an approach which we have already applied to exceptions to the hearsay rule and it is apt here (see *R. v. Smith*, [1992] 2 S.C.R. 915). I can find no support for the principle of derivative use immunity in the common law. Before s. 5 of the *Canada Evidence Act* was enacted, a witness could simply refuse to answer. Under s. 5(2), only the "answers" were protected from subsequent use. Indeed, derivative use immunity appears to have been an invention of the United States in order to deal with the unique

de l'arrêt *Hebert*, précité, dans lequel le juge McLachlin affirme, à la p. 174:

La protection accordée par un système juridique qui confère à l'accusé le droit de ne pas s'incriminer au procès mais qui ne lui offre aucune protection à l'égard des déclarations faites antérieurement au procès serait illusoire.

Bien que la revendication d'une exception par une personne vraiment accusée ait plus de poids, cela n'écarterait pas celle d'une personne qui est dans la situation d'un accusé, comme, par exemple, lorsque le dépôt des accusations a simplement été retardé dans le but d'obtenir la preuve. Je reviendrai plus loin sur certains des facteurs dont il faut tenir compte en soupesant les deux droits importants pour en arriver à une décision sur la contraignabilité.

Avec égards pour les points de vue contraires, je crois qu'une méthode souple est préférable: (1) à la méthode de la preuve dérivée préconisée par le juge Iacobucci, ou (2) au retour à la common law proposé par certains auteurs.

En ce qui concerne la première méthode, j'ai toujours compris que les principes de justice fondamentale ont généralement leur origine dans la common law. Ils n'ont pas été inventés au moment de l'adoption de la *Charte*, bien qu'exceptionnellement on ait reconnu un principe même s'il n'était pas formulé précisément dans la common law. La méthode que je viens d'exposer accepte les préceptes fondamentaux des principes de common law applicables, mais assortis d'une approche souple, et fondée sur des principes, des exceptions à une règle de common law. C'est une méthode que nous avons déjà appliquée aux exceptions à la règle du oui-dire et elle est appropriée en l'espèce (voir l'arrêt *R. c. Smith*, [1992] 2 R.C.S. 915). À mon avis, la common law n'appuie aucunement le principe de l'immunité contre l'utilisation de la preuve dérivée. Avant l'adoption de l'art. 5 de la *Loi sur la preuve au Canada*, un témoin pouvait tout simplement refuser de répondre. En vertu du par. 5(2), seules les «réponses» étaient protégées contre une utilisation ultérieure. En fait, l'immunité contre l'utilisation de la preuve dérivée paraît avoir été inventée aux États-Unis dans le but de

317

318

problem posed by the Fifth Amendment, a constitutional guarantee that is quite different from ours.

319 Moreover, the derivative use immunity approach addresses the problem at the wrong end. As I have pointed out above, this is a question of compellability and not the use of the evidence. Once the accused has testified, attempting to contain the damage may be like closing the barn door after the horses have escaped. My colleague recognizes this problem and quotes the following passage from Ratushny, "The Role of the Accused in the Criminal Process" in G.-A. Beaudoin and E. Ratushny, eds., *The Canadian Charter of Rights and Freedoms* (2nd ed. 1989), 451, at pp. 483-84, which bears repeating:

The basic problem is that many of the protections provided by the criminal process may be subverted by calling the suspect or accused as a witness at some other proceeding prior to his criminal trial.

It is true that such a witness may prevent his testimony from being introduced at any subsequent criminal trial. However, the damage may be done in other ways. The earlier hearing might be used as a 'fishing expedition' to subject the witness to extensive questioning with a view to uncovering possible criminal conduct. The questioning might also be used to investigate a particular offence. For example, the accused might be required to reveal possible defences, the names of potential defence witnesses and other evidence. Moreover, the publicity generated by the hearing may seriously prejudice the likelihood of a fair trial.

