

William Wayne Dale Stillman *Appellant*

v.

Her Majesty The Queen *Respondent*

and

The Attorney General of Canada, the Attorney General for Ontario, the Attorney General of Quebec, the Attorney General of Nova Scotia, the Attorney General of British Columbia, the Attorney General for Saskatchewan, the Attorney General for Alberta, the Law Union of Ontario, the Canadian Civil Liberties Association, the Criminal Lawyers' Association (Ontario), and the Association québécoise des avocats et avocates de la défense *Interveners*

INDEXED AS: R. v. STILLMAN

File No.: 24631.

*1996: January 26.

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

**Rehearing: 1996: November 7; 1997: March 20.

**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 NEW BRUNSWICK

Criminal law — Power of search incidental to arrest — Scope of power — Police taking hair samples, buccal swabs and teeth impressions from accused without his consent while he was in custody — Whether common law power incidental to arrest can be extended to permit seizure of bodily samples and impressions.

Constitutional law — Charter of Rights — Search and seizure — Police taking hair samples, buccal swabs and

William Wayne Dale Stillman *Appellant*

c.

Sa Majesté la Reine *Intimée*

et

Le procureur général du Canada, le procureur général de l'Ontario, le procureur général du Québec, le procureur général de la Nouvelle-Écosse, le procureur général de la Colombie-Britannique, le procureur général de la Saskatchewan, le procureur général de l'Alberta, Law Union of Ontario, l'Association canadienne des libertés civiles, Criminal Lawyers' Association (Ontario) et l'Association québécoise des avocats et avocates de la défense *Intervenants*

RÉPERTORIÉ: R. c. STILLMAN

N° du greffe: 24631.

*1996: 26 janvier.

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

**Nouvelle audition: 1996: 7 novembre; 1997: 20 mars.

**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 DU NOUVEAU-BRUNSWICK

Droit criminel — Pouvoir de procéder à une fouille accessoire à une arrestation — Étendue du pouvoir — Police obtenant des échantillons de cheveux et de poils, des prélèvements dans la bouche et les empreintes dentaires de l'accusé sans le consentement de ce dernier et alors qu'il était détenu — Le pouvoir de common law de procéder à une fouille accessoire à une arrestation peut-il être élargi de manière à permettre la saisie d'empreintes et d'échantillons de substances corporelles?

Droit constitutionnel — Charte des droits — Fouilles, perquisitions ou saisies — Police obtenant des échantil-

teeth impressions from accused without his consent while he was in custody — Whether accused's right against unreasonable search and seizure infringed — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 8.

Constitutional law — Charter of Rights — Search and seizure — Accused in custody not consenting to taking of any bodily samples — Police seizing from wastebasket in police station discarded tissue used by accused to blow his nose — Whether accused's right against unreasonable search and seizure infringed — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 8.

Constitutional law — Charter of Rights — Security of person — Fundamental justice — Police taking hair samples, buccal swabs and teeth impressions from accused without his consent while he was in custody — Whether accused's right to security of person infringed in manner not consistent with principles of fundamental justice — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 7.

Constitutional law — Charter of Rights — Admissibility of evidence — Police taking hair samples, buccal swabs and teeth impressions from accused without his consent while he was in custody — Police also seizing from wastebasket in police station discarded tissue used by accused to blow his nose — Whether evidence obtained in violation of accused's Charter rights — If so, whether evidence should be excluded — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 24(2).

Constitutional law — Charter of Rights — Admissibility of evidence — Proper approach to s. 24(2) of Canadian Charter of Rights and Freedoms when evidence affects fairness of trial — Whether such evidence must be excluded regardless of other factors.

The accused, who was 17 years old at the time, was arrested in 1991 for the brutal murder of a teenage girl. He was the last person seen with the victim on the night of the crime. He arrived at his home around midnight, cold, shaken and wet from the upper thighs down. He was cut above one eye, and had mud and grass on his pants. He explained that he had been in a fight with five Indians but this explanation, as well as his account of where he had last seen the victim, varied over time. The

lons de cheveux et de poils, des prélèvements dans la bouche et les empreintes dentaires de l'accusé sans le consentement de ce dernier et alors qu'il était détenu — Le droit de l'accusé à la protection contre les fouilles, perquisitions ou saisies abusives a-t-il été violé? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 8.

Droit constitutionnel — Charte des droits — Fouilles, perquisitions ou saisies — Accusé sous garde ne consentant à aucun prélèvement de substances corporelles — Policier saisissant dans une poubelle du poste de police un papier-mouchoir dont l'accusé s'était servi pour se moucher — Le droit de l'accusé à la protection contre les fouilles, perquisitions ou saisies abusives a-t-il été violé? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 8.

Droit constitutionnel — Charte des droits — Sécurité de la personne — Justice fondamentale — Police obtenant des échantillons de cheveux et de poils, des prélèvements dans la bouche et les empreintes dentaires de l'accusé sans le consentement de ce dernier et alors qu'il était détenu — Le droit de l'accusé à la sécurité de sa personne a-t-il été violé d'une manière non conforme aux principes de justice fondamentale? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 7.

Droit constitutionnel — Charte des droits — Admissibilité de la preuve — Police obtenant des échantillons de cheveux et de poils, des prélèvements dans la bouche et les empreintes dentaires de l'accusé sans le consentement de ce dernier et alors qu'il était détenu — Policier saisissant aussi dans une poubelle du poste de police un papier-mouchoir dont l'accusé s'était servi pour se moucher — Les éléments de preuve ont-ils été obtenus en violation des droits garantis à l'accusé par la Charte? — Dans l'affirmative, ces éléments de preuve devraient-ils être écartés? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 24(2).

Droit constitutionnel — Charte des droits — Admissibilité de la preuve — Façon d'aborder l'art. 24(2) de la Charte canadienne des droits et libertés lorsque des éléments de preuve compromettent l'équité du procès — Ces éléments de preuve doivent-ils être écartés sans égard à d'autres facteurs?

L'accusé était âgé de 17 ans lorsqu'il a été arrêté, en 1991, pour le meurtre brutal d'une adolescente. Il était la dernière personne aperçue en compagnie de la victime le soir du crime. Lorsqu'il est arrivé chez lui vers minuit, il avait froid et était ébranlé et trempé à partir du haut des cuisses jusqu'aux pieds. Il avait une coupure au-dessus d'un œil, et de la boue et de l'herbe sur son pantalon. Il a expliqué qu'il s'était bagarré avec cinq Indiens, mais cette explication de même que sa descrip-

victim died from wounds to the head. Semen was found in her vagina and a human bite mark had been left on her abdomen. At the police station, the accused's lawyers informed the police by letter that the accused was not consenting to provide any bodily samples, including hair and teeth imprints, or to give any statements. Once the lawyers left, police officers took, under threat of force, scalp hair samples from the accused and he was made to pull some of his own pubic hair. Plasticine teeth impressions were also taken. A police officer then interviewed the accused for an hour in an attempt to obtain a statement. The accused sobbed throughout the interview and, after being permitted to call his lawyer, he went to the washroom escorted by an officer where he used a tissue to blow his nose. He threw the tissue in the wastebasket. The tissue containing mucous was seized by the officer and used for DNA testing. The accused was subsequently released but was arrested again several months later. At that time, a dentist took new impressions of the accused's teeth without his consent in a procedure lasting two hours. More hair was taken from the accused, as well as a saliva sample and buccal swabs.

Following a *voir dire* held to determine the admissibility of certain evidence, the trial judge found that the hair samples, buccal swabs and teeth impressions had been obtained in violation of s. 8 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* but concluded that the evidence was nevertheless admissible. With respect to the tissue containing mucous, he found that it had not been obtained in violation of s. 8 and should thus be admitted. The accused was later convicted by a jury of first degree murder. The majority of the Court of Appeal upheld the trial judge's ruling and affirmed the verdict.

Held (L'Heureux-Dubé, Gonthier and McLachlin JJ. dissenting): The appeal should be allowed and a new trial ordered at which the hair samples, buccal swabs and dental impressions should be excluded.

Per Lamer C.J. and La Forest, Sopinka, Cory and Iacobucci JJ.: The taking of the hair samples, buccal swabs and teeth impressions infringed s. 8 of the

tion de l'endroit où il avait vu la victime pour la dernière fois ont varié avec le temps. La victime est décédée à la suite de blessures à la tête. Du sperme a été trouvé dans son vagin, et son abdomen portait la marque d'une morsure humaine. Au poste de police, les avocats de l'accusé ont remis aux policiers une lettre les informant que l'accusé refusait de fournir quelque échantillon de substance corporelle que ce soit, comme des cheveux et des poils, et des empreintes dentaires, ou de faire une déclaration. Une fois les avocats partis, les policiers ont prélevé des échantillons de cheveux de l'accusé après avoir menacé de recourir à la force, et ils l'ont forcé à s'arracher des poils pubiens. Des empreintes à la plasticine ont également été prises de sa dentition. Un policier a ensuite interrogé l'accusé pendant une heure dans le but d'obtenir une déclaration. L'accusé a sangloté pendant tout l'interrogatoire et, après qu'on lui eut permis de téléphoner à son avocat, il est allé aux toilettes, escorté d'un policier, où il a utilisé un papier-mouchoir pour se moucher. Il a jeté le papier-mouchoir dans la poubelle. Le policier a saisi le papier-mouchoir contenant des mucosités, qui a été utilisé pour effectuer une analyse d'empreintes génétiques. L'accusé a, par la suite, été remis en liberté, pour être arrêté de nouveau plusieurs mois plus tard. Un dentiste a alors, pendant deux heures, procédé à la prise d'empreintes de la dentition de l'accusé, sans le consentement de ce dernier. D'autres cheveux et poils de l'accusé ont été prélevés, de même qu'un échantillon de salive, et des prélèvements ont été faits dans sa bouche.

À la suite d'un *voir-dire* tenu pour déterminer l'admissibilité de certains éléments de preuve, le juge du procès a conclu que les échantillons de cheveux et de poils, les empreintes dentaires et les prélèvements faits dans la bouche avaient été obtenus en violation de l'art. 8 de la *Charte canadienne des droits et libertés*, mais que ces éléments de preuve étaient néanmoins admissibles. Il a décidé que le papier-mouchoir contenant les mucosités n'avait pas été obtenu en violation de l'art. 8 et qu'il devrait donc être utilisé en preuve. Un jury a, par la suite, déclaré l'accusé coupable de meurtre au premier degré. La Cour d'appel à la majorité a maintenu la décision du juge du procès et confirmé le verdict.

Arrêt (les juges L'Heureux-Dubé, Gonthier et McLachlin sont dissidents): Le pourvoi est accueilli et un nouveau procès est ordonné, où les échantillons de cheveux et de poils, les empreintes dentaires et les prélèvements faits dans la bouche devront être écartés.

Le juge en chef Lamer et les juges La Forest, Sopinka, Cory et Iacobucci: Le prélèvement d'échantillons de cheveux et de poils, la prise d'empreintes

Charter. The bodily samples and impressions were not seized pursuant to the *Criminal Code*, which at the time of the accused's arrest did not authorize the search of a person or the seizure of parts of the body. Nor were they seized pursuant to the common law power of search incidental to a lawful arrest. The accused's arrest was lawful since the police officers, subjectively, were under the impression that they had reasonable and probable grounds to believe that the accused had committed the murder and, from an objective point of view, there were good and sufficient grounds for the officers to have reached that conclusion. However, the common law power of search incidental to arrest does not extend beyond the purpose of protecting the arresting officer from armed or dangerous suspects or of preserving evidence that may go out of existence or be otherwise lost. The search conducted in this case went far beyond the typical "frisk" search which usually accompanies an arrest. The taking of bodily samples and the making of dental impressions were highly intrusive. Further, despite the *Young Offenders Act* requirements that a parent or counsel be present when a suspected young offender is being interviewed, in the absence of any adult counsellor and contrary to the specific instruction of his lawyers the police interviewed the accused at length and by threat of force took bodily samples and dental impressions. This was the abusive exercise of raw physical authority by the police. The common law power of search incidental to arrest cannot be so broad as to encompass the seizure without valid statutory authority of bodily samples in the face of a refusal to provide them. These samples are usually in no danger of disappearing. If that power is so broad, then the common law rule itself is unreasonable, since it is too broad and fails to properly balance the competing rights involved. It is clear in this case that the accused's right to be free from unreasonable search and seizure was seriously violated. Since the search and seizure of the bodily samples was not authorized by either statutory or common law it could not have been reasonable.

The taking of the hair samples, buccal swabs and dental impressions also infringed s. 7 of the *Charter* since it violated the right to security of the person in a manner

dentaires et les prélèvements faits dans la bouche contrevenaient à l'art. 8 de la *Charte*. Les échantillons de substances corporelles et les empreintes n'ont pas été saisis conformément au *Code criminel* qui, au moment de l'arrestation de l'accusé, n'autorisait pas la fouille d'une personne ni la saisie de parties du corps d'une personne. Ils n'ont pas été saisis non plus conformément au pouvoir de common law de procéder à une fouille accessoire à une arrestation légale. L'arrestation de l'accusé était légale étant donné que les policiers avaient subjectivement l'impression d'avoir des motifs raisonnables de croire que l'accusé avait commis le meurtre, et que, d'un point de vue objectif, ils avaient des raisons sérieuses et suffisantes d'en arriver à cette conclusion. Toutefois, le pouvoir de common law de procéder à une fouille accessoire à une arrestation ne va pas au-delà de l'objectif de protection des policiers qui effectuent une arrestation contre des suspects armés ou dangereux, ou de préservation des éléments de preuve qui autrement pourraient être détruits ou perdus. La fouille effectuée en l'espèce est allée bien plus loin que la fouille sommaire qui accompagne habituellement une arrestation. Le prélèvement d'échantillons de substances corporelles et la prise d'empreintes dentaires étaient des actes très envahissants. De plus, en dépit des exigences de la *Loi sur les jeunes contrevenants* qu'un parent ou un avocat assiste à l'interrogatoire d'un adolescent soupçonné d'avoir commis une infraction, et en l'absence de tout conseiller adulte et contrairement aux directives explicites des avocats de l'accusé, la police a longuement interrogé ce dernier et a, en menaçant de recourir à la force, prélevé des échantillons de substances corporelles et pris des empreintes dentaires. Elle s'est ainsi livrée à un exercice abusif de force physique brute. Le pouvoir de common law de procéder à une fouille accessoire à une arrestation ne peut pas être large au point de viser la saisie d'échantillons de substances corporelles effectuée sans autorisation légale valide et malgré un refus de les fournir. Ces échantillons ne risquent pas habituellement de disparaître. Si ce pouvoir est large à ce point, alors la règle de common law elle-même est abusive parce qu'elle est trop générale et ne pondère pas adéquatement les droits qui s'opposent. Il est clair qu'en l'espèce il y a eu violation grave du droit de l'accusé à la protection contre les fouilles, perquisitions ou saisies abusives. Étant donné que la fouille et la saisie des échantillons de substances corporelles n'étaient autorisées ni par une loi ni par la common law, elles ne pouvaient qu'être abusives.

Le prélèvement d'échantillons de cheveux et de poils, la prise d'empreintes dentaires et les prélèvements faits dans la bouche contrevenaient aussi à l'art. 7 de la

not consistent with the principles of fundamental justice. It was the ultimate invasion of the accused's privacy and breached the sanctity of the body which is essential to the maintenance of human dignity. Police actions taken without consent or authority which intrude upon an individual's body in more than a minimal fashion violate s. 7.

The taking of the discarded tissue infringed s. 8 of the *Charter*. Where an accused who is not in custody discards an item offering potentially valuable DNA evidence, the police may ordinarily collect and test the item without any concern about consent since, in the circumstances, the accused abandoned the item and ceased to have a reasonable expectation of privacy in it. The situation is different, however, when an accused is in custody. Whether the circumstances are such that an accused abandoned an item and relinquished any privacy interest in it will have to be determined on the particular facts presented in each case. Here, the accused had announced through his lawyers that he would not consent to the taking of any samples of his bodily fluids. The police were aware of his decision but nevertheless took possession of the tissue discarded by the accused while he was in custody. In these circumstances the seizure was unreasonable. The accused's expectation of privacy in this instance, although lower after his arrest, was not so low as to permit the seizure of the tissue. The privacy expectation should not be reduced to such an extent as to justify seizures of bodily samples without consent, particularly for those who are detained while they are still presumed to be innocent.

