

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 *Intervenants*

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 illusoirs. 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