The problem is that the initial hearing is likely to have none of the protections guaranteed by the criminal process. There will be no specific accusation, no presumption of innocence, no protections against prejudicial publicity, no rules of evidence and so on. It is submitted that there is a serious crisis of integrity in a criminal process whose detailed protections may so easily be ignored. Nor are these merely theoretical problems. [Emphasis added.]

320 It is for this reason that matters of compellability are routinely dealt with when a witness is

résoudre le problème unique posé par le Cinquième amendement, une garantie constitutionnelle fort différente des nôtres.

Par ailleurs, la méthode de l'immunité contre l'utilisation de la preuve dérivée n'aborde pas le problème sous le bon angle. Comme je l'ai déjà fait remarquer, il s'agit d'une question de contraignabilité et non d'utilisation de la preuve. Une fois que l'accusé a témoigné, tenter de circonscrire le dommage est un peu comme fermer les portes de l'écurie quand les chevaux se sont échappés. Mon collègue reconnaît ce problème et cite l'extrait suivant tiré de l'article de Ratushny, intitulé «Le rôle de l'accusé dans la poursuite criminelle», dans G.-A. Beaudoin et E. Ratushny, dir., *Charte canadienne des droits et libertés* (2^e éd. 1989), 505, à la p. 541:

Le problème est le suivant: il est possible pour l'accusation de priver l'accusé ou le suspect de bon nombre des protections du processus pénal en l'assignant comme témoin à des procédures autres que son procès.

Il est vrai qu'un témoin peut empêcher que son témoignage soit présenté comme preuve contre lui dans un procès criminel subséquent. Il peut, cependant, subir d'autres préjudices. Il est possible qu'on utilise la procédure comme une «expédition de pêche» où l'on interrogera le témoin de façon serrée pour tenter de découvrir s'il a déjà participé à des infractions. Ou encore, on tentera de voir s'il a participé à une infraction en particulier. L'accusé pourrait, par exemple, être obligé de révéler ses défenses possibles, le nom de personnes qui pourraient être appelées comme témoin de la défense ainsi que d'autres preuves. De plus, la publicité que susciterait l'audition risque de compromettre ses chances d'avoir un procès équitable.

Le problème vient de ce que cette première procédure ne comportera sans doute pas les garanties du procès criminel. Il n'y aura pas d'accusation précise, pas de présomption d'innocence, pas de protection contre la publicité préjudiciable, les règles de la preuve ne joueront pas en sa faveur et ainsi de suite. S'il est aussi facile de contourner les protections du processus pénal, on peut dire que l'intégrité de ce processus est sérieusement en danger. De plus, ces problèmes sont loin d'être théoriques. [Je souligne.]

C'est pour ce motif que les questions de contraignabilité sont systématiquement examinées au

called upon to testify. See *R. v. Duvivier* (1991), 64 C.C.C. (3d) 20 (Ont. C.A.), at p. 25, in which Doherty J.A., speaking for the court, stated:

The determination of the compellability of a witness is routinely made by the presiding judge when the witness is called to give evidence: see *R. v. Czipps* (1979), 48 C.C.C. (2d) 166, 101 D.L.R. (3d) 323, 12 C.R. (3d) 193 (Ont. C.A.); *R. v. Bailey* (1983), 4 C.C.C. (3d) 21, 32 C.R. (3d) 337 (Ont. C.A.); *Re McNamara and The Queen* (1978), 12 C.R. (3d) 246 (Ont. H.C.J.); *Re Regina and Mann* (1971), 4 C.C.C. (2d) 319, [1971] 5 W.W.R. 84 (B.C.S.C.); *R. v. Hawke* (1975), 22 C.C.C. (2d) 19 at p. 26, 7 O.R. (2d) 145, 29 C.R.N.S. 1 (C.A.). As this court recognized in *R. v. Logan* (1988), 43 C.C.C. (3d) 567, 65 O.R. (2d) 717, 44 C.R.R. 149, the trial court (or, I add, the justice conducting the preliminary inquiry) is usually in the best position to determine issues relevant to the compellability of a witness. Nor does the existence of a constitutional flavour to the argument against compellability necessarily alter the trial court's preferred position: see *Re Chase and The Queen* (1982), 1 C.C.C. (3d) 188, 142 D.L.R. (3d) 507, [1983] W.C.D. 067 (B.C.S.C.).