The primary aim and purpose of considering the trial fairness factor in the s. 24(2) analysis is to prevent an accused person whose *Charter* rights have been infringed from being forced or conscripted to provide evidence in the form of confessions, statements or bodily samples for the benefit of the state. Thus, when the trial fairness factor is being considered, it is necessary to classify the evidence as conscriptive or non-conscriptive based upon the manner in which the evidence was obtained. If the accused was not compelled to participate in the creation or discovery of the evidence, the evidence will be classified as non-conscriptive. Its admission will not render the trial unfair and the court will proceed to consider the seriousness of the breach and the effect of exclusion on the repute of the administration of justice. If the evidence, obtained in a manner

Charte, étant donné qu'ils violaient le droit à la sécurité de la personne d'une manière non conforme aux principes de justice fondamentale. Ils constituaient l'atteinte la plus grave à la vie privée de l'accusé et violaient l'intégrité du corps, qui est essentielle à la dignité humaine. Les actions policières qui sont accomplies sans consentement ni autorisation et qui portent une atteinte plus que minimale au corps d'une personne violent l'art. 7.

La saisie du papier-mouchoir jeté contrevenait à l'art. 8 de la *Charte*. Lorsqu'un accusé qui n'est pas détenu se défait d'un objet qui peut constituer un élément de preuve utile pour établir son profil génétique, la police peut normalement recueillir cet objet et le faire analyser, sans avoir à se soucier d'obtenir un consentement, étant donné que, dans les circonstances, l'accusé a abandonné cet objet et a cessé d'avoir une attente raisonnable en matière de vie privée à son sujet. La situation est toutefois différente lorsqu'un accusé est détenu. La question de savoir si la situation est telle que l'accusé a abandonné un objet et renoncé à tout droit à ce qu'il demeure confidentiel devra être tranchée en fonction des faits particuliers de chaque affaire. En l'espèce, l'accusé avait fait savoir par ses avocats qu'il ne consentirait pas au prélèvement d'échantillons de ses substances corporelles. Les policiers étaient au courant de cette décision, mais en dépit de cela, ils se sont emparés du papier-mouchoir que l'accusé avait jeté alors qu'il était détenu. Dans ces circonstances, la saisie était abusive. En l'espèce, l'attente de l'accusé en matière de vie privée, bien qu'elle ait diminué à la suite de son arrestation, n'était pas faible au point de permettre la saisie du papier-mouchoir. Cette attente ne devrait pas être réduite au point de justifier les saisies d'échantillons de substances corporelles effectuées sans consentement, particulièrement dans le cas des personnes qui sont détenues alors qu'elles sont encore présumées innocentes.

Le but premier de l'examen du facteur de l'équité du procès dans l'analyse fondée sur le par. 24(2) est d'empêcher qu'un accusé, dont les droits garantis par la *Charte* ont été violés, soit mobilisé contre lui-même ou forcé de fournir, au profit de l'État, des éléments de preuve sous forme de confessions, de déclarations ou de substances corporelles. Ainsi, pour examiner le facteur de l'équité du procès, il est nécessaire de qualifier la preuve soit de preuve obtenue en mobilisant l'accusé contre lui-même, soit de preuve non obtenue en mobilisant l'accusé contre lui-même, selon la manière dont elle a été obtenue. Si l'accusé n'a pas été forcé de participer à la constitution ou à la découverte de la preuve, la preuve sera qualifiée de preuve non obtenue en mobilisant l'accusé contre lui-même. Son utilisation ne rendra pas le procès inéquitable et le tribunal passera à

which violates the *Charter*, involved the accused being compelled to incriminate himself either by a statement or by the use as evidence of his body or of bodily substances, it will be classified as conscriptive evidence. The unauthorized use of a person's body or bodily substances is just as much compelled "testimony" that could render the trial unfair as is a compelled statement. The security of the body is thus as worthy of protection from state intrusion aimed at compelled self-incrimination as are statements. If the evidence is found to be conscriptive evidence, which in the case of statements includes derivative evidence, and the Crown demonstrates on a balance of probabilities that it would have been discovered by alternative non-conscriptive means — where an independent source exists or discovery was inevitable — then its admission will generally not render the trial unfair. However, the seriousness of the *Charter* breach and the effect of exclusion on the repute of the administration of justice will have to be considered. If the evidence is conscriptive and the Crown fails to demonstrate on a balance of probabilities that the evidence would have been discovered by alternative non-conscriptive means, then its admission will render the trial unfair. The court, as a general rule, will exclude the evidence without considering the seriousness of the breach or the effect of exclusion on the repute of the administration of justice. This must be the result since an unfair trial would necessarily bring the administration of justice into disrepute.

Here, in considering how the admission of the evidence would affect the fairness of the trial, the trial judge erred in concluding that the hair samples, saliva and dental impressions existed independently of any *Charter* breach and were thus admissible. The accused's bodily samples and impressions existed as "real" evidence but the police, by their words and actions, compelled the accused to provide evidence from his body. This evidence constituted conscriptive evidence. The impugned evidence would not have been discovered had it not been for the conscription of the accused in violation of his *Charter* rights and no independent source existed by which the police could have obtained the evidence. It follows that its admission would render the

l'examen de la gravité de la violation et de l'incidence de l'exclusion de cette preuve sur la considération dont jouit l'administration de la justice. Si la preuve a été obtenue dans des conditions qui violent la *Charte*, en forçant l'accusé à s'incriminer lui-même par une déclaration ou par l'utilisation en preuve de son corps ou de ses substances corporelles, elle sera qualifiée de preuve obtenue en mobilisant l'accusé contre lui-même. L'utilisation non autorisée du corps d'une personne ou de ses substances corporelles constitue, tout autant qu'une déclaration forcée, un «témoignage» forcé susceptible de rendre le procès inéquitable. La sécurité du corps mérite donc tout autant que les déclarations d'être protégée contre les atteintes de l'État visant à obtenir de force une auto-incrimination. Si l'on conclut que la preuve a été obtenue en mobilisant l'accusé contre lui-même, ce qui, dans le cas de déclarations, comprend la preuve dérivée, et si le ministère public démontre, suivant la prépondérance des probabilités, qu'elle aurait été découverte par un autre moyen non fondé sur la mobilisation de l'accusé contre lui-même — lorsque la preuve peut être tirée d'une source indépendante ou lorsque sa découverte était inévitable —, son utilisation ne rendra alors généralement pas le procès inéquitable. Cependant, il faudra examiner la gravité de la violation de la *Charte* et l'incidence de l'exclusion de cette preuve sur la considération dont jouit l'administration de la justice. Si la preuve a été obtenue en mobilisant l'accusé contre lui-même et que le ministère public ne démontre pas, suivant la prépondérance des probabilités, qu'elle aurait été découverte par un autre moyen non fondé sur la mobilisation de l'accusé contre lui-même, son utilisation rendra alors le procès inéquitable. En règle générale, le tribunal écartera la preuve sans examiner la gravité de la violation ni l'incidence de son exclusion sur la considération dont jouit l'administration de la justice. Il doit en être ainsi puisqu'un procès inéquitable déconsidérerait nécessairement l'administration de la justice.

En l'espèce, en examinant comment l'utilisation de la preuve compromettrait l'équité du procès, le juge du procès a conclu à tort que les échantillons de cheveux et de poils et les empreintes dentaires existaient indépendamment de toute violation de la *Charte* et qu'ils étaient donc admissibles en preuve. Les échantillons de substances corporelles et les empreintes de l'accusé constituaient des éléments de preuve «matérielle», mais les policiers, par leurs paroles et leurs actions, ont contraint l'accusé à fournir des éléments de preuve provenant de son corps. Ces éléments de preuve ont été obtenus en mobilisant l'accusé contre lui-même. La preuve contestée n'aurait pas été découverte si l'accusé n'avait pas été mobilisé contre lui-même en violation de ses droits

trial unfair. This finding is sufficient to resolve the s. 24(2) issue as the evidence must be excluded.

In any event, the *Charter* violations pursuant to which this evidence was obtained were of a very serious nature. The police acted with blatant disregard for the fundamental rights of the accused. Notwithstanding his express refusal to provide bodily samples or to give a statement, the police purposely waited until his lawyers had left to proceed, through the use of force, threats and coercion, to take his bodily samples and to interrogate him in an effort to obtain a statement. The police were also aware that the accused was a young offender at the time, and that he was entitled to the special protection provided by the *Young Offenders Act*. Finally, the fact that the police rode roughshod over a young offender's refusal to provide his bodily samples would certainly shock the conscience of all fair minded members of the community. The admission of the evidence would thus bring the administration of justice into disrepute.

The tissue containing the mucous, however, should not be excluded. The police did not force, or even request, a mucous sample from the accused. Although the police acted surreptitiously in disregard for the accused's explicit refusal to provide them with bodily samples, the violation of the accused's *Charter* rights with respect to the tissue was not serious. The seizure did not interfere with the accused's bodily integrity, nor cause him any loss of dignity. In any event, the police could and would have obtained the discarded tissue. It was discoverable and the administration of justice would not be brought into disrepute if the evidence obtained from the mucous sample were to be admitted.

Per Major J.: Cory J.'s reasons excluding the conscripted evidence obtained from hair samples, buccal swabs and dental impressions were agreed with. The tissue containing the mucous sample, however, was not obtained in violation of s. 8 of the *Charter*. The accused voluntarily and intentionally threw the tissue into the washroom wastebasket in full view of the officer. By doing so he abandoned the tissue, and lost any expectation of privacy he might have had in regard to it. Consent is not an issue where evidence is abandoned even when the accused is in custody. Where there is no reasonable expectation of privacy, there is no search, and

garantis par la *Charte* et il n'y avait aucune source indépendante d'où la police aurait pu tirer la preuve. Il s'ensuit que son utilisation rendrait le procès inéquitable. Cette conclusion suffit pour répondre à la question du par. 24(2), étant donné que la preuve doit être écartée.

De toute façon, les violations de la *Charte* qui ont permis d'obtenir la preuve en question sont de nature très grave. La police a fait preuve d'un mépris flagrant pour les droits fondamentaux de l'accusé. Malgré le refus explicite de ce dernier de fournir des échantillons de substances corporelles ou de faire une déclaration, les policiers ont délibérément attendu le départ de ses avocats pour commencer, en recourant à la force, aux menaces et à la contrainte, à prélever des échantillons de ses substances corporelles et à l'interroger dans le but d'obtenir une déclaration. La police savait également que l'accusé était à l'époque un jeune contrevenant et qu'il avait droit à la protection spéciale de la *Loi sur les jeunes contrevenants*. Finalement, le fait que la police se soit moquée du refus d'un jeune contrevenant de fournir des échantillons de ses substances corporelles choquerait sûrement la conscience de tous les citoyens équitables. L'utilisation de la preuve serait donc susceptible de déconsidérer l'administration de la justice.

Cependant, le papier-mouchoir contenant les mucosités ne devrait pas être écarté. La police n'a pas forcé l'accusé à fournir un échantillon de ses mucosités, et ne lui a même pas demandé de le faire. Bien que la police ait agi subrepticement, au mépris du refus explicite de l'accusé de lui fournir des échantillons de substances corporelles, les droits que la *Charte* garantissait à ce dernier relativement au papier-mouchoir n'ont pas été gravement violés. La saisie n'a pas porté atteinte à l'intégrité physique de l'accusé et ne lui a fait perdre sa dignité d'aucune manière. De toute façon, la police pouvait obtenir et aurait obtenu le papier-mouchoir jeté. Il pouvait être découvert et l'administration de la justice ne serait pas déconsidérée si la preuve constituée par l'échantillon de mucosités était utilisée.

Le juge Major: Il y a accord avec les motifs du juge Cory qui écartent la preuve composée d'échantillons de cheveux et de poils, de prélèvements faits dans la bouche et d'empreintes dentaires, qui a été obtenue en mobilisant l'accusé contre lui-même. Cependant, le papier-mouchoir contenant l'échantillon de mucosités n'a pas été obtenu en violation de l'art. 8 de la *Charte*. Sous les yeux du policier qui le surveillait, l'accusé a volontairement et intentionnellement jeté le papier-mouchoir dans la corbeille à papier qui se trouvait dans les toilettes. Ce faisant, il a abandonné le papier-mouchoir et a perdu toute attente en matière de vie privée qu'il

no requirement of informed consent. Since no violation of the *Charter* occurred with regard to the tissue, there is no need to enter into a s. 24(2) inquiry.

Per McLachlin J. (dissenting): The taking of bodily samples falls to be decided under s. 8 of the *Charter*, not under s. 7. Section 7 of the *Charter* does not purport to enlarge the common law principle against self-incrimination. The common law as adopted and applied in Canada confined the principle of fundamental justice known as the principle against self-incrimination to testimonial evidence. For good and principled reasons, this principle has never extended to physical or "real" evidence. It follows that the principle against self-incrimination which may be read by inference into s. 7 does not apply to real evidence, except in the case of real evidence derivative from testimonial evidence which would not have been discovered but for the accused's involuntary testimony. All other real evidence falls to be treated under the guarantee against unreasonable search and seizure in s. 8. To hold otherwise would extend the principle of self-incrimination not only beyond its recognized ambit in Canada, but beyond its limits in comparable justice systems throughout the world.

The taking of the accused's hair samples, buccal swabs and dental impressions violated s. 8 of the *Charter*. While the common law permits relatively non-intrusive procedures to take evidence from a suspect in custody for purposes of identification, the invasiveness of the searches and seizures leading to the taking of the bodily samples and dental impressions, and the seriousness of the incursion on his privacy and dignity they entailed, place them outside the scope of lawful search incidental to arrest. No emergency was alleged in this case and the searches were not necessary to protect the immediate safety of the police or the public.

The taking of the tissue, however, did not violate s. 8. In discarding the tissue, the accused abandoned it and lost any privacy interest in the tissue that he may have had. The taking of the tissue was not a search and the requirement of the accused's consent did not apply.

pouvait avoir à ce sujet. Le consentement n'est pas en cause lorsque l'élément de preuve est abandonné, même quand l'accusé est sous garde. Lorsqu'il n'y a aucune attente raisonnable en matière de vie privée, il n'y a ni fouille ni exigence de consentement éclairé. Étant donné qu'il n'y a pas eu violation de la *Charte* en ce qui concerne le papier-mouchoir, il est inutile d'entreprendre une analyse fondée sur le par. 24(2).

Le juge McLachlin (dissidente): Le prélèvement d'échantillons de substances corporelles relève de l'art. 8 de la *Charte* et non de l'art. 7. L'article 7 de la *Charte* n'a pas pour objet d'élargir la portée du principe de common law interdisant l'auto-incrimination. La common law adoptée et appliquée au Canada a restreint à la preuve testimoniale l'application du principe de justice fondamentale connu sous le nom de principe interdisant l'auto-incrimination, qui, pour de bonnes raisons de principe, n'a jamais visé la preuve «matérielle». Il s'ensuit que le principe interdisant l'auto-incrimination, qui peut être inféré de l'art. 7, ne s'applique pas à la preuve matérielle, sauf en ce qui concerne la preuve matérielle dérivée de la preuve testimoniale, qui n'aurait pas été découverte n'eût été le témoignage involontaire de l'accusé. Dans tous les autres cas, la preuve matérielle relève de la protection contre les fouilles, perquisitions ou saisies prévues par l'art. 8. Conclure le contraire reviendrait à pousser le principe interdisant l'auto-incrimination non seulement au-delà de la portée qui lui a été reconnue jusqu'ici au Canada, mais encore au-delà des limites qui lui sont imposées dans des systèmes de justice comparables ailleurs dans le monde.

Le prélèvement d'échantillons de cheveux et de poils, les prélèvements faits dans la bouche et la prise des empreintes dentaires de l'accusé ont violé l'art. 8 de la *Charte*. Bien que la common law permette le recours à des procédures relativement peu envahissantes pour recueillir des éléments de preuve auprès d'un suspect détenu à des fins d'identification, les fouilles et saisies qui ont mené au prélèvement de substances corporelles et à la prise d'empreintes dentaires ne constituent pas une fouille légale accessoire à une arrestation en raison de leur caractère envahissant et de la gravité de l'atteinte à la vie privée et à la dignité du suspect qu'elles ont entraînée. On n'a allégué l'existence d'aucune urgence en l'espèce et les fouilles n'étaient pas nécessaires pour garantir la sécurité immédiate des policiers ou du public.

La récupération du papier-mouchoir n'a cependant pas violé l'art. 8. En jetant le papier-mouchoir, l'accusé l'a abandonné et a perdu tout droit à la vie privée qu'il pouvait avoir à son sujet. La récupération du papier-mouchoir ne constituait pas une fouille et l'exigence du

Although the tissue was taken while the accused was in custody, his right not to incriminate himself was not violated since the privilege against self-incrimination does not apply to real evidence. Unless it is derivative from testimonial evidence, real evidence falls to be considered under the rubric of search and seizure. While it is true that the samples may necessarily be created as a result of the arrest and detention, the fact remains that the bodily state to which they attest and which gives them their significance is not created by the detention. It has a real existence apart from the detention, which merely provides an opportunity to ascertain that bodily state.