The second approach, a return to the common law, would require s. 5(2) to be rewritten but, in addition, it would be absolute and would not permit the balancing of the two important principles which are at stake.

While recognizing that at common law an issue of compellability was resolved at the "subpoena" stage, we cannot ignore the fact that as a principle of fundamental justice it enjoys protection under s. 7. It follows that a person who is wrongfully compelled to testify when that person was not compellable has suffered a breach of his or her *Charter* rights. In some cases, the unfairness of compelling a witness to testify will not appear until after the witness has given evidence. In such circumstances, the person so compelled should not be precluded from seeking a remedy at the trial stage in proceedings against that person. One of the available remedies for breach of *Charter* rights is a stay of proceedings. The circumstances under which a stay is an appropriate remedy will fall to be determined in future cases in which that issue arises. I

moment où un témoin est appelé à la barre. Voir l'arrêt *R. c. Duvivier* (1991), 64 C.C.C. (3d) 20 (C.A. Ont.), à la p. 25, où le juge Doherty, s'exprimant au nom de la Cour d'appel, précise:

[TRADUCTION] Le juge qui préside détermine systématiquement la contraignabilité d'un témoin lorsque ce dernier est appelé à la barre: voir *R. c. Czipps* (1979), 48 C.C.C. (2d) 166, 101 D.L.R. (3d) 323, 12 C.R. (3d) 193 (C.A. Ont.); *R. c. Bailey* (1983), 4 C.C.C. (3d) 21, 32 C.R. (3d) 337 (C.A. Ont.); *Re McNamara and The Queen* (1978), 12 C.R. (3d) 246 (H.C.J. Ont.); *Re Regina and Mann* (1971), 4 C.C.C. (2d) 319, [1971] 5 W.W.R. 84 (C.S.C.-B.); *R. c. Hawke* (1975), 22 C.C.C. (2d) 19, à la p. 26, 7 O.R. (2d) 145, 29 C.R.N.S. 1 (C.A.). Comme notre cour l'a reconnu dans l'arrêt *R. c. Logan* (1988), 43 C.C.C. (3d) 567, 65 O.R. (2d) 717, 44 C.R.R. 149, c'est habituellement le tribunal de première instance (ou, j'ajoute, le juge qui procède à l'enquête préliminaire) qui est le mieux placé pour trancher les questions se rapportant à la contraignabilité d'un témoin. De plus, le fait que l'argument contre la contraignabilité ait un caractère constitutionnel ne modifie pas nécessairement la situation privilégiée du tribunal de première instance: voir *Re Chase and The Queen* (1982), 1 C.C.C. (3d) 188, 142 D.L.R. (3d) 507, [1983] W.C.D. 067 (C.S.C.-B.).

La deuxième méthode, le retour à la common law, nécessiterait une reformulation du par. 5(2), mais, en outre, elle serait absolue et ne permettrait pas de soupeser les deux importants principes en jeu.

S'il faut reconnaître qu'en common law une question relative à la contraignabilité était résolue à la phase du «subpoena», nous ne pouvons ignorer le fait qu'en tant que principe de justice fondamentale, elle bénéficie d'une protection en vertu de l'art. 7. Il s'ensuit qu'une personne contrainte à tort à témoigner alors qu'elle n'était pas contraignable a subi une violation de ses droits en vertu de la *Charte*. Dans certains cas, le caractère inéquitable de la contrainte du témoin n'apparaîtra qu'après la déposition de ce témoin. Dans de telles circonstances, la personne ainsi contrainte ne devrait pas être empêchée de demander réparation à l'étape du procès dans les poursuites engagées contre elle. Une des réparations possibles en cas de violation des droits garantis par la *Charte* est un arrêt des procédures. Les circonstances dans les-

emphasize, however, that, as a general rule, the appropriate time to raise the issue of compellability is at the stage when the witness is asked to take the stand. The opportunity to raise the issue subsequently should not be used simply to give the person compelled "two bites at the apple" by using that opportunity as an appeal of the determination made at the subpoena stage, nor to enable that person to "lie in the weeds" when the matter could have been raised effectively at the appropriate time.

The Effect on Section 5 of the *Canada Evidence Act*

323 The approach suggested in these reasons would leave s. 5 of the *Canada Evidence Act* intact which would continue to operate in tandem with s. 13 of the *Charter* as before. On the other hand, the derivative evidence approach would render s. 5(2) of the *Canada Evidence Act* and s. 13 virtually superfluous. These provisions only come into play when criminal proceedings are subsequently taken against a witness who has been compelled to testify. Under the residual derivative evidence approach, reliance would be placed on the principle of fundamental justice that excludes any evidence which "but for" the compelled evidence would not have been obtained. Obviously, use of the evidence directly obtained in the form of testimony would be covered by the proposed exclusionary rule. Section 5(2) and s. 13 would therefore be largely redundant.

Effect on the Conduct of Trials

324 The concept of use immunity is well understood and applied by our courts. The testimony cannot be used except in cross-examination as to credibility. Derivative use immunity based on any test requires that the evidence which is adduced against the party who was compelled be screened. I cannot see how in virtually every case a *voir dire* of the whole of the evidence can be avoided. Iacobucci J. refers to the criticisms levied against derivative use

quelles l'arrêt des procédures est une réparation appropriée devront être précisées dans des affaires futures où la question se posera. Je souligne toutefois qu'en règle générale, le moment approprié pour soulever la question de la contraignabilité est le moment où on demande au témoin de venir à la barre. La possibilité de soulever la question plus tard ne devrait pas servir à donner à la personne contrainte «deux chances», en utilisant cette possibilité comme un appel de la décision rendue à l'étape du subpoena, ni servir à permettre à cette personne de «guetter l'occasion» alors que la question aurait pu être réglée au moment approprié.

L'effet sur l'art. 5 de la *Loi sur la preuve au Canada*

La méthode que je propose dans les présents motifs laisserait intact l'art. 5 de la *Loi sur la preuve au Canada*, qui continuerait de s'appliquer conjointement avec l'art. 13 de la *Charte*. Par contre, la méthode de la preuve dérivée rendrait pratiquement superflus le par. 5(2) de la *Loi sur la preuve au Canada* et l'art. 13. Ces dispositions ne s'appliquent que dans le cas où des poursuites criminelles ont par la suite intentées contre un témoin qui a été contraint de témoigner. Selon la méthode de la preuve dérivée résiduelle, l'accent serait mis sur le principe de justice fondamentale qui permet d'écarter tout élément de preuve qui n'aurait pas été obtenu «n'eut été» le témoignage forcé. De toute évidence, l'utilisation de la preuve directement obtenue sous forme de témoignage serait visée par la règle d'exclusion proposée. Le paragraphe 5(2) et l'art. 13 seraient donc fortement redondants.

L'effet sur le déroulement des procès

Nos tribunaux comprennent et appliquent bien le concept de l'immunité contre l'utilisation de la preuve. Le témoignage ne peut être utilisé, sauf en contre-interrogatoire sur une question de crédibilité. L'immunité contre l'utilisation de la preuve dérivée, quel que soit le critère appliqué, nécessite un tamisage de la preuve présentée contre la partie qui a été contrainte à témoigner. Je ne vois pas comment il est possible d'éviter, dans pratique-