The test for the admission of evidence where a *Charter* breach is alleged requires the judge to conduct a two-part inquiry. The first step is to determine whether the evidence was taken in a manner which infringed the accused's *Charter* rights. If so, the judge must go on to consider whether, as a result of the infringement, the evidence should be excluded under s. 24(2) of the *Charter*. Section 24(2) introduces a balancing process. The judge must consider all the circumstances of the case and, in light of them, balance the effect of admitting the evidence on the repute of the administration of justice against the effect of rejecting it. In the end the judge must ask which will better serve the repute of the system of justice on the particular facts of the case — admission or exclusion. The three classes of factors set out in *Collins* — factors relevant to the (1) fairness of the trial, (2) seriousness of the violation, and (3) effect of excluding the evidence — are simply a convenient way of considering the various "circumstances" which may need to be taken into account in a particular case. The first two groups relate to disrepute to the administration of justice which may arise from admission, the third group to disrepute which may arise from exclusion of the evidence. So long as all are considered, the balancing task imposed by s. 24(2) will be discharged.

The framers of the *Charter* did not intend s. 24(2) to act as an automatic exclusionary or quasi-exclusionary rule and, accordingly, the view that any evidence which affects the fairness of the trial must be excluded under s. 24(2) should be rejected. First, it runs counter to the

consentement de l'accusé ne s'appliquait pas. Bien que le papier-mouchoir ait été récupéré alors que l'accusé était sous garde, le droit de ce dernier de ne pas s'incriminer n'a pas été violé étant donné que le privilège de ne pas s'incriminer ne s'applique pas à la preuve matérielle. À moins qu'elle ne soit dérivée de la preuve testimoniale, la preuve matérielle doit être appréciée sous l'angle des fouilles, perquisitions et saisies. Même s'il est vrai que les échantillons peuvent nécessairement résulter de l'arrestation et de la détention, il reste que la condition physique qu'ils attestent et qui leur donne leur importance n'est pas créée par la détention. Elle a une existence véritable qui ne dépend pas de la détention, laquelle détention fournit simplement l'occasion de constater cette condition physique.

Le critère d'utilisation d'éléments de preuve, dans le cas où on allègue l'existence d'une violation de la *Charte*, exige que le juge procède à un examen en deux étapes. La première étape consiste à déterminer si les éléments de preuve ont été obtenus dans des conditions qui portent atteinte aux droits garantis à l'accusé par la *Charte*. Dans l'affirmative, le juge doit ensuite se demander si, en raison de cette atteinte, les éléments de preuve devraient être écartés en vertu du par. 24(2) de la *Charte*. Le paragraphe 24(2) introduit un processus de pondération. Le juge doit examiner toutes les circonstances de l'affaire et soupeser, en fonction de celles-ci, l'incidence de l'utilisation de la preuve sur la considération dont jouit l'administration de la justice en fonction de l'incidence du rejet de cette preuve. En fin de compte, le juge doit se demander laquelle de l'utilisation ou de l'exclusion préservera le mieux la considération dont jouit le système de justice, d'après les faits particuliers de l'affaire. Les trois catégories de facteurs établies dans l'arrêt *Collins* — les facteurs pertinents quant à (1) l'équité du procès, (2) la gravité de la violation et (3) l'effet de l'exclusion de la preuve — ne constituent qu'une façon commode d'examiner les diverses «circonstances» qui peuvent devoir être prises en considération dans une affaire donnée. Les deux premières catégories ont trait à la déconsidération de l'administration de la justice qui pourrait résulter de l'utilisation de la preuve; la troisième catégorie concerne la déconsidération qui pourrait découler de l'exclusion de la preuve. Il ne sera satisfait à l'obligation de pondérer imposée par le par. 24(2) que si tous les facteurs sont pris en considération.

Les rédacteurs de la *Charte* n'ont pas voulu que le par. 24(2) serve de règle d'exclusion automatique ou quasi automatique et, par conséquent, il y a lieu de rejeter l'opinion suivant laquelle tout élément de preuve qui compromet l'équité du procès doit être écarté en vertu

spirit and wording of s. 24(2), which requires that judges in all cases balance all factors which may affect the repute of the administration of justice, and elevates the factor of trial unfairness to a dominant and in many cases conclusive status. Second, it rests on an expanded and erroneous concept of self-incrimination or conscription which equates any non-consensual participation by or use of the accused's body in evidence gathering with trial unfairness. Third, it erroneously assumes that anything that affects trial fairness automatically renders the trial so fundamentally unfair that other factors can never outweigh the unfairness, with the result that it becomes unnecessary to consider other factors.

Here, the trial judge made a careful review of all relevant factors, applied s. 24(2) in the fashion directed in *Collins* and concluded that the accused's hair, buccal swabs and dental impressions taken contrary to s. 8 of the *Charter* were admissible under s. 24(2) — a conclusion affirmed by the majority of the Court of Appeal. Where the courts below have properly considered all the factors relevant to the s. 24(2) determination, this Court will not interfere. In any event, when all the circumstances are considered together, it cannot be concluded that the trial judge and the majority of the Court of Appeal erred in finding that the exclusion of the evidence would do more harm to the repute of the administration of justice than its admission.

Since the taking of the tissue did not violate s. 8 of the *Charter*, it is unnecessary to consider its admissibility under s. 24(2).

Per L'Heureux-Dubé J. (dissenting): For the reasons given by Cory J., the arrest was a lawful one. While the search and seizure at issue was clearly not necessary in order to protect the accused, the police or the public, they were authorized by law under the common law search power incidental to arrest. The right to secure evidence as an incident of arrest does not depend on the existence of urgency or exigent circumstances and may extend to the taking of bodily samples and impressions. The following guidelines strike a proper balance between society's interest in detecting and punishing crime and the individual's interests in personal privacy

du par. 24(2). Premièrement, cette opinion va à l'encontre de l'esprit et de la lettre du par. 24(2) qui exige que les juges soupèsent, dans tous les cas, tous les facteurs qui peuvent déconsidérer l'administration de la justice, et elle élève le facteur de l'iniquité du procès à un rang dominant et, dans bien des cas, déterminant. Deuxièmement, elle repose sur une notion élargie et erronée de l'auto-incrimination ou de la mobilisation de l'accusé contre lui-même qui assimile à l'iniquité du procès toute participation non consensuelle de l'accusé à la constitution de la preuve ou toute utilisation non consensuelle de son corps à cette fin. Troisièmement, elle tient erronément pour acquis que tout ce qui compromet l'équité du procès rend automatiquement le procès si fondamentalement inéquitable que d'autres facteurs ne pourront jamais l'emporter sur cette iniquité, de sorte qu'il devient inutile de prendre en considération d'autres facteurs.

En l'espèce, le juge du procès a examiné soigneusement tous les facteurs pertinents, a appliqué le par. 24(2) de la façon recommandée dans l'arrêt *Collins* et a conclu que le prélèvement de cheveux et poils de l'accusé, les prélèvements dans sa bouche et la prise de ses empreintes dentaires, qui avaient été effectués en contravention de l'art. 8 de la *Charte*, pouvaient être utilisés en preuve en vertu du par. 24(2) — une conclusion confirmée par la Cour d'appel à la majorité. Notre Cour n'interviendra pas si les tribunaux d'instance inférieure ont pris en considération de façon appropriée tous les facteurs pertinents pour prendre une décision en vertu du par. 24(2). De toute façon, si on considère l'ensemble des circonstances, on ne peut pas conclure que le juge du procès et les juges majoritaires de la Cour d'appel ont commis une erreur en décidant que l'exclusion de la preuve déconsidérerait davantage l'administration de la justice que son utilisation.

Puisque que la récupération du papier-mouchoir n'a pas violé l'art. 8 de la *Charte*, il n'est pas nécessaire d'examiner son admissibilité aux termes du par. 24(2).

Le juge L'Heureux-Dubé (dissidente): Pour les motifs exposés par le juge Cory, l'arrestation était légale. Même s'il est clair que la fouille et la saisie en question n'étaient pas nécessaires pour protéger l'accusé, les policiers ou le public, elles étaient autorisées par la loi en vertu du pouvoir de common law de procéder à une fouille accessoire à une arrestation. Le droit de recueillir des éléments de preuve accessoirement à une arrestation ne dépend pas de l'existence d'une urgence ou d'une situation d'urgence, et peut viser le prélèvement d'échantillons de substances corporelles et la prise d'empreintes. Les lignes directrices suivantes permet-

and autonomy over his own body where the taking of bodily samples or impressions occurs as an incident to arrest: (1) the police must exercise their discretion to conduct the search given all of the circumstances; (2) the search must be for a valid objective in pursuit of the ends of criminal justice without running counter to the general objectives of the proper administration of justice; (3) consideration must be given to the intrusiveness involved in the search: the more intrusive, the higher the threshold for finding that the taking of bodily samples or impressions is both justified and conducted in a reasonable manner in given circumstances; (4) the police must have reasonable and probable grounds to conduct the search; (5) the search must be predicated on sufficiently important circumstances; those circumstances will generally be established where: (a) it is impracticable to obtain a warrant to secure the desired evidence; (b) such evidence cannot be obtained by a less intrusive means; (c) there is no alternative evidence available; (d) the offence for which the arrest was made is a serious one; and (e) public policy is served by the type of search at issue. Finally, the manner in which the search is conducted must not be abusive or unreasonable given the totality of the circumstances. A search which does not comply with these requirements could be characterized as unreasonable at common law as well as under s. 8 of the *Charter*. The determination of whether a search occurred legally as an incident to arrest will depend upon a balancing of these factors.

Here, the search and seizure of the evidence at issue was legal as incidental to arrest and conducted in a reasonable manner in the circumstances of this case given the seriousness of the offence as well as the unavailability of any legal authorization procedure at the time of the accused's arrest. The evidence indicates that the police believed that, in all of the circumstances, it was necessary to obtain bodily substances and dental impressions from the accused in order to apply the law effectively. They could not have proceeded with the murder charge without the DNA evidence or the bite-mark analysis of his teeth impressions. The search and seizure took place in order to achieve a valid objective — the discovery of evidence which could have either incriminated or established the innocence of the accused. The type of search and seizure at issue constituted minimal

tent d'établir un juste équilibre entre l'intérêt de la société dans la découverte et la répression du crime et le droit d'un individu à la protection de sa vie privée et de son intégrité physique, lors du prélèvement d'échantillons de substances corporelles et de la prise d'empreintes effectués accessoirement à une arrestation: (1) la police doit exercer son pouvoir discrétionnaire d'effectuer la fouille, en tenant compte de toutes les circonstances; (2) la fouille doit viser un objectif valable dans la poursuite des fins de la justice criminelle, sans aller à l'encontre des objectifs généraux d'une saine administration de la justice; (3) le caractère envahissant de la fouille en question doit être pris en considération: plus la fouille est envahissante, plus strictes doivent être les conditions qui permettront de conclure que le prélèvement de substances corporelles ou la prise d'empreintes sont à la fois justifiés et effectués d'une manière raisonnable dans les circonstances; (4) la police doit avoir des motifs raisonnables d'effectuer la fouille; (5) la fouille doit dépendre de circonstances suffisamment importantes; l'existence de ces circonstances sera généralement établie a) s'il est pratiquement impossible d'obtenir un mandat pour recueillir les éléments de preuve souhaités, b) s'il n'existe pas de moyens moins envahissants d'obtenir ces éléments de preuve, c) s'il n'y a pas d'autres éléments de preuve disponibles, d) si l'infraction à l'origine de l'arrestation est grave, et e) si le type de fouille en question est conforme à l'intérêt public. Enfin, la façon dont la fouille est effectuée ne doit être ni abusive ni déraisonnable compte tenu de toutes les circonstances. Une fouille qui ne respecte pas ces exigences pourrait être qualifiée d'abusives tant en common law qu'en vertu de l'art. 8 de la *Charte*. La réponse à la question de savoir si on a procédé légalement à une fouille accessoire à une arrestation dépendra d'une pondération de ces facteurs.

En l'espèce, la fouille et la saisie des éléments de preuve en cause ont été légalement effectuées accessoirement à l'arrestation et d'une manière raisonnable dans les circonstances, compte tenu de la gravité de l'infraction commise ainsi que de l'absence de procédure d'autorisation légale au moment de l'arrestation de l'accusé. Il ressort de la preuve que la police croyait que, compte tenu de toutes les circonstances, il était nécessaire d'obtenir de l'accusé des échantillons de substances corporelles et des empreintes dentaires afin d'appliquer efficacement la loi. Elle n'aurait pas pu l'inculper de meurtre sans la preuve des empreintes génétiques ou sans l'analyse de la marque de morsure au moyen de ses empreintes dentaires. La fouille et la saisie ont été effectuées dans le but de réaliser un objectif valable — la découverte d'une preuve susceptible soit d'incriminer

affronts to the accused's bodily integrity. Although the taking of pubic hair and the making of dental impressions are more intrusive, on the whole, given that the accused was made to pull out some of his own pubic hair himself and that the dental impressions were made by a dentist according to professional standards, the taking of those specimens is not of such an offensive character in the present circumstances that it would constitute an unreasonable search. In this regard, the accused's refusal to provide any bodily substance and the absence of his lawyers while the specimens were seized are irrelevant in assessing whether the police reasonably exercised their power of search incidental to arrest. Once a search is found to fall within the scope of such power, the police may, in accordance with these guidelines, proceed to search a lawfully arrested person. As well, while the accused's bodily substances and teeth impressions could have been obtained later, this is not a relevant consideration. Further, the police had reasonable and probable grounds for taking bodily samples and dental impressions, given the results of the victim's autopsy which revealed semen in her vagina and a human bite mark on her abdomen. The evidence discloses circumstances of sufficient importance to justify the taking. The police could not have obtained a warrant to secure the type of evidence they sought and the accused's hair, saliva and dental impressions could not have been obtained by less intrusive means. Given the absence of any witness to the murder, there was no alternative evidence that the accused committed this serious offence. Finally, public policy is served by the type of search at issue. Where indicia such as bodily fluids or a human bite mark are found on the victim's body, the possibility of resorting to DNA typing analysis or forensic odontology serves society's substantial interest in deterring such crimes. Since there was no breach of the accused's s. 8 *Charter* rights in the obtaining of the evidence, such evidence was admissible at trial.

Given the conclusion that the manner in which the police obtained the evidence was, in fact, lawful, it follows that the search was also in accord with the princi-

l'accusé soit d'établir son innocence. Le genre de fouille et de saisie en cause constituait une atteinte minimale à l'intégrité physique de l'accusé. Bien que le prélèvement de poils pubiens et la prise d'empreintes dentaires soient plus envahissants, dans l'ensemble, étant donné que l'on a forcé l'accusé à s'arracher lui-même des poils pubiens et que les empreintes dentaires ont été prises par un dentiste selon les règles de l'art, le prélèvement de ces échantillons n'est pas fautif au point de constituer une fouille abusive dans les circonstances de la présente affaire. À cet égard, le refus de l'accusé de fournir des échantillons de substances corporelles et l'absence de ses avocats au moment où les échantillons ont été saisis n'ont aucune pertinence pour évaluer si la police a raisonnablement exercé son pouvoir d'effectuer une fouille accessoire à une arrestation. Dès qu'on conclut qu'une fouille est conforme à ce pouvoir, la police peut, conformément à ces lignes directrices, la faire subir à une personne légalement mise en état d'arrestation. De plus, même si les échantillons de substances corporelles et les empreintes dentaires de l'accusé auraient pu être obtenus ultérieurement, ce n'est pas un facteur pertinent. La police avait également des motifs raisonnables de prélever des échantillons de substances corporelles et de prendre des empreintes dentaires, compte tenu des résultats de l'autopsie de la victime qui ont révélé la présence de sperme dans son vagin et d'une morsure humaine sur son abdomen. La preuve révèle l'existence de circonstances suffisamment importantes pour justifier le prélèvement de ces échantillons et la prise de ces empreintes. La police n'aurait pas pu obtenir un mandat l'autorisant à recueillir le genre d'éléments de preuve qu'elle cherchait, et les cheveux et poils de l'accusé, sa salive et ses empreintes dentaires n'auraient pas pu être obtenus par des moyens moins envahissants. Étant donné l'absence de témoin du meurtre, il n'existait pas d'autre preuve que l'accusé avait commis cette infraction grave. Finalement, le genre de fouille en cause est conforme à l'intérêt public. Lorsque des indices tels que des liquides organiques ou une marque de morsure humaine sont découverts sur le corps de la victime, la possibilité de recourir à une analyse génétique ou odontologique médico-légale est conforme à l'intérêt important qu'a la société à décourager la perpétration de tels crimes. Étant donné qu'il n'y a eu aucune violation des droits garantis à l'accusé par l'art. 8 de la *Charte* lors de l'obtention des éléments de preuve en question, ces éléments de preuve étaient admissibles au procès.