immunity by La Forest J. in *Thomson Newspapers Ltd. v. Canada (Director of Investigation and Research, Restrictive Trade Practices Commission)*, [1990] 1 S.C.R. 425. This criticism is of complete derivative use immunity which excludes all evidence causally connected to the compelled testimony. I question the theory that the difficulties encountered in applying derivative use immunity in the United States will be appreciably reduced by adopting the "but for" test. First, the issue as to whether the evidence is causally connected to the compelled testimony will continue to be a first step. The Crown will seek to establish that there was no connection, therefore rendering it unnecessary for it to establish the hypothetical situation that the evidence would have been discovered in any event. The accused will surely seek to establish a connection in order to raise the issue. As my colleague Iacobucci J. states, "the accused can raise the issue . . . by demonstrating a plausible connection between the proposed evidence and prior testimony" (p. 565). My colleague equates the new proposed procedure with a s. 24(2) analysis and cites *R. v. Black*, [1989] 2 S.C.R. 138, in support. It is, therefore, apt to point out that in *Black* Wilson J. first determined that "the knife . . . is derivative evidence obtained as a direct result of 'a statement or other indication' made by the [accused]" (p. 162). Wilson J. then turned to consider the second issue, whether it would have been discovered in any event. Once, therefore, the first issue is resolved and a connection is established, the second issue must be addressed. This issue requires the proof of a hypothetical. Would the evidence have been discovered but for the compelled testimony? While the first issue can be based on what actually happened, the second must be based on what did not but would have happened. Clearly, as my colleague acknowledges, the burden of

ment tous les cas, la tenue d'un voir-dire relatif à l'ensemble de la preuve. Le juge Iacobucci renvoie aux critiques que le juge La Forest a formulées au sujet de l'immunité contre l'utilisation de la preuve dérivée, dans l'arrêt *Thomson Newspapers Ltd. c. Canada (Directeur des enquêtes et recherches, Commission sur les pratiques restrictives du commerce)*, [1990] 1 R.C.S. 425. Il critique l'existence d'une immunité complète contre l'utilisation de la preuve dérivée qui a pour effet d'écartier tous les éléments de preuve qui ont un lien de causalité avec le témoignage forcé. Je mets en doute la théorie selon laquelle l'adoption du critère du «n'eût été» permettra d'atténuer sensiblement les difficultés d'application de l'immunité contre l'utilisation de la preuve dérivée que l'on a connues aux États-Unis. Premièrement, il faudra encore à la première étape se demander si les éléments de preuve ont un lien de causalité avec le témoignage forcé. Le ministère public cherchera à établir l'inexistence de ce lien, rendant ainsi inutile pour lui de prouver la situation hypothétique que la preuve aurait été découverte de toute façon. La personne accusée cherchera certainement à établir un lien dans le but de soulever la question. Comme mon collègue le juge Iacobucci l'affirme, «l'accusé peut soulever la question [. . .] en démontrant l'existence plausible d'un lien entre la preuve proposée et un témoignage antérieur» (p. 565). Mon collègue assimile la nouvelle procédure proposée à une analyse fondée sur le par. 24(2) et il cite à l'appui l'arrêt *R. c. Black*, [1989] 2 R.C.S. 138. Il convient donc de souligner que, dans l'arrêt *Black*, le juge Wilson a tout d'abord statué que «le couteau [. . .] constitue un élément de preuve dérivée obtenu directement par suite «d'une déclaration ou d'une autre indication» de l'[accusée]» (p. 162). Le juge Wilson a ensuite examiné la deuxième question, celle de savoir si la preuve aurait été découverte de toute façon. Par conséquent, une fois la première question tranchée et un lien établi, il faut aborder la deuxième question. Cette question nécessite la preuve d'une hypothèse. La preuve aurait-elle été découverte n'eût été le témoignage forcé? Bien que la réponse à la première question puisse se fonder sur ce qui s'est réellement passé, la réponse à la deuxième doit se fonder sur ce qui ne s'est pas passé, mais qui se

proof will rest with the Crown. It will not be an easy one to meet.