Vu la conclusion que la manière dont la police a obtenu les éléments de preuve était effectivement légale, il s'ensuit que la fouille était également conforme aux

ples of fundamental justice and did not violate s. 7 of the *Charter*.

The tissue containing the mucous was not obtained in violation of s. 8 of the *Charter* since the accused could not claim any right of privacy in this specimen. Consequently, this evidence was also admissible at trial.

Although it is not necessary to deal with s. 24(2) of the *Charter*, there is general agreement with McLachlin J.'s analysis. The classification of evidence under the trial fairness aspect of the s. 24(2) analysis in terms of "non-conscriptive 'real' evidence" and "conscriptive evidence", which includes "derivative evidence", with their possible extension to all kinds of unforeseen situations, is an unfortunate development. Trial fairness concern arises solely where the accused is compelled as a result of a *Charter* breach to participate in the creation or discovery of evidence which tends to establish his guilt by his own admission, or based upon his own communication. Evidence which affects the fairness of the trial must not inevitably be excluded under s. 24(2). A proper consideration of "all the circumstances" demands a balancing of each set of factors set out in *Collins*.

Per Gonthier J. (dissenting): The reasons of L'Heureux-Dubé J. were concurred in. There is also agreement with the reasons of McLachlin J. as to the scope of the principle of self-incrimination and the proper analytical approach to the determination of admissibility of evidence under s. 24(2) of the *Charter*.

Cases Cited

By Cory J.

Applied: *R. v. Legere* (1988), 89 N.B.R. (2d) 361; *R. v. Paul* (1994), 155 N.B.R. (2d) 195; **not followed:** *Schmerber v. California*, 384 U.S. 757 (1966); **referred to:** *R. v. Collins*, [1987] 1 S.C.R. 265; *R. v. Storrey*, [1990] 1 S.C.R. 241; *R. v. Duguay, Murphy and Sevigny* (1985), 18 C.C.C. (3d) 289, aff'd on other grounds, [1989] 1 S.C.R. 93; *Hunter v. Southam Inc.*, [1984] 2 S.C.R. 145; *Leigh v. Cole* (1853), 6 Cox C.C. 329; *Bessell v. Wilson* (1853), 1 El. & Bl. 489, 118 E.R. 518; *Cloutier v. Langlois*, [1990] 1 S.C.R. 158; *R. v. Lim*

principes de justice fondamentale et qu'elle n'a pas violé l'art. 7 de la *Charte*.

Le papier-mouchoir contenant les mucosités n'a pas été obtenu en violation de l'art. 8 de la *Charte*, étant donné que l'accusé ne pouvait invoquer aucun droit à la vie privée relativement à cet échantillon. Par conséquent, cet élément de preuve était lui aussi admissible au procès.

Bien qu'il ne soit pas nécessaire d'examiner la question du par. 24(2) de la *Charte*, il y a accord en général avec l'analyse du juge McLachlin. La classification de la preuve eu égard à l'aspect «équité du procès» de l'analyse fondée sur le par. 24(2), à savoir la classification de la preuve en «preuve "matérielle" non obtenue en mobilisant l'accusé contre lui-même» et en «preuve obtenue en mobilisant l'accusé contre lui-même», qui comprend la «preuve dérivée», avec son application possible à toutes sortes de situations imprévues, est malheureuse. Le problème de l'équité du procès ne se pose que si l'accusé a été forcé, à la suite d'une violation de la *Charte*, de participer à la constitution ou à la découverte d'une preuve qui tend à établir sa culpabilité par suite de son propre aveu ou de sa propre déclaration. La preuve qui compromet l'équité du procès ne doit pas inévitablement être écartée en vertu du par. 24(2). La prise en considération appropriée des «circonstances» exige la pondération de chaque ensemble de facteurs énoncés dans l'arrêt *Collins*.

Le juge Gonthier (dissent): Il y a accord avec les motifs du juge L'Heureux-Dubé. Il y a également accord avec les motifs du juge McLachlin quant à la portée du principe de l'auto-incrimination et à la méthode analytique utile pour déterminer l'admissibilité de la preuve en vertu du par. 24(2) de la *Charte*.

Jurisprudence

Citée par le juge Cory

Arrêts appliqués: *R. c. Legere* (1988), 89 R.N.-B. (2^e) 361; *R. c. Paul* (1994), 155 R.N.-B. (2^e) 195; **arrêt non suivi:** *Schmerber c. California*, 384 U.S. 757 (1966); **arrêts mentionnés:** *R. c. Collins*, [1987] 1 R.C.S. 265; *R. c. Storrey*, [1990] 1 R.C.S. 241; *R. c. Duguay, Murphy and Sevigny* (1985), 18 C.C.C. (3d) 289, conf. pour d'autres motifs par [1989] 1 R.C.S. 93; *Hunter c. Southam Inc.*, [1984] 2 R.C.S. 145; *Leigh c. Cole* (1853), 6 Cox C.C. 329; *Bessell c. Wilson* (1853), 1 El. & Bl. 489, 118 E.R. 518; *Cloutier c. Langlois*,

(No. 2) (1990), 1 C.R.R. (2d) 136; *R. v. Speid* (1991), 8 C.R.R. (2d) 383, leave to appeal refused, [1992] 1 S.C.R. xi; *R. v. Smellie* (1994), 95 C.C.C. (3d) 9, leave to appeal refused, [1995] 2 S.C.R. ix; *R. v. Belnavis* (1996), 107 C.C.C. (3d) 195; *R. v. Alderton* (1985), 17 C.C.C. (3d) 204; *R. v. Pohoretsky*, [1987] 1 S.C.R. 945; *R. v. Dymment*, [1988] 2 S.C.R. 417; *R. v. Simmons*, [1988] 2 S.C.R. 495; *R. v. Beare*, [1988] 2 S.C.R. 387; *R. v. Borden*, [1994] 3 S.C.R. 145; *R. v. LeBlanc* (1981), 64 C.C.C. (2d) 31; *R. v. Love*, [1994] A.J. No. 847 (Q.L.), aff'd (1995), 102 C.C.C. (3d) 393; *R. v. Arp*, [1995] B.C.J. No. 882 (Q.L.); *R. v. Legere* (1994), 95 C.C.C. (3d) 139; *R. v. Titian*, B.C.S.C., Victoria Reg. No. 70624, May 26, 1994, unreported; *R. v. Mellenthin*, [1992] 3 S.C.R. 615; *R. v. Burlingham*, [1995] 2 S.C.R. 206; *R. v. Evans*, [1996] 1 S.C.R. 8; *R. v. Grant*, [1993] 3 S.C.R. 223; *R. v. Wiley*, [1993] 3 S.C.R. 263; *R. v. Plant*, [1993] 3 S.C.R. 281; *R. v. Ross*, [1989] 1 S.C.R. 3; *R. v. Bartle*, [1994] 3 S.C.R. 173; *R. v. Manninen*, [1987] 1 S.C.R. 1233; *R. v. Wijesinha*, [1995] 3 S.C.R. 422; *R. v. Colarusso*, [1994] 1 S.C.R. 20; *R. v. Black*, [1989] 2 S.C.R. 138; *R. v. Silveira*, [1995] 2 S.C.R. 297; *R. v. Harper*, [1994] 3 S.C.R. 343; *R. v. Hebert*, [1990] 2 S.C.R. 151; *R. v. S. (R.J.)*, [1995] 1 S.C.R. 451; *R. v. Kokesch*, [1990] 3 S.C.R. 3.

By Major J.

Referred to: *Hunter v. Southam Inc.*, [1984] 2 S.C.R. 145; *R. v. Dymment*, [1988] 2 S.C.R. 417; *R. v. LeBlanc* (1981), 64 C.C.C. (2d) 31; *R. v. Mellenthin*, [1992] 3 S.C.R. 615.

By McLachlin J. (dissenting)

R. v. Morgentaler, [1988] 1 S.C.R. 30; *R. v. Hebert*, [1990] 2 S.C.R. 151; *Marcoux v. The Queen*, [1976] 1 S.C.R. 763; *Hogan v. The Queen*, [1975] 2 S.C.R. 574; *Attorney General for Quebec v. Bégin*, [1955] S.C.R. 593; *Validity of Section 92(4) of the Vehicles Act, 1957 (Sask.)*, [1958] S.C.R. 608; *R. v. Nikolovski*, [1996] 3 R.C.S. 1197; *R. v. Black*, [1989] 2 S.C.R. 138; *Holt v. United States*, 218 U.S. 245 (1910); *Schmerber v. California*, 384 U.S. 757 (1966); *King v. McLellan*, [1974] V.R. 773; *Sorby v. Commonwealth of Australia* (1983), 152 C.L.R. 281; *Howard v. Bates* (1994), 72 A. Crim. R. 96; *Kuruma v. The Queen*, [1955] A.C. 197; *Adair v. M'Garry*, [1933] S.L.T. 482; *R. v. Buckingham* (1943), 86 C.C.C. 76; *R. v. Hayward* (1957), 118 C.C.C. 365; *R. v. Nowakowski* (1977), 40 C.R.N.S. 144; *R. v. McLarty* (No. 2) (1978), 40 C.C.C. (2d) 72; *R. v. Dymment*, [1988] 2 S.C.R. 417; *R. v. LeBlanc* (1981), 64 C.C.C. (2d) 31;

[1990] 1 R.C.S. 158; *R. c. Lim* (No. 2) (1990), 1 C.R.R. (2d) 136; *R. c. Speid* (1991), 8 C.R.R. (2d) 383, autorisation de pourvoi refusée, [1992] 1 R.C.S. xi; *R. c. Smellie* (1994), 95 C.C.C. (3d) 9, autorisation de pourvoi refusée, [1995] 2 R.C.S. ix; *R. c. Belnavis* (1996), 107 C.C.C. (3d) 195; *R. c. Alderton* (1985), 17 C.C.C. (3d) 204; *R. c. Pohoretsky*, [1987] 1 R.C.S. 945; *R. c. Dymment*, [1988] 2 R.C.S. 417; *R. c. Simmons*, [1988] 2 R.C.S. 495; *R. c. Beare*, [1988] 2 R.C.S. 387; *R. c. Borden*, [1994] 3 R.C.S. 145; *R. c. LeBlanc* (1981), 64 C.C.C. (2d) 31; *R. c. Love*, [1994] A.J. No. 847 (Q.L.), conf. par (1995), 102 C.C.C. (3d) 393; *R. c. Arp*, [1995] B.C.J. No. 882 (Q.L.); *R. c. Legere* (1994), 95 C.C.C. (3d) 139; *R. c. Titian*, C.S.C.-B., n° du greffe de Victoria 70624, 26 mai 1994, inédit; *R. c. Mellenthin*, [1992] 3 R.C.S. 615; *R. c. Burlingham*, [1995] 2 R.C.S. 206; *R. c. Evans*, [1996] 1 R.C.S. 8; *R. c. Grant*, [1993] 3 R.C.S. 223; *R. c. Wiley*, [1993] 3 R.C.S. 263; *R. c. Plant*, [1993] 3 R.C.S. 281; *R. c. Ross*, [1989] 1 R.C.S. 3; *R. c. Bartle*, [1994] 3 R.C.S. 173; *R. c. Manninen*, [1987] 1 R.C.S. 1233; *R. c. Wijesinha*, [1995] 3 R.C.S. 422; *R. c. Colarusso*, [1994] 1 R.C.S. 20; *R. c. Black*, [1989] 2 R.C.S. 138; *R. c. Silveira*, [1995] 2 R.C.S. 297; *R. c. Harper*, [1994] 3 R.C.S. 343; *R. c. Hebert*, [1990] 2 R.C.S. 151; *R. c. S. (R.J.)*, [1995] 1 R.C.S. 451; *R. c. Kokesch*, [1990] 3 R.C.S. 3.

Citée par le juge Major

Arrêts mentionnés: *Hunter c. Southam Inc.*, [1984] 2 R.C.S. 145; *R. c. Dymment*, [1988] 2 R.C.S. 417; *R. c. LeBlanc* (1981), 64 C.C.C. (2d) 31; *R. c. Mellenthin*, [1992] 3 R.C.S. 615.

Citée par le juge McLachlin (dissidente)

R. c. Morgentaler, [1988] 1 R.C.S. 30; *R. c. Hebert*, [1990] 2 R.C.S. 151; *Marcoux c. La Reine*, [1976] 1 R.C.S. 763; *Hogan c. La Reine*, [1975] 2 R.C.S. 574; *Attorney General for Quebec c. Bégin*, [1955] R.C.S. 593; *Validity of Section 92(4) of the Vehicles Act, 1957 (Sask.)*, [1958] R.C.S. 608; *R. c. Nikolovski*, [1996] 3 R.C.S. 1197; *R. c. Black*, [1989] 2 R.C.S. 138; *Holt c. United States*, 218 U.S. 245 (1910); *Schmerber c. California*, 384 U.S. 757 (1966); *King c. McLellan*, [1974] V.R. 773; *Sorby c. Commonwealth of Australia* (1983), 152 C.L.R. 281; *Howard c. Bates* (1994), 72 A. Crim. R. 96; *Kuruma c. The Queen*, [1955] A.C. 197; *Adair c. M'Garry*, [1933] S.L.T. 482; *R. c. Buckingham* (1943), 86 C.C.C. 76; *R. c. Hayward* (1957), 118 C.C.C. 365; *R. c. Nowakowski* (1977), 40 C.R.N.S. 144; *R. c. McLarty* (No. 2) (1978), 40 C.C.C. (2d) 72; *R. c. Dymment*, [1988] 2 R.C.S. 417; *R. c. LeBlanc* (1981), 64 C.C.C. (2d) 31;

R. v. Love, [1994] A.J. No. 847 (QL), aff'd (1995), 102 C.C.C. (3d) 393; *R. v. Arp*, [1995] B.C.J. No. 882 (QL); *R. v. Legere* (1994), 95 C.C.C. (3d) 139; *R. v. Titian*, B.C.S.C., Victoria Reg. No. 70624, May 26, 1994, unreported; *R. v. Mellenthin*, [1992] 3 S.C.R. 615; *R. v. Collins*, [1987] 1 S.C.R. 265; *R. v. Strachan*, [1988] 2 S.C.R. 980; *R. v. Grant*, [1993] 3 S.C.R. 223; *R. v. Plant*, [1993] 3 S.C.R. 281; *R. v. Wiley*, [1993] 3 S.C.R. 263; *R. v. Sieben*, [1987] 1 S.C.R. 295; *R. v. Hamill*, [1987] 1 S.C.R. 301; *R. v. Simmons*, [1988] 2 S.C.R. 495; *R. v. Jacoy*, [1988] 2 S.C.R. 548; *R. v. Pohoretsky*, [1987] 1 S.C.R. 945; *R. v. Elshaw*, [1991] 3 S.C.R. 24; *R. v. Broyles*, [1991] 3 S.C.R. 595; *R. v. Burlingham*, [1995] 2 S.C.R. 206; *R. v. Bartle*, [1994] 3 S.C.R. 173; *R. v. Colarusso*, [1994] 1 S.C.R. 20; *R. v. Terry*, [1996] 2 S.C.R. 207; *Morris v. The Queen*, [1983] 2 S.C.R. 190; *R. v. B. (C.R.)*, [1990] 1 S.C.R. 717; *R. v. Duguay*, [1989] 1 S.C.R. 93.

By L'Heureux-Dubé J. (dissenting)

Cloutier v. Langlois, [1990] 1 S.C.R. 158; *R. v. Collins*, [1987] 1 S.C.R. 265; *R. v. Alderton* (1985), 17 C.C.C. (3d) 204; *R. v. Beare*, [1988] 2 S.C.R. 387; *R. v. Legere* (1988), 89 N.B.R. (2d) 361; *R. v. Storrey*, [1990] 1 S.C.R. 241; *R. v. Smellie* (1994), 95 C.C.C. (3d) 9, leave to appeal refused, [1995] 2 S.C.R. ix; *R. v. Garcia* (1992), 72 C.C.C. (3d) 240; *R. v. Lerke* (1986), 49 C.R. (3d) 324; *R. v. Morrison* (1987), 58 C.R. (3d) 63; *R. v. Miller* (1987), 38 C.C.C. (3d) 252; *R. v. Debot* (1986), 54 C.R. (3d) 120, aff'd [1989] 2 S.C.R. 1140; *R. v. Rao* (1984), 12 C.C.C. (3d) 97; *R. v. Lim (No. 2)* (1990), 1 C.R.R. (2d) 136; *R. v. Schweir*, [1993] O.J. No. 3404 (QL); *United States v. Weir*, 657 F.2d 1005 (1981); *Ewing v. State*, 310 N.E.2d 571 (1974); *Spence v. State*, 795 S.W.2d 743 (1990); *State v. Cobb*, 243 S.E.2d 759 (1978); *R. v. Morin* (1995), 37 C.R. (4th) 395; *R. v. Brezack* (1949), 96 C.C.C. 97; *Reynen v. Antonenko* (1975), 20 C.C.C. (2d) 342; *Scott v. The Queen* (1975), 24 C.C.C. (2d) 261; *R. v. Truchanek* (1984), 39 C.R. (3d) 137; *Hunter v. Southam Inc.*, [1984] 2 S.C.R. 145; *R. v. Therens*, [1985] 1 S.C.R. 613; *R. v. Pohoretsky*, [1987] 1 S.C.R. 945; *R. v. Dymnt*, [1988] 2 S.C.R. 417; *R. v. Simmons*, [1988] 2 S.C.R. 495; *RWDSU v. Dolphin Delivery Ltd.*, [1986] 2 S.C.R. 573; *Dagenais v. Canadian Broadcasting Corp.*, [1994] 3 S.C.R. 835; *Hill v. Church of Scientology of Toronto*, [1995] 2 S.C.R. 1130; *R. v. Ross*, [1989] 1 S.C.R. 3; *R. v. Duguay*, [1989] 1 S.C.R. 93; *R. v. Bartle*, [1994] 3 S.C.R. 173; *R. v. Mellenthin*, [1992] 3 S.C.R. 615; *R. v. S. (R.J.)*, [1995] 1 S.C.R. 451; *R. v. Burlingham*, [1995] 2 S.C.R. 206.

R. c. Love, [1994] A.J. No. 847 (QL), conf. par (1995), 102 C.C.C. (3d) 393; *R. c. Arp*, [1995] B.C.J. No. 882 (QL); *R. c. Legere* (1994), 95 C.C.C. (3d) 139; *R. c. Titian*, C.S.C.-B., n° du greffe de Victoria 70624, 26 mai 1994, inédit; *R. c. Mellenthin*, [1992] 3 R.C.S. 615; *R. c. Collins*, [1987] 1 R.C.S. 265; *R. c. Strachan*, [1988] 2 R.C.S. 980; *R. c. Grant*, [1993] 3 R.C.S. 223; *R. c. Plant*, [1993] 3 R.C.S. 281; *R. c. Wiley*, [1993] 3 R.C.S. 263; *R. c. Sieben*, [1987] 1 R.C.S. 295; *R. c. Hamill*, [1987] 1 R.C.S. 301; *R. c. Simmons*, [1988] 2 R.C.S. 495; *R. c. Jacoy*, [1988] 2 R.C.S. 548; *R. c. Pohoretsky*, [1987] 1 R.C.S. 945; *R. c. Elshaw*, [1991] 3 R.C.S. 24; *R. c. Broyles*, [1991] 3 R.C.S. 595; *R. c. Burlingham*, [1995] 2 R.C.S. 206; *R. c. Bartle*, [1994] 3 R.C.S. 173; *R. c. Colarusso*, [1994] 1 R.C.S. 20; *R. c. Terry*, [1996] 2 R.C.S. 207; *Morris c. La Reine*, [1983] 2 R.C.S. 190; *R. c. B. (C.R.)*, [1990] 1 R.C.S. 717; *R. c. Duguay*, [1989] 1 R.C.S. 93.

Citée par le juge L'Heureux-Dubé (dissidente)

Cloutier c. Langlois, [1990] 1 R.C.S. 158; *R. c. Collins*, [1987] 1 R.C.S. 265; *R. c. Alderton* (1985), 17 C.C.C. (3d) 204; *R. c. Beare*, [1988] 2 R.C.S. 387; *R. c. Legere* (1988), 89 R.N.-B. (2^e) 361; *R. c. Storrey*, [1990] 1 R.C.S. 241; *R. c. Smellie* (1994), 95 C.C.C. (3d) 9, autorisation de pourvoi refusée, [1995] 2 R.C.S. ix; *R. c. Garcia*, [1992] R.J.Q. 2716; *R. c. Lerke* (1986), 49 C.R. (3d) 324; *R. c. Morrison* (1987), 58 C.R. (3d) 63; *R. c. Miller* (1987), 38 C.C.C. (3d) 252; *R. c. Debot* (1986), 54 C.R. (3d) 120, conf. par [1989] 2 R.C.S. 1140; *R. c. Rao* (1984), 12 C.C.C. (3d) 97; *R. c. Lim (No. 2)* (1990), 1 C.R.R. (2d) 136; *R. c. Schweir*, [1993] O.J. No. 3404 (QL); *United States c. Weir*, 657 F.2d 1005 (1981); *Ewing c. State*, 310 N.E.2d 571 (1974); *Spence c. State*, 795 S.W.2d 743 (1990); *State c. Cobb*, 243 S.E.2d 759 (1978); *R. c. Morin* (1995), 37 C.R. (4th) 395; *R. c. Brezack* (1949), 96 C.C.C. 97; *Reynen c. Antonenko* (1975), 20 C.C.C. (2d) 342; *Scott c. The Queen* (1975), 24 C.C.C. (2d) 261; *R. c. Truchanek* (1984), 39 C.R. (3d) 137; *Hunter c. Southam Inc.*, [1984] 2 R.C.S. 145; *R. c. Therens*, [1985] 1 R.C.S. 613; *R. c. Pohoretsky*, [1987] 1 R.C.S. 945; *R. c. Dymnt*, [1988] 2 R.C.S. 417; *R. c. Simmons*, [1988] 2 R.C.S. 495; *SDGMR c. Dolphin Delivery Ltd.*, [1986] 2 R.C.S. 573; *Dagenais c. Société Radio-Canada*, [1994] 3 R.C.S. 835; *Hill c. Église de scientologie de Toronto*, [1995] 2 R.C.S. 1130; *R. c. Ross*, [1989] 1 R.C.S. 3; *R. c. Duguay*, [1989] 1 R.C.S. 93; *R. c. Bartle*, [1994] 3 R.C.S. 173; *R. c. Mellenthin*, [1992] 3 R.C.S. 615; *R. c. S. (R.J.)*, [1995] 1 R.C.S. 451; *R. c. Burlingham*, [1995] 2 R.C.S. 206.

Statutes and Regulations Cited

- Bill C-104, *Act to amend the Criminal Code and the Young Offenders Act (forensic DNA analysis)*, 1st Sess., 35th Parl., 1994-95.
- Canadian Charter of Rights and Freedoms*, ss. 7, 8, 10(b), 24(2).
- Constitution of the United States, Fifth Amendment.
- Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46, ss. 487.05 [ad. 1995, c. 27, s. 1], 487.06(1) [*idem*].
- Criminal Justice and Public Order Act 1994* (U.K.), 1994, c. 33, s. 35.
- Police and Criminal Evidence Act 1984* (U.K.), 1984, c. 60.
- Young Offenders Act*, R.S.C., 1985, c. Y-1, s. 56(2)(c), (d).

Authors Cited

- Archibald, Bruce P. "The Law of Arrest". In Vincent M. Del Buono, ed., *Criminal Procedure in Canada: Studies*. Toronto: Butterworths, 1982, 125.
- Béliveau, Pierre, Jacques Bellemare and Jean-Pierre Lussier. *On Criminal Procedure*. Montréal: Yvon Blais, 1982.
- Canada. Law Reform Commission. Report 25. *Obtaining Forensic Evidence*. Ottawa: The Commission, 1985.
- Canada. *House of Commons Debates*, vol. 133, No. 224, 1st Sess., 35th Parl., June 22, 1995, p. 14489.
- Chayko, G. M., E. D. Gulliver and D. V. Macdougall. *Forensic Evidence in Canada*. Aurora, Ont.: Canada Law Book, 1991.
- Cohen, Stanley A. "Search Incident to Arrest" (1989-90), 32 *Crim. L.Q.* 366.
- Herman, Lawrence. "The Unexplored Relationship Between the Privilege Against Compulsory Self-Incrimination and the Involuntary Confession Rule (Part I)" (1992), 53 *Ohio St. L.J.* 101.
- Hogg, Peter W. *Constitutional Law of Canada*, 3rd ed. Scarborough, Ont.: Carswell, 1992.
- LaFave, Wayne R. *Search and Seizure: A Treatise on the Fourth Amendment*, vol. 3, 3rd ed. St. Paul, Minn.: West Publishing Co., 1996.
- Mitchell, Gerard E. "The Supreme Court of Canada on the Exclusion of Evidence in Criminal Cases under Section 24 of the Charter" (1987-88), 30 *Crim. L.Q.* 165.
- Paciocco, David M. "Self-Incrimination: Removing the Coffin Nails" (1989), 35 *McGill L.J.* 73.
- Paciocco, David M. "The Judicial Repeal of s. 24(2) and the Development of the Canadian Exclusionary Rule" (1989-90), 32 *Crim. L.Q.* 326.

Lois et règlements cités

- Charte canadienne des droits et libertés*, art. 7, 8, 10(b), 24(2).
- Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 487.05 [aj. 1995, ch. 27, art. 1], 487.06(1) [*idem*].
- Constitution des États-Unis, Cinquième amendement.
- Criminal Justice and Public Order Act 1994* (R.-U.), 1994, ch. 33, art. 35.
- Loi sur les jeunes contrevenants*, L.R.C. (1985), ch. Y-1, art. 56(2)c), d).
- Police and Criminal Evidence Act 1984* (R.-U.), 1984, ch. 60.
- Projet de loi C-104, *Loi modifiant le Code criminel et la Loi sur les jeunes contrevenants (analyse génétique à des fins médico-légales)*, 1^{re} sess., 35^e lég., 1994-95.

Doctrine citée

- Archibald, Bruce P. «Le droit relatif à l'arrestation». Dans Vincent M. Del Buono, dir., *Procédure pénale au Canada*. Montréal: Wilson & Lafleur, 1983, 143.
- Béliveau, Pierre, Jacques Bellemare et Jean-Pierre Lussier. *Traité de procédure pénale*. Montréal: Yvon Blais, 1981.
- Canada. Commission de réforme du droit. Rapport 25. *Les techniques d'investigation policière et les droits de la personne*. Ottawa: La Commission, 1985.
- Canada. *Débats de la Chambre des communes*, vol. 133, n^o 224, 1^{re} sess., 35^e lég., 22 juin 1995, p. 14489.
- Chayko, G. M., E. D. Gulliver and D. V. Macdougall. *Forensic Evidence in Canada*. Aurora, Ont.: Canada Law Book, 1991.
- Cohen, Stanley A. «Search Incident to Arrest» (1989-90), 32 *Crim. L.Q.* 366.
- Herman, Lawrence. «The Unexplored Relationship Between the Privilege Against Compulsory Self-Incrimination and the Involuntary Confession Rule (Part I)» (1992), 53 *Ohio St. L.J.* 101.
- Hogg, Peter W. *Constitutional Law of Canada*, 3rd ed. Scarborough, Ont.: Carswell, 1992.
- LaFave, Wayne R. *Search and Seizure: A Treatise on the Fourth Amendment*, vol. 3, 3rd ed. St. Paul, Minn.: West Publishing Co., 1996.
- Mitchell, Gerard E. «The Supreme Court of Canada on the Exclusion of Evidence in Criminal Cases under Section 24 of the Charter» (1987-88), 30 *Crim. L.Q.* 165.
- Paciocco, David M. «Self-Incrimination: Removing the Coffin Nails» (1989), 35 *R.D. McGill* 73.
- Paciocco, David M. «The Judicial Repeal of s. 24(2) and the Development of the Canadian Exclusionary Rule» (1989-90), 32 *Crim. L.Q.* 326.

Salhany, Roger E. *Canadian Criminal Procedure*, 6th ed. Aurora, Ont.: Canada Law Book, 1994 (loose-leaf updated February 1996, release No. 4).

Salhany, Roger E. *The Police Manual of Arrest, Seizure & Interrogation*, 6th ed. Scarborough, Ont.: Carswell, 1994.

Stuart, Don. "Burlingham and Silveira: New Charter Standards to Control Police Manipulation and Exclusion of Evidence" (1995), 38 C.R. (4th) 386.

Stuart, Don. "Questioning the Discoverability Doctrine in Section 24(2) Rulings" (1996), 48 C.R. (4th) 351.

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 New Brunswick Court of Appeal (1995), 159 N.B.R. (2d) 321, 409 A.P.R. 321, 97 C.C.C. (3d) 164, dismissing the accused's appeal from his conviction for first degree murder. Appeal allowed and new trial ordered, L'Heureux-Dubé, Gonthier and McLachlin JJ. dissenting.

J. C. Marc Richard and Christa A. Bourque, for the appellant.

Graham J. Sleeth, Q.C., and *John J. Walsh*, for the respondent.

S. R. Fainstein, Q.C., and *George Dolhai*, for the intervener the Attorney General of Canada.

Renee M. Pomerance, for the intervener the Attorney General for Ontario.

Jacques Gauvin, for the intervener the Attorney General of Quebec.

William D. Delaney, for the intervener the Attorney General of Nova Scotia.

William F. Ehrcke, for the intervener the Attorney General of British Columbia.

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

Jack Watson, Q.C., for the intervener the Attorney General for Alberta.

Salhany, Roger E. *Canadian Criminal Procedure*, 6th ed. Aurora, Ont.: Canada Law Book, 1994 (loose-leaf updated February 1996, release No. 4).

Salhany, Roger E. *The Police Manual of Arrest, Seizure & Interrogation*, 6th ed. Scarborough, Ont.: Carswell, 1994.

Stuart, Don. «Burlingham and Silveira: New Charter Standards to Control Police Manipulation and Exclusion of Evidence» (1995), 38 C.R. (4th) 386.

Stuart, Don. «Questioning the Discoverability Doctrine in Section 24(2) Rulings» (1996), 48 C.R. (4th) 351.

Wigmore, John Henry. *Evidence in Trials at Common Law*, vol. 8. Revised by John T. McNaughton. Boston: Little, Brown & Co., 1961.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel du Nouveau-Brunswick (1995), 159 R.N.-B. (2^e) 321, 409 A.P.R. 321, 97 C.C.C. (3d) 164, qui a rejeté l'appel interjeté par l'accusé contre sa déclaration de culpabilité de meurtre au premier degré. Pourvoi accueilli et nouveau procès ordonné, les juges L'Heureux-Dubé, Gonthier et McLachlin sont dissidents.

J. C. Marc Richard et Christa A. Bourque, pour l'appelant.

Graham J. Sleeth, c.r., et *John J. Walsh*, pour l'intimée.

S. R. Fainstein, c.r., et *George Dolhai*, pour l'intervenant le procureur général du Canada.

Renee M. Pomerance, pour l'intervenant le procureur général de l'Ontario.

Jacques Gauvin, pour l'intervenant le procureur général du Québec.

William D. Delaney, pour l'intervenant le procureur général de la Nouvelle-Écosse.

William F. Ehrcke, pour l'intervenant le procureur général de la Colombie-Britannique.

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

Jack Watson, c.r., pour l'intervenant le procureur général de l'Alberta.

Michael Code, for the intervener the Law Union of Ontario.

Kent Roach, for the intervener the Canadian Civil Liberties Association.

Scott K. Fenton, for the intervener the Criminal Lawyers' Association (Ontario).

Guy Courmoyer, for the intervener the Association québécoise des avocats et avocates de la défense.

The judgment of Lamer C.J. and La Forest, Sopinka, Cory and Iacobucci JJ. was delivered by

Michael Code, pour l'intervenante Law Union of Ontario.

Kent Roach, pour l'intervenante l'Association canadienne des libertés civiles.

Scott K. Fenton, pour l'intervenante Criminal Lawyers' Association (Ontario).

Guy Courmoyer, pour l'intervenante l'Association québécoise des avocats et avocates de la défense.

Version française du jugement du juge en chef Lamer et des juges La Forest, Sopinka, Cory et Iacobucci rendu par

CORY J. — On this appeal there are two major issues which must be considered. First, what should be the scope and the appropriate limits of the common law power to search which is incidental to an arrest? Second, in what circumstances should evidence obtained as a result of a breach of a *Charter* right be ruled inadmissible on the grounds that its admission would render the trial unfair?

I. Factual Background

On the evening of April 12, 1991, a group of seven teenagers gathered in the Oromocto area, in New Brunswick. They walked to a camp in the woods where they drank beer and wine and shared some LSD. Between 8:00 p.m. and 8:30 p.m. the 17-year-old appellant, William Stillman, and the 14-year-old victim, Pamela Bischoff, left the group. When he arrived at his home between 11:45 p.m. and midnight, the appellant was obviously cold, shaken and wet from the upper thighs down. He was cut above one eye, and had mud and grass on his pants. The explanation he gave for his condition was that he had been in a fight with five Indians. This explanation, as well as his account of where he had last seen the victim, varied over time.