325 I expect that difficulties experienced with derivative use immunity in the United States will be repeated here leading to interminable admissibility proceedings and resulting in virtual transactional immunity. See R. S. Ghio, "The Iran-Contra Prosecutions and the Failure of Use Immunity" (1992), 45 *Stan. L. Rev.* 229, and J. A. Murphy, "The Aftermath of the Iran-Contra Trials: The Uncertain Status of Derivative Use Immunity" (1992), 51 *Md. L. Rev.* 1011. In my view it is preferable to resolve the issue of compellability before the evidence is given. There is then and there finality to the matter. If the co-accused is compelled, both the Crown and co-accused will be fully aware as to what evidence is admissible in the prosecution of the co-accused. The trial of the co-accused can proceed in the normal way subject to the application of s. 5 of the *Canada Evidence Act* and s. 13 of the *Charter*. If the co-accused is not compelled, the trial against the co-accused will proceed without restrictions.

Conclusion

326 I conclude that a person charged may be entitled to an exception from the principle that the state is entitled to every person's evidence as a principle of fundamental justice under s. 7. The person claiming the exception should, as a general rule, assert the right before his or her testimony is taken and has the burden of satisfying the judge that in all the circumstances the prejudice to his or her interests overbears the necessity of obtaining the evidence. A person who is not actually charged may in some circumstances also claim the exception but since we are not called upon in this case to determine in precisely what circumstances this may be done, I prefer to leave this to another day. In balancing these interests, the following factors,

serait produit. De toute évidence, comme le reconnaît mon collègue, le fardeau de la preuve incombe au ministère public et la tâche ne sera pas facile.

Je m'attends que les difficultés que l'immunité contre l'utilisation de la preuve dérivée a soulevées aux États-Unis se reproduiront ici et entraîneront des procédures interminables sur la question de l'admissibilité des éléments de preuve et une quasi-immunité à l'égard d'une affaire donnée. Voir R. S. Ghio, «The Iran-Contra Prosecutions and the Failure of Use Immunity» (1992), 45 *Stan. L. Rev.* 229, et J. A. Murphy, «The Aftermath of the Iran-Contra Trials: The Uncertain Status of Derivative Use Immunity» (1992), 51 *Md. L. Rev.* 1011. À mon avis, il est préférable de résoudre la question de la contraignabilité avant que le témoignage ne soit effectué. Cela confère sur-le-champ un caractère définitif à la question. Si le coaccusé est contraint de témoigner, le ministère public et lui sauront parfaitement quels éléments de preuve sont admissibles dans les poursuites intentées contre le coaccusé. Le procès du coaccusé peut se dérouler normalement sous réserve de l'application de l'art. 5 de la *Loi sur la preuve au Canada* et de l'art. 13 de la *Charte*. Si le coaccusé n'est pas contraint de témoigner, le déroulement du procès contre lui ne sera assujéti à aucune restriction.

Conclusion

Je conclus qu'une personne accusée peut avoir droit à une exception au principe selon lequel l'État a droit au témoignage de toute personne, comme principe de justice fondamentale en vertu de l'art. 7. La personne qui invoque l'exception devrait, en règle générale, faire valoir ce droit avant de témoigner et a le fardeau de convaincre le juge que, dans toutes les circonstances, l'atteinte à ses droits l'emporte sur la nécessité d'obtenir le témoignage en question. Une personne qui n'est pas vraiment accusée peut également, dans certaines circonstances, invoquer cette exception, mais puisque nous n'avons pas en l'espèce à déterminer précisément dans quelles circonstances cela peut être fait, je préfère remettre à une autre occasion le soin de répondre à cette question. Lorsque l'on soupèse ces droits, on devrait tenir compte des

which are not intended to be exhaustive, should be considered:

1. the relative importance of the evidence to the prosecution in respect of which the accused is compelled;
2. whether the evidence can be obtained in some other manner;
3. whether the trial or other disposition of the charge against the accused whose evidence is sought to be compelled could reasonably be held before he or she is called to testify;
4. the relationship between the proposed questions to the accused witness and the issues in his or her trial;
5. whether the evidence of the accused witness is likely to disclose defences or other matters which will assist the Crown notwithstanding the application of s. 5(2) of the *Canada Evidence Act*;
6. any other prejudice to the accused witness, including the effect of publication of his or her evidence.