LE JUGE CORY — Deux questions importantes doivent être examinées en l'espèce. Premièrement, quelles devraient être l'étendue et les limites du pouvoir de common law de procéder à une fouille accessoire à une arrestation? Deuxièmement, dans quelles circonstances un élément de preuve obtenu à la suite d'une violation d'un droit garanti par la *Charte canadienne des droits et libertés* devrait-il être jugé inadmissible pour le motif que son utilisation rendrait le procès inéquitable?

I. Les faits

Pendant la soirée du 12 avril 1991, sept adolescents se sont réunis dans la région d'Oromocto (Nouveau-Brunswick). Ils ont marché jusqu'à un chalet dans le bois, où ils ont bu de la bière et du vin et partagé du LSD. Entre 20 h et 20 h 30, l'appelant, William Stillman, âgé de 17 ans, et la victime, Pamela Bischoff, âgée de 14 ans, ont quitté le groupe. Lorsque l'appelant est arrivé chez lui entre 23 h 45 et minuit, il avait manifestement froid et était ébranlé et trempé à partir du haut des cuisses jusqu'aux pieds. Il avait une coupure au-dessus d'un œil, et de la boue et de l'herbe sur son pantalon. Il a expliqué son état en disant qu'il s'était bagarré avec cinq Indiens. Cette explication de même que sa description de l'endroit où il avait vu la victime pour la dernière fois ont varié avec le temps.

The victim's body was found six days later in the Oromocto River next to a bridge some 300 to 400 metres from where she had last been seen by the group. An expert placed the time of death between 10:30 p.m. and 11:30 p.m. on April 12, 1991. A motorist and his passenger saw Pamela on the bridge with a male companion around 10:15 p.m. Between 11:45 p.m. and midnight, another motorist positively identified the appellant, walking on a public road that led to the bridge. Mud was observed on the appellant's pants from above the knees down to his feet.

The autopsy revealed that the cause of death was not drowning but rather a wound or wounds to the head. Semen was found in the victim's vagina and a human bite mark had been left on her abdomen.

On April 19, 1991, the appellant was arrested for the murder of Pamela Bischoff. At the time of the arrest, the appellant retained counsel. He was transported to the RCMP headquarters in Fredericton where he was met by his lawyers. The police indicated that they wished to take hair samples and teeth impressions and to question the appellant. After spending over two hours with the appellant, the two lawyers gave a letter to the police which read as follows:

This is to confirm that Bryan Whittaker and I are representing the above young person who we understand has been arrested for murder.

This is to confirm that we have advised this young person that he is not to consent to provide any bodily samples whatsoever including hair and or teeth imprints to you or anybody else.

This is also to confirm that he has been advised not to give any statements to you or anyone else concerning your investigation into the death of Pam Bischoff. He is not to talk to you at all without one of the undersigned being present.

Notwithstanding this statement of intention, once the lawyers left, the RCMP took bodily sam-

3
Le corps de la victime a été découvert six jours plus tard dans la rivière Oromocto, près d'un pont, à quelque 300 ou 400 mètres de l'endroit où elle avait été vue pour la dernière fois par le groupe. Un expert a déterminé que le décès était survenu entre 22 h 30 et 23 h 30, le 12 avril 1991. Un automobiliste et son passager avaient aperçu Pamela sur le pont, avec un compagnon, vers 22 h 15. Un autre automobiliste a affirmé avec certitude avoir vu l'appelant marcher sur un chemin menant au pont, entre 23 h 45 et minuit. Il avait remarqué la présence de boue sur le pantalon de l'appelant, à partir du haut des genoux jusqu'aux pieds.

4
L'autopsie a révélé que la cause du décès était non pas la noyade, mais plutôt une ou des blessures à la tête. Du sperme a été trouvé dans le vagin de la victime, dont l'abdomen portait la marque d'une morsure humaine.

5
Le 19 avril 1991, l'appelant a été arrêté pour le meurtre de Pamela Bischoff. Au moment de son arrestation, il a eu recours à l'assistance d'avocats. Il a été emmené au quartier général de la GRC à Fredericton, où ses avocats l'ont rencontré. La police a fait savoir qu'elle désirait obtenir des échantillons de cheveux et de poils de l'appelant, ainsi que des empreintes de sa dentition, et qu'elle voulait l'interroger. Après avoir passé plus de deux heures avec l'appelant, les deux avocats ont remis la lettre suivante à la police:

[TRADUCTION] La présente confirme que Bryan Whittaker et moi-même représentons l'adolescent sus-nommé qui, si nous comprenons bien, a été arrêté pour meurtre.

La présente confirme que nous avons conseillé à cet adolescent de refuser de fournir, à vous ou à quelque autre personne, quelque échantillon de substance corporelle que ce soit, comme des cheveux et des poils, ou des empreintes dentaires.

La présente confirme également que nous lui avons conseillé de ne faire aucune déclaration, à vous ou à quelque autre personne, concernant votre enquête sur le décès de Pam Bischoff. Il ne devra vous adresser la parole qu'en présence de l'un des soussignés.

6
Malgré cette déclaration d'intention, une fois les avocats partis, la GRC a prélevé des échantillons

ples from the appellant, under threat of force. A sergeant took scalp hair samples by passing a gloved hand through the appellant's hair, as well as by combing, clipping and plucking hairs. The appellant was made to pull some of his own pubic hair. Plasticine teeth impressions were then taken.

7 Then, in the absence of the appellant's parents or his lawyers, a constable interviewed the appellant for an hour in an attempt to obtain a statement. Although the appellant did not say anything, he sobbed throughout the interview. The appellant asked to speak to his lawyer, at which point the interview ended and he was permitted to make the telephone call. While waiting for his lawyer to arrive, the appellant asked to use the washroom. Escorted by the constable, he did so. As the appellant was leaving the washroom, he used a tissue to blow his nose and threw the tissue in the waste bin. The tissue containing mucous was seized by the constable and subsequently used for DNA testing.

8 When the appellant's lawyer arrived at the headquarters he objected to the actions taken by the RCMP with respect to the appellant. Yet, after the lawyer left, the sergeant brought the appellant into an interview room and, once again, attempted to obtain a statement. The police thought that they had enough evidence to charge the appellant, but the Crown's office disagreed. Accordingly, five days after the arrest, the appellant was released without being charged.

9 Several months later, after they had received the DNA and odontology analysis, the RCMP again arrested the appellant. This action was taken in part in order to obtain better impressions of the appellant's teeth. A dentist attended at the RCMP detachment for that purpose and, without the appellant's consent, took impressions of his teeth, in a procedure which took two hours. More hair was taken from the appellant, as well as a saliva sample and buccal swabs.

de substances corporelles de l'appelant après avoir menacé de recourir à la force. Un sergent a prélevé des échantillons de cheveux en passant sa main gantée dans les cheveux de l'appelant, de même qu'en les peignant, en en coupant et en en arrachant. L'appelant a été forcé de s'arracher des poils pubiens. Des empreintes à la plasticine ont été prises de sa dentition.

Puis, en l'absence des parents de l'appelant ou de ses avocats, un policier l'a interrogé pendant une heure dans le but d'obtenir une déclaration. Bien que l'appelant n'ait rien dit, il a sangloté pendant tout l'interrogatoire. Il a demandé à parler à son avocat et, à ce moment, l'interrogatoire a pris fin et on lui a permis de lui téléphoner. En attendant l'arrivée de son avocat, l'appelant a demandé à aller aux toilettes, ce qu'il a fait escorté du policier. À sa sortie des toilettes, l'appelant a utilisé un papier-mouchoir pour se moucher et l'a jeté dans la poubelle. Le policier a saisi le papier-mouchoir contenant des mucosités qui, par la suite, a été utilisé pour effectuer une analyse d'empreintes génétiques.

Lorsque l'avocat de l'appelant est arrivé au quartier général, il s'est élevé contre les mesures prises par la GRC à l'égard de l'appelant. Pourtant, une fois l'avocat parti, le sergent a emmené l'appelant dans une salle d'interrogatoire et a tenté, une fois de plus, d'obtenir une déclaration. La police estimait détenir suffisamment d'éléments de preuve pour porter des accusations contre l'appelant, mais le bureau du ministère public n'était pas de cet avis. Par conséquent, cinq jours après son arrestation, l'appelant a été remis en liberté sans qu'aucune accusation ne soit portée contre lui.

Plusieurs mois plus tard, après avoir reçu les résultats de l'analyse des empreintes génétiques et dentaires, la GRC a de nouveau arrêté l'appelant, en partie afin d'obtenir de meilleures empreintes de sa dentition. Un dentiste s'est présenté à cette fin au détachement de la GRC et a, pendant deux heures, procédé à la prise d'empreintes de la dentition de l'appelant, sans le consentement de ce dernier. D'autres cheveux et poils de l'appelant ont été prélevés, de même qu'un échantillon de salive, et des prélèvements ont été faits dans sa bouche.

In mid-February 1993 a *voir dire* was held to determine the admissibility of certain evidence: [1993] N.B.J. No. 625 (Q.B.). The trial judge found that the hair samples, teeth impressions and buccal swabs had been obtained in a manner which violated the appellant's *Charter* rights, but that the evidence should be admitted. He found that the tissue containing mucous had not been obtained in a manner which violated the appellant's *Charter* rights.

The appellant was convicted, by a jury, of first degree murder and sentenced to life imprisonment with no eligibility for parole for eight years. The majority of the Court of Appeal of New Brunswick dismissed the appeal but Rice J.A. dissenting, would have allowed the appeal and ordered a new trial, on the ground that the evidence should have been excluded pursuant to s. 24(2) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*: (1995), 159 N.B.R. (2d) 321, 409 A.P.R. 321, 97 C.C.C. (3d) 164. The appellant now appeals as of right to this Court.

II. Decisions Below

A. *Court of Queen's Bench of New Brunswick (voir dire)*

The trial judge found that the bodily samples, which were taken as soon as possible, were seized as part of the search which was a necessary incident to the arrest. The preliminary findings from the autopsy required further investigation. As a result, Russell J. found that there were reasonable grounds for the police to arrest the appellant, as well as reasonable grounds to demand pulled hair and to take dental impressions as quickly as possible in order to resolve the questions raised by the autopsy. He felt that "seizures undertaken following arrest" ranged across a spectrum from extracting blood or pumping a stomach at one end to a simple hair seizure at the other, and that at some point a particular type of seizure could

À la mi-février 1993, un *voir-dire* a été tenu pour déterminer l'admissibilité de certains éléments de preuve: [1993] A.N.-B. n° 625 (B.R.). Le juge du procès a conclu que les échantillons de cheveux et de poils, les empreintes dentaires et les prélèvements faits dans la bouche avaient été obtenus dans des conditions qui violaient les droits garantis à l'appelant par la *Charte*, mais qu'il y avait lieu néanmoins d'admettre en preuve ces éléments. Il a décidé que le papier-mouchoir contenant les mucosités n'avait pas été obtenu dans des conditions qui violaient les droits garantis à l'appelant par la *Charte*.

Un jury a déclaré l'appelant coupable de meurtre au premier degré et l'a condamné à l'emprisonnement à perpétuité sans possibilité de bénéficier de la libération conditionnelle avant huit ans. La Cour d'appel du Nouveau-Brunswick a rejeté l'appel à la majorité, mais le juge Rice, dissident, l'aurait accueilli et aurait ordonné un nouveau procès pour le motif que la preuve aurait dû être écartée conformément au par. 24(2) de la *Charte*: (1995), 159 R.N.-B. (2^e) 321, 409 A.P.R. 321, 97 C.C.C. (3d) 164. L'appelant se pourvoit maintenant de plein droit devant notre Cour.

II. Les juridictions inférieures

A. *La Cour du Banc de la Reine du Nouveau-Brunswick (voir-dire)*

Le juge du procès a conclu que les échantillons de substances corporelles, qui ont été prélevés dès que possible, ont été saisis dans le cadre de la fouille qui était nécessairement accessoire à l'arrestation. Les résultats préliminaires de l'autopsie ont nécessité la tenue d'une enquête plus poussée. Le juge Russell a conclu que la police avait, par conséquent, des motifs raisonnables d'arrêter l'appelant, ainsi que d'exiger le prélèvement de cheveux et de poils et la prise d'empreintes dentaires le plus rapidement possible afin de répondre aux questions soulevées par l'autopsie. Il a estimé que la gamme des [TRADUCTION] «saisies effectuées à la suite d'une arrestation» allait du simple prélèvement de cheveux à la prise de sang ou à l'aspiration gastrique, et que, à un certain point, un type particulier de saisie pouvait devenir répugnant.

10

11

12

become repugnant. Wherever the cutoff line might be he found that it was not crossed here.

Mais quelle que soit la limite, il a conclu qu'elle n'avait pas été franchie en l'espèce.

13 He considered the letter cautioning the police not to take samples from the accused and found that the appellant's participation was non-consensual. Since the samples were taken against his will, and there was no statutory or other authorization which permitted the police to take the samples, he concluded that the seizures violated the appellant's right to be free from unreasonable search and seizure.

Le juge du procès a examiné la lettre avertissant la police de ne pas prélever des échantillons auprès de l'appelant et a conclu que la participation de ce dernier n'avait pas été consensuelle. Étant donné que les échantillons avaient été prélevés contre le gré de l'appelant, et que la police n'avait aucune autorisation légale ou autre de prélever les échantillons, il a conclu que les saisies avaient violé le droit de l'appelant à la protection contre les fouilles, les perquisitions et les saisies abusives.

14 The trial judge then considered the criteria set out in *R. v. Collins*, [1987] 1 S.C.R. 265. He held that: the bodily samples were real evidence which existed independently of the *Charter* breach; the police had a right to seize samples from the appellant as incident to the arrest; the infringement was as minor as possible; and that the police had acted in good faith. The trial judge was satisfied that the appellant would not be deprived of a fair trial if the evidence were to be admitted. He was also of the view that to admit the seized samples, photographs and impressions would not operate so as to condone unacceptable investigatory conduct and that the refusal to admit the evidence flowing from the seizures would bring the administration of justice into greater disrepute than its admission.

Le juge du procès a ensuite examiné le critère dégagé dans l'arrêt *R. c. Collins*, [1987] 1 R.C.S. 265. Il a statué que les échantillons de substances corporelles constituaient une preuve matérielle qui existait indépendamment de la violation de la *Charte*, que la police avait le droit de saisir des échantillons auprès de l'appelant parce que cette mesure était accessoire à l'arrestation, que l'atteinte portée était aussi mineure que possible, et que la police avait agi de bonne foi. Le juge du procès était convaincu que l'appelant ne serait pas privé d'un procès équitable si les éléments de preuve étaient admis. Il était aussi d'avis que l'admission en preuve des échantillons, des photographies et des empreintes saisis ne reviendrait pas à tolérer une conduite inacceptable en matière d'enquête, et que le refus d'utiliser les éléments de preuve découlant des saisies aurait pour effet de déconsidérer davantage l'administration de la justice que leur utilisation.

15 With respect to the seizure of the tissue from the garbage, Russell J. found that the appellant had abandoned the tissue and ceased to have a reasonable expectation of privacy in it. There did not exist a sufficient nexus between the questioning of the appellant and the disposal of the tissue to conclude that its seizure violated the appellant's s. 8 *Charter* right, particularly since it was an incidental occurrence. Russell J. concluded that the tissue was properly taken and that the evidence flowing from that seizure would be admitted.

Quant à la saisie du papier-mouchoir dans la poubelle, le juge Russell a conclu que l'appelant avait abandonné ce papier-mouchoir et qu'il avait cessé d'avoir une attente raisonnable en matière de vie privée à son sujet. Il n'y avait pas de lien suffisant entre l'interrogatoire de l'appelant et la mise au rebut du papier-mouchoir pour conclure que sa saisie violait le droit garanti à l'appelant par l'art. 8 de la *Charte*, étant donné en plus qu'il s'agissait d'un fait accessoire. Le juge Russell a décidé que le papier-mouchoir avait été régulièrement obtenu et que la preuve découlant de cette saisie serait admise.

B. *Court of Appeal of New Brunswick*(1) per Hoyt C.J.N.B. (Ayles J.A. concurring)

On the issue of the discarded tissue, Hoyt C.J.N.B. agreed with the trial judge that no *Charter* right had been violated by its seizure. He held that when the appellant voluntarily discarded the tissue, which was not being sought by the police, he ceased to have any privacy right in it. As a result no *Charter* right was violated and s. 24(2) of the *Charter* did not come into play.

With respect to the other items, Hoyt C.J.N.B. agreed with the trial judge that the appellant's s. 8 *Charter* right was violated. He also agreed that the evidence was properly admitted despite the violation. Hoyt C.J.N.B. found that the trial judge had duly reviewed the second group of factors, including the police conduct, and considered to what extent the admission of evidence would condone unacceptable police behaviour. While the appellant did not consent to providing samples, the police took the samples in a manner which constituted a minimal affront to the appellant's dignity. No force had been used and there was no resistance from the appellant. Hoyt C.J.N.B. held that counsel's letter to the police requesting them not to take samples cannot be determinative, as the police cannot be required to curtail a criminal investigation by such a letter. In his view, the trial judge had properly taken into account the letter and the seriousness of the charge against the appellant in arriving at his decision to admit the evidence.

The majority of the Court of Appeal found that the trial judge had not made an error as to the applicable principles or rules of law. Accordingly, it would be inappropriate for the court to undertake an independent analysis with respect to the application of s. 24(2) of the *Charter*.

B. *La Cour d'appel du Nouveau-Brunswick*(1) le juge en chef Hoyt (à l'avis duquel a souscrit le juge Ayles)

En ce qui concerne la question du papier-mouchoir jeté, le juge en chef Hoyt était d'accord avec le juge du procès pour dire que la saisie de cet objet n'avait violé aucun droit garanti par la *Charte*. Il a conclu que, lorsque l'appelant s'était volontairement défait du papier-mouchoir que la police ne cherchait pas à obtenir, il avait cessé d'avoir un droit à la vie privée à son sujet. Par conséquent, aucun droit garanti par la *Charte* n'avait été violé et le par. 24(2) de la *Charte* n'entraînait pas en jeu.

Quant aux autres objets, le juge en chef Hoyt était d'accord avec le juge du procès pour dire qu'il y avait eu violation du droit garanti à l'appelant par l'art. 8 de la *Charte*. Il convenait également que les éléments de preuve avaient été régulièrement admis malgré cette violation. Le juge en chef Hoyt a statué que le juge du procès avait dûment examiné le deuxième groupe de facteurs, dont la conduite de la police, en se demandant jusqu'à quel point l'utilisation des éléments de preuve reviendrait à tolérer une conduite policière inacceptable. Bien que l'appelant n'ait pas consenti à fournir des échantillons, la police les a obtenus d'une façon qui constituait une atteinte minimale à sa dignité. Il n'y avait eu aucun recours à la force et l'appelant n'avait pas résisté. Le juge en chef Hoyt a conclu que la lettre dans laquelle les avocats avaient demandé aux policiers de ne pas prélever d'échantillons ne saurait être déterminante, car on ne peut pas, au moyen d'une telle lettre, obliger la police à restreindre une enquête criminelle. D'après lui, le juge du procès avait régulièrement tenu compte de la lettre et de la gravité de l'accusation portée contre l'appelant dans sa décision d'admettre la preuve en question.

La Cour d'appel à la majorité a conclu que le juge du procès n'avait pas commis d'erreur quant aux principes ou aux règles de droit applicables. Il n'était donc pas approprié que la cour procède à une analyse indépendante concernant l'application du par. 24(2) de la *Charte*.

16

17

18

(2) *per Rice J.A. (dissenting)*(2) *le juge Rice (dissident)*

19 Rice J.A. held that the trial judge had erred in his application of the jurisprudence pertaining to the permissible scope of a search and seizure that was incidental to an arrest. He agreed with the trial judge that the appellant's *Charter* rights had been breached, but he did so for different reasons. Rice J.A. noted that a search incidental to an arrest was a discretionary power to be used for disarming a suspect or gathering evidence which might otherwise be lost. In this case there was a total absence of exigent circumstances to substantiate the exercise of the "powers incidental to an arrest". This common law power does not empower the state to gather evidence by taking parts of the accused's body or by taking dental impressions.

Le juge Rice a conclu que le juge du procès avait commis une erreur en appliquant la jurisprudence relative à l'étendue permise d'une fouille ou perquisition et d'une saisie accessoires à une arrestation. Il a convenu avec le juge du procès, quoique pour des motifs différents, qu'il y avait eu violation des droits garantis à l'appelant par la *Charte*. Le juge Rice a fait remarquer qu'une fouille accessoire à une arrestation représentait un pouvoir discrétionnaire qui devait être exercé pour désarmer un suspect ou pour recueillir des éléments de preuve qui, autrement, pourraient être perdus. En l'espèce, il n'y avait absolument aucune situation d'urgence qui puisse justifier l'exercice des «pouvoirs accessoires à l'arrestation». Ce pouvoir de common law n'habilite pas l'État à recueillir des éléments de preuve en prélevant des parties du corps de l'accusé ou en prenant des empreintes dentaires.

20 Where neither legislative nor common law authority exists for a search and seizure, it is generally ruled to be illegal and *prima facie* unreasonable and contrary to the *Charter*. Given the absence of authorization in this case, the interference with the appellant's body constituted a flagrant violation of his privacy and human dignity.

Lorsqu'une fouille ou perquisition et une saisie ne sont pas autorisées par la loi ou par la common law, elles sont généralement jugées illégales et à première vue abusives et contraires à la *Charte*. Étant donné l'absence d'autorisation en l'espèce, l'atteinte au corps de l'appelant constituait une violation flagrante de sa vie privée et de sa dignité.

21 Rice J.A. also found the seizure of the tissue to be in breach of the appellant's *Charter* rights. The appellant had clearly refused to give the police any bodily specimens. This surreptitious appropriation of samples while the appellant was in the control of the state constituted a breach of the *Charter*. The circumstances presented in this case should be contrasted with those situations in which an accused parted with specimens while not under the control of the state and in circumstances where he had not explicitly refused to provide the samples.

Le juge Rice a aussi décidé que la saisie du papier-mouchoir violait les droits garantis à l'appelant par la *Charte*. L'appelant avait clairement refusé de donner à la police des échantillons de substances corporelles. Cette appropriation subreptice d'échantillons au moment où l'appelant était sous le contrôle de l'État constituait une violation de la *Charte*. Les circonstances de la présente affaire devraient être mises en contraste avec celles où l'accusé se départit d'échantillons alors qu'il n'est pas sous le contrôle de l'État et qu'il n'a pas explicitement refusé de les fournir.

22 Rice J.A. concluded that to admit the evidence would bring the administration of justice into disrepute: the *Charter* violation was serious; the authorities utterly disregarded the decision in *R. v. Legere* (1988), 89 N.B.R. (2d) 361 (C.A.), which held that plucking a person's hair without his con-

Le juge Rice a conclu que l'utilisation des éléments de preuve déconsidérerait l'administration de la justice: la violation de la *Charte* était grave, les autorités n'ont tenu absolument aucun compte de l'arrêt *R. c. Legere* (1988), 89 R.N.-B. (2^e) 361 (C.A.), où il a été statué qu'arracher les cheveux

sent constituted a breach of ss. 7 and 8 of the *Charter*; the violations resulted in the appellant incriminating himself; at least part of the evidence could have been obtained in some other way; and the evidence was gathered through the stealthy use of the act of arrest.

III. Relevant 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.

8. Everyone has the right to be secure against unreasonable search or seizure.

24. . . .

(2) Where, in proceedings under subsection (1), a court concludes that evidence was obtained in a manner that infringed or denied any rights or freedoms guaranteed by this Charter, the evidence shall be excluded if it is established that, having regard to all the circumstances, the admission of it in the proceedings would bring the administration of justice into disrepute.

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

487.05 (1) A provincial court judge who on *ex parte* application is satisfied by information on oath that there are reasonable grounds to believe

- (a) that a designated offence has been committed,
- (b) that a bodily substance has been found
 - (i) at the place where the offence was committed,
 - (ii) on or within the body of the victim of the offence,
 - (iii) on anything worn or carried by the victim at the time when the offence was committed, or
 - (iv) on or within the body of any person or thing or at any place associated with the commission of the offence,

d'une personne sans son consentement constitue une violation des art. 7 et 8 de la *Charte*, les violations ont amené l'appelant à s'incriminer lui-même, au moins une partie de la preuve aurait pu être obtenue d'une autre façon, et on s'est discrètement servi de l'arrestation pour recueillir les éléments de preuve.

III. Les dispositions législatives 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.

8. Chacun a droit à la protection contre les fouilles, les perquisitions ou les saisies abusives.

24. . . .

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

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

487.05 (1) Sur demande *ex parte*, un juge de la cour provinciale peut décerner un mandat écrit autorisant un agent de la paix à procéder ou faire procéder sous son autorité au prélèvement d'un échantillon d'une substance corporelle d'une personne pour analyse génétique, s'il est convaincu, à la suite d'une dénonciation faite sous serment, que la délivrance du mandat servirait au mieux l'administration de la justice et qu'il existe des motifs raisonnables de croire:

- a) qu'une infraction désignée a été perpétrée;
- b) qu'une substance corporelle a été trouvée:
 - (i) sur le lieu de l'infraction,
 - (ii) sur la victime ou à l'intérieur du corps de celle-ci,
 - (iii) sur ce qu'elle portait ou transportait lors de la perpétration de l'infraction,
 - (iv) sur une personne ou à l'intérieur du corps d'une personne, sur une chose ou à l'intérieur d'une chose ou en des lieux, liés à la perpétration de l'infraction;

- (c) that a person was a party to the offence, and
 (d) that forensic DNA analysis of a bodily substance from the person will provide evidence about whether the bodily substance referred to in paragraph (b) was from that person

and who is satisfied that it is in the best interests of the administration of justice to do so may issue a warrant in writing authorizing a peace officer to obtain, or cause to be obtained under the direction of the peace officer, a bodily substance from that person, by means of an investigative procedure described in subsection 487.06(1), for the purpose of forensic DNA analysis.

Young Offenders Act, R.S.C., 1985, c. Y-1

56. . . .

(2) No oral or written statement given by a young person to a peace officer or other person who is, in law, a person in authority is admissible against the young person unless

- (c) the young person has, before the statement was made, been given a reasonable opportunity to consult with counsel or a parent, or in the absence of a parent, an adult relative, or in the absence of a parent and an adult relative, any other appropriate adult chosen by the young person; and
 (d) where the young person consults any person pursuant to paragraph (c), the young person has been given a reasonable opportunity to make the statement in the presence of that person.

IV. Issues on Appeal

The issues are as follows:

1. Did the majority of the Court of Appeal of New Brunswick err in law in holding that the search by way of teeth impressions, hair samples and buccal swabs, but not the seizure of the discarded tissue, infringed the appellant's rights as guaranteed by the *Charter*?
2. Did the majority of the Court of Appeal of New Brunswick err in holding that the

- c) que la personne a participé à l'infraction;
 d) que l'analyse génétique de la substance corporelle prélevée apportera des preuves selon lesquelles la substance corporelle visée à l'alinéa b) provient ou non de cette personne.

Loi sur les jeunes contrevenants, L.R.C. (1985), ch. Y-1

56. . . .

(2) La déclaration orale ou écrite faite par un adolescent à un agent de la paix ou à toute autre personne en autorité d'après la loi, n'est pas admissible en preuve contre l'adolescent, sauf si les conditions suivantes sont remplies:

- c) l'adolescent s'est vu donner, avant de faire la déclaration, la possibilité de consulter soit son avocat soit son père ou sa mère, soit, en l'absence du père ou de la mère, un parent adulte, soit, en l'absence du père ou de la mère et du parent adulte, tout autre adulte idoine qu'il aura choisi;
 d) l'adolescent s'est vu donner, au cas où il a consulté une personne conformément à l'alinéa c), la possibilité de faire sa déclaration en présence de cette personne.

IV. Les questions soulevées par le présent pourvoi

Les questions soulevées sont les suivantes:

1. Les juges majoritaires de la Cour d'appel du Nouveau-Brunswick ont-ils commis une erreur de droit en statuant que la fouille effectuée au moyen d'empreintes dentaires, d'échantillons de cheveux et de poils et de prélèvements dans la bouche, mais non la saisie du papier-mouchoir jeté, portait atteinte aux droits garantis à l'appelant par la *Charte*?
2. Les juges majoritaires de la Cour d'appel du Nouveau-Brunswick ont-ils commis une

evidence obtained in a manner which infringed the appellant's rights and freedoms should not be excluded pursuant to s. 24(2) of the *Charter*?

V. Analysis

A. *Was any of the Impugned Evidence Obtained in a Manner that Infringed or Denied the Appellant's Charter Rights?*

(1) The Hair Samples, Teeth Impressions and Buccal Swabs

(a) *Did the Taking of the Hair Samples, Teeth Impressions and Buccal Swabs Contravene Section 8 of the Charter?*

There are three requirements which must be met if a search is to be found reasonable: (a) it must be authorized by law; (b) the law itself must be reasonable; and (c) the manner in which the search was carried out must be reasonable: see *Collins*, *supra*, at p. 278. An appropriate starting point, therefore, is to determine whether there existed either a statutory or common law power that authorized the police to search and seize the appellant's scalp hairs and pubic hairs or to take dental impressions or buccal swabs.

At the time that this seizure occurred in 1991, the *Criminal Code* only provided a procedure for obtaining a warrant to search a "building, receptacle or place". It did not authorize the search of a person, nor the seizure of parts of the body. It is only with the recent addition of s. 487.05 that this limitation has been removed to the extent of its provisions. Therefore, the taking of hair and teeth samples was conducted without statutory authority. The respondent can justify these searches only by demonstrating that they were authorized by a common law power or that the appellant had no reasonable expectation of privacy in the things seized. To this end, the respondent asserts that the hair samples and teeth impressions were seized

erreur en statuant que les éléments de preuve obtenus dans des conditions qui portaient atteinte aux droits et libertés de l'appelant ne devraient pas être écartés conformément au par. 24(2) de la *Charte*?

V. Analyse

A. *L'un ou l'autre des éléments de preuve contestés a-t-il été obtenu dans des conditions qui portaient atteinte aux droits garantis à l'appelant par la Charte?*

(1) Les échantillons de cheveux et de poils, les empreintes dentaires et les prélèvements faits dans la bouche

a) *Le prélèvement d'échantillons de cheveux et de poils, la prise d'empreintes dentaires et les prélèvements faits dans la bouche contrevenaient-ils à l'art. 8 de la Charte?*

Trois conditions doivent être remplies pour qu'une fouille ne soit pas abusive: a) elle doit être autorisée par la loi, b) la loi elle-même ne doit pas être abusive, et c) la fouille ne doit pas avoir été effectuée d'une manière abusive: voir *Collins*, précité, à la p. 278. Il convient donc de commencer par déterminer s'il existait un pouvoir conféré par la loi ou par la common law qui autorisait la police à fouiller l'appelant et à saisir de ses cheveux et de ses poils pubiens, à prendre ses empreintes dentaires ou à faire des prélèvements dans sa bouche.

Au moment où la saisie a été effectuée en 1991, le *Code criminel* ne prescrivait qu'une procédure d'obtention d'un mandat permettant de perquisitionner dans un «bâtiment, contenant ou lieu». Il n'autorisait pas la fouille d'une personne ni la saisie de parties du corps d'une personne. Ce n'est que depuis l'ajout récent de l'art. 487.05 que cette restriction a été supprimée dans la mesure prévue par les dispositions de cet article. Par conséquent, le prélèvement d'échantillons de cheveux et de poils et la prise d'empreintes dentaires ont été effectués sans autorisation légale. L'intimée ne peut justifier ces fouilles qu'en démontrant qu'elles étaient autorisées en vertu d'un pouvoir conféré par la common law, ou que l'appelant

pursuant to the common law power of search incident to a lawful arrest.

(i) The Common Law Power of Search Incident to a Lawful Arrest

27

Three conditions must be satisfied in order for a search to be validly undertaken pursuant to the common law power of search incident to a lawful arrest. First, the arrest must be lawful. No search, no matter how reasonable, may be upheld under this common law power where the arrest which gave rise to it was arbitrary or otherwise unlawful. Second, the search must have been conducted as an "incident" to the lawful arrest. To these almost self-evident conditions must be added a third, which applies to all searches undertaken by police: the manner in which the search is carried out must be reasonable. Were all three criteria satisfied in this instance?

Was the Arrest Lawful?

28

For the arrest to have been lawful, the police officers must have subjectively believed that there were reasonable and probable grounds on which to arrest the appellant. As well, those grounds must have been reasonable and probable when viewed objectively. However, the standard is not so high as to require the police to establish a *prima facie* case for a conviction before making the arrest: see *R. v. Storrey*, [1990] 1 S.C.R. 241.