Finally, as explained above, failure to raise the matter at the appropriate time, or an adverse ruling in that regard, will in some circumstances not preclude the matter being renewed in subsequent proceedings.

Application to this Case

In this case, the trial judge quashed the subpoena against J.P.M. on the basis of the application of an absolute right to remain silent which made J.P.M. non-compellable. On the basis of the foregoing, it follows that he erred and a new trial must be ordered. If the charge against J.P.M. were outstanding, his compellability would have to be determined by the trial judge in accordance with the principles outlined above. The charge against J.P.M. has, however, been stayed and, while there

facteurs suivants, dont l'énumération ne se veut pas exhaustive:

1. l'importance relative du témoignage dans les poursuites au cours desquelles l'accusé est contraint de témoigner;
2. la question de savoir si les éléments de preuve peuvent être obtenus d'une autre façon;
3. la question de savoir si le procès ou toute décision relative à l'accusation portée contre la personne accusée, que l'on veut contraindre à témoigner, pourrait raisonnablement avoir lieu avant que cette personne ne soit assignée à témoigner;
4. le rapport entre les questions que l'on compte poser au témoin accusé et les questions en litige dans le procès intenté contre lui;
5. la question de savoir si le témoin accusé risque de divulguer ses moyens de défense ou d'autres renseignements qui aideront le ministère public, nonobstant l'application du par. 5(2) de la *Loi sur la preuve au Canada*;
6. tout autre préjudice pour le témoin accusé, y compris l'effet de la publication de son témoignage.

Enfin, comme je l'explique plus haut, le défaut de soulever la question au moment approprié, ou une décision défavorable à ce sujet, n'empêchera pas que, dans certaines circonstances, la question soit renouvelée dans des procédures ultérieures.

Application à la présente affaire

En l'espèce, le juge du procès a annulé le subpoena délivré contre J.P.M. pour le motif que celui-ci avait un droit absolu de garder le silence, qui le rendait non contraignable. Compte tenu de ce qui précède, il s'ensuit qu'il a commis une erreur et que la tenue d'un nouveau procès doit être ordonnée. Si l'accusation contre J.P.M. était pendante, le juge du procès devrait déterminer sa contraignabilité conformément aux principes que je viens d'exposer. Cette accusation a cependant

must be a new trial, the issue of compellability of J.P.M. will not arise. I would answer the constitutional questions as proposed by Iacobucci J.

Appeal dismissed.

Solicitors for the appellant: Gold & Fuerst, Toronto.

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

Solicitor for the intervener the Attorney General of Canada: John C. Tait, Ottawa.

Solicitor for the intervener the Attorney General of Quebec: The Department of Justice, Ste-Foy.

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

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

Solicitor for the intervener the Attorney General for Saskatchewan: W. Brent Cotter, Regina.

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

été suspendue et, bien qu'il doive y avoir un nouveau procès, la question de la contraignabilité de J.P.M. ne se posera pas. Je suis d'avis de répondre aux questions constitutionnelles de la façon proposée par le juge Iacobucci.

Pourvoi rejeté.

Procureurs de l'appelant: Gold & Fuerst, Toronto.

Procureur de l'intimée: Le ministère du Procureur général, Toronto.

Procureur de l'intervenant le procureur général du Canada: John C. Tait, Ottawa.

Procureur de l'intervenant le procureur général du Québec: Le ministère de la Justice, Ste-Foy.

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

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

Procureur de l'intervenant le procureur général de la Saskatchewan: W. Brent Cotter, Regina.

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