29

During the *voir dire*, the officers admitted that, at the time of the appellant's arrest, they did not have enough evidence to charge him with murder. They thought his bodily fluids were needed in order to perform a DNA analysis which would then give them the necessary grounds to proceed with the murder charge. However, one sergeant testified that they believed they certainly had suffi-

n'avait aucune attente raisonnable en matière de vie privée à l'égard des objets saisis. À cette fin, l'intimée affirme que les échantillons de cheveux et de poils et les empreintes dentaires ont été saisis conformément au pouvoir de common law de procéder à une fouille accessoire à une arrestation légale.

(i) Le pouvoir de common law de procéder à une fouille accessoire à une arrestation légale

Trois conditions doivent être remplies pour qu'une fouille soit validement effectuée en vertu du pouvoir de common law de procéder à une fouille accessoire à une arrestation légale. Premièrement, l'arrestation doit être légale. Aucune fouille, si raisonnable soit-elle, ne peut être validée par ce pouvoir de common law si l'arrestation qui y a donné lieu a été arbitraire ou par ailleurs illégale. Deuxièmement, la fouille doit avoir été effectuée «accessoirement» à l'arrestation légale. À ces conditions qui sont presque évidentes en soi, il faut en ajouter une troisième, qui s'applique à toutes les fouilles effectuées par la police: la fouille doit être effectuée de manière raisonnable. Ces trois critères ont-ils été respectés en l'espèce?

L'arrestation était-elle légale?

Pour que l'arrestation soit légale, il fallait que les policiers croient subjectivement qu'il y avait des motifs raisonnables d'arrêter l'appelant. Il fallait également que ces motifs soient objectivement raisonnables. Toutefois, la norme à respecter n'est pas stricte au point d'exiger que les policiers établissent, avant de procéder à l'arrestation, l'existence d'une preuve suffisante à première vue pour justifier une déclaration de culpabilité: voir *R. c. Storrey*, [1990] 1 R.C.S. 241.

Au cours du *voir-dire*, les policiers ont reconnu que, au moment de l'arrestation de l'appelant, ils n'avaient pas assez d'éléments de preuve pour l'accuser de meurtre. Ils ont cru que des substances corporelles de l'accusé seraient nécessaires pour procéder à une analyse d'empreintes génétiques qui leur fournirait les motifs nécessaires pour porter l'accusation de meurtre. Toutefois, un sergent a

cient grounds to arrest the appellant and bring him in for questioning. He also acknowledged that the sole purpose of the arrest was to obtain evidence from him and to question him.

The Ontario Court of Appeal decision in *R. v. Duguay, Murphy and Sevigny* (1985), 18 C.C.C. (3d) 289, aff'd on other grounds [1989] 1 S.C.R. 93, has been held to stand for the proposition that police officers, lacking reasonable and probable grounds to connect the suspect to the commission of the crime, cannot make an arrest solely to assist in the investigation. However, the circumstances of this case are very different. They are more akin to the situation presented in *Storrey, supra*, where the police did have reasonable and probable grounds for making an arrest, but continued their investigation afterwards. In that case, it was held at p. 253 that *Duguay, supra*:

... goes no further than confirming that an otherwise unlawful arrest cannot be justified on the grounds that it was necessary in order to further the investigation of the crime. It should not be taken as establishing a principle that whenever a lawful arrest is made, in circumstances where the police intend to do further investigation, that the arrest should then be considered to have been made for an improper purpose.

The statements made by the officers involved in the investigation reveal that, subjectively, they were under the impression that they had reasonable and probable grounds to believe that the appellant had committed the murder. I am also satisfied that, from an objective point of view, there were good and sufficient grounds for the officers to have reached that conclusion. The supporting facts can be summarized in this way: (a) the appellant was the last person seen with the deceased on the evening of her disappearance; (b) he could not, or at least did not, account for his whereabouts between 9:00 p.m. and 11:30 p.m. on that evening when he returned to his residence; (c) when the appellant returned home he was wet and cold, his clothes were muddy and he had a scratch over his eye and blood on his face consistent with having been in a

témoigné qu'ils étaient convaincus d'avoir des motifs suffisants pour arrêter l'appelant et l'amener avec eux afin de l'interroger. Il a aussi admis que l'arrestation ne visait qu'à obtenir des éléments de preuve auprès de l'appelant, et à l'interroger.

On a jugé que l'arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario *R. c. Duguay, Murphy and Sevigny* (1985), 18 C.C.C. (3d) 289, confirmé pour d'autres motifs par [1989] 1 R.C.S. 93, permet de dire que des policiers qui n'ont pas de motifs raisonnables de lier le suspect à la perpétration d'un crime ne peuvent pas effectuer une arrestation dans le seul but de faciliter leur enquête. Toutefois, les circonstances de la présente affaire sont très différentes et ressemblent davantage à la situation qui existait dans l'arrêt *Storrey, précité*, où les policiers avaient eu des motifs raisonnables d'effectuer une arrestation, mais avaient poursuivi leur enquête par la suite. Dans cette affaire, la Cour conclut, à la p. 253, que l'arrêt *Duguay, précité*:

... ne fait que confirmer qu'une arrestation par ailleurs illégale ne saurait se justifier pour le motif qu'il était nécessaire d'y procéder pour continuer l'enquête sur le crime en question. Il ne faut pas y voir l'énoncé d'un principe portant que, chaque fois qu'une arrestation légale s'effectue dans des circonstances où la police a l'intention de poursuivre son enquête, cette arrestation devrait alors être considérée comme ayant été effectuée dans un dessein illégitime.

Les déclarations faites par les policiers ayant participé à l'enquête révèlent qu'ils avaient subjectivement l'impression d'avoir des motifs raisonnables de croire que l'appelant avait commis le meurtre. Je suis également convaincu que, d'un point de vue objectif, les policiers avaient des raisons sérieuses et suffisantes d'en arriver à cette conclusion. Les faits justificatifs peuvent se résumer ainsi: a) l'appelant était la dernière personne aperçue en compagnie de la victime le soir de sa disparition; b) il ne pouvait pas expliquer, ou du moins il n'a pas expliqué, où il s'était trouvé ce soir-là, entre 21 h et 23 h 30, heure de son retour chez lui; c) lorsqu'il est revenu à la maison, l'appelant était trempé, il avait froid, ses vêtements étaient couverts de boue et il avait une égratignure au-dessus d'un œil et du sang sur son visage qui

scuffle. When the deceased's body was found she appeared to have been physically beaten; (d) the appellant claimed to have been in a fight with some "Indians" but this story changed over time; (e) the appellant's worried and disturbed reaction to the police helicopter which was searching the river close to where the deceased was found; (f) immediately following the appellant's observation of the helicopter he left a suicide note and fled; (g) the appellant made a statement to Constable Cole saying, "I tried to stop her from killing herself. I left her there."; and (h) the RCMP received a report from two motorists that they had seen the deceased on the bridge crossing the Oromocto River and that she was with a male who met the description of the appellant.

pouvaient laisser croire qu'il s'était bagarré. Lorsque le corps de la victime a été découvert, elle semblait avoir été battue; d) l'appelant a prétendu qu'il s'était bagarré avec des «Indiens», mais cette version des faits a changé avec le temps; e) la réaction inquiète et troublée qu'il a eue en voyant l'hélicoptère de la police survoler la rivière près de l'endroit où le corps de la victime a été trouvé; f) immédiatement après avoir aperçu l'hélicoptère, l'appelant a laissé une note de suicide et s'est enfui; g) l'appelant a fait la déclaration suivante à l'agent Cole: [TRADUCTION] «J'ai essayé de l'empêcher de se suicider. Je l'ai laissée là.»; et h) la GRC avait reçu un rapport de deux automobilistes, dans lequel ceux-ci affirmaient avoir aperçu la victime sur le pont enjambant la rivière Oromocto, avec un compagnon dont le signalement correspondait à celui de l'appelant.

32

In the result, both the subjective and objective requirements were met and the arrest was lawful. It must now be ascertained whether the various searches and seizures were conducted as "incidents" to this lawful arrest.

En définitive, tant les exigences objectives que les exigences subjectives ont été respectées et l'arrestation était légale. Il faut maintenant déterminer si les diverses fouilles et saisies ont été effectuées «accessoirement» à cette arrestation légale.

Were the Seizures of the Hair Samples, Teeth Impressions and Buccal Swabs Made "Incidental" to the Arrest?

La saisie des échantillons de cheveux et de poils, des empreintes dentaires et des prélèvements faits dans la bouche a-t-elle été effectuée «accessoirement» à l'arrestation?

The Scope of the Common Law Power of Search Incident to Arrest

La portée du pouvoir de common law de procéder à une fouille accessoire à une arrestation

33

In *Hunter v. Southam Inc.*, [1984] 2 S.C.R. 145, it was held that a search conducted without prior authorization is presumptively unreasonable. However, the long-standing power of search incident to arrest is an exception to this general rule: see *Leigh v. Cole* (1853), 6 Cox C.C. 329, and *Bessell v. Wilson* (1853), 1 El. & Bl. 489, 118 E.R. 518 (Q.B.). The original rationale for this power was based on (i) the need for the arresting officers to prevent the escape of the person arrested and to protect themselves by removing from the person arrested any weapon or tool that might facilitate escape and (ii) the need to prevent evidence under the control of the detainee from being destroyed. The common law power is eminently sensible and is essential for the protection of police officers carrying out

Dans l'arrêt *Hunter c. Southam Inc.*, [1984] 2 R.C.S. 145, notre Cour a conclu qu'une fouille effectuée sans autorisation préalable est présumée abusive. Toutefois, le pouvoir d'effectuer une fouille accessoire à une arrestation, qui existe depuis longtemps, est une exception à cette règle générale: voir *Leigh c. Cole* (1853), 6 Cox C.C. 329, et *Bessell c. Wilson* (1853), 1 El. & Bl. 489, 118 E.R. 518 (B.R.). La raison d'être initiale de ce pouvoir était (i) la nécessité que les policiers qui procèdent à une arrestation empêchent la personne arrêtée de s'échapper, et assurent leur propre protection en enlevant à la personne arrêtée toute arme ou tout objet susceptible de lui permettre de s'échapper plus facilement, et (ii) la nécessité d'empêcher la destruction des éléments de preuve

their all too often dangerous duties. Yet, reasonable limits of that power have been defined to avoid abuses.

In *Cloutier v. Langlois*, [1990] 1 S.C.R. 158, the scope of the common law power of search upon lawful arrest was considered by this Court for the first time. The case established that such a search does not require reasonable and probable grounds beyond the grounds that were sufficient to support the lawfulness of the arrest itself. The reasons set out three limitations to the common law power. First, the power is a discretionary one and in certain circumstances the officer may properly exercise his or her discretion not to conduct a search. Second, the search must be for a valid objective in pursuit of the ends of criminal justice. Third, the search must not be conducted in an abusive fashion.

Following *Cloutier v. Langlois*, the courts gradually broadened the common law power of search incident to arrest. In *R. v. Lim (No. 2)* (1990), 1 C.R.R. (2d) 136 (Ont. H.C.), at p. 145, the scope of the power was extended to include evidence beyond that which might be destroyed by the detainee. Doherty J. stated that, in his view:

... in Canada, the justification for a warrantless search as an incident of arrest goes beyond the preservation of evidence from destruction at the hands of the arrested person to include the prompt and effective discovery and preservation of evidence relevant to the guilt or innocence of the arrested person.

The common law power was further expanded in *R. v. Speid* (1991), 8 C.R.R. (2d) 383 (Ont. C.A.), leave to appeal to S.C.C. denied May 7, 1992, [1992] 1 S.C.R. xi. In that case, a justice of the peace refused to issue a warrant for a search. The police officers then arrested the accused so that they could nevertheless proceed with a search. The Ontario Court of Appeal extended *Lim, supra*,

en la possession de la personne détenue. Le pouvoir de common law est des plus sensés et est essentiel à la protection des policiers dans l'exercice de leurs fonctions qui, trop souvent, sont dangereuses. Cependant, des limites raisonnables ont été imposées à ce pouvoir afin d'éviter les abus.

Notre Cour a examiné pour la première fois, dans l'arrêt *Cloutier c. Langlois*, [1990] 1 R.C.S. 158, la question de l'étendue du pouvoir de common law de procéder à une fouille au moment d'une arrestation légale. Elle y a établi que cette fouille n'exige pas de motifs raisonnables outre ceux qui suffisent pour que l'arrestation elle-même soit légale. L'arrêt énonce trois limites au pouvoir conféré par la common law. Premièrement, ce pouvoir est discrétionnaire et, dans certaines circonstances, un policier peut légitimement juger bon de ne pas effectuer de fouille. Deuxièmement, la fouille doit viser un objectif valable dans la poursuite des fins de la justice criminelle. Troisièmement, la fouille ne doit pas être effectuée de façon abusive.

À la suite de l'arrêt *Cloutier c. Langlois*, les tribunaux ont progressivement élargi le pouvoir de common law de procéder à une fouille accessoire à une arrestation. Dans la décision *R. c. Lim (No. 2)* (1990), 1 C.R.R. (2d) 136 (H.C. Ont.), à la p. 145, le pouvoir a été élargi de manière à viser des éléments de preuve outre ceux qui pourraient être détruits par la personne détenue. Le juge Doherty a déclaré que, selon lui:

[TRADUCTION] ... au Canada, la justification d'une fouille effectuée sans mandat accessoirement à une arrestation va au-delà de la protection d'éléments de preuve contre leur destruction par la personne arrêtée et inclut la découverte et la protection promptes et effectives d'éléments de preuve pertinents pour déterminer la culpabilité ou l'innocence de la personne arrêtée.

Ce pouvoir de common law a été élargi davantage dans *R. c. Speid* (1991), 8 C.R.R. (2d) 383 (C.A. Ont.), autorisation de pourvoi devant notre Cour refusée le 7 mai 1992, [1992] 1 R.C.S. xi. Dans cette affaire, un juge de paix avait refusé de décerner un mandat de perquisition. Les policiers ont alors arrêté l'accusé de manière à pouvoir quand même procéder à une fouille. La Cour

to hold that the police were entitled to search the car driven by the accused since it was still in the immediate vicinity of the arrest even though the search was not undertaken immediately upon the arrest.

d'appel de l'Ontario a étendu l'application de la décision *Lim*, précitée, pour conclure que la police avait le droit de fouiller la voiture conduite par l'accusé étant donné qu'elle se trouvait encore dans les environs immédiats du lieu de l'arrestation, même si la fouille n'avait pas été effectuée dès l'arrestation.

37 In *R. v. Smellie* (1994), 95 C.C.C. (3d) 9 (leave to appeal to S.C.C. denied June 8, 1995, [1995] 2 S.C.R. ix), the British Columbia Court of Appeal expressed agreement with the proposition set out in *Lim*, namely, that the power of search incidental to arrest is not limited to cases of necessity.

Dans l'arrêt *R. c. Smellie* (1994), 95 C.C.C. (3d) 9 (autorisation de pourvoi devant notre Cour refusée le 8 juin 1995, [1995] 2 R.C.S. ix), la Cour d'appel de la Colombie-Britannique s'est dite d'accord avec le principe dégagé dans la décision *Lim*, à savoir que le pouvoir de procéder à une fouille accessoire à une arrestation ne se limite pas à un contexte de nécessité.

38 In *R. v. Belnavis* (1996), 107 C.C.C. (3d) 195 (Ont. C.A.), Doherty J.A. carefully considered the powers of search incidental to arrest. He found that the arrest for outstanding traffic fines did not authorize the search of the trunk of a vehicle. I agree with his reasoning and conclusion on this issue.

Dans l'arrêt *R. c. Belnavis* (1996), 107 C.C.C. (3d) 195 (C.A. Ont.), le juge Doherty a soigneusement examiné les pouvoirs de procéder à une fouille accessoire à une arrestation. Il a conclu qu'une arrestation pour cause de non-paiement d'amendes imposées pour des infractions en matière de circulation routière ne permettait pas de fouiller ou de perquisitionner dans le coffre d'un véhicule. Je suis d'accord avec son raisonnement et sa conclusion sur cette question.

39 It is important to recognize that these cases, which purport to expand the common law power of search incidental to arrest, involve less intrusive searches of motor vehicles and the seizure of evidence found in them. This type of search is not in issue in this case and I need not express any opinion with regard to them. Obviously, completely different concerns arise where the search and seizure infringes upon a person's bodily integrity, which may constitute the ultimate affront to human dignity.

Il importe de reconnaître que cette jurisprudence, qui a pour effet d'élargir le pouvoir de common law de procéder à une fouille accessoire à une arrestation, a trait à des fouilles de véhicules automobiles moins envahissantes et à la saisie des éléments de preuve qu'elles ont permis d'y trouver. Ce genre de fouille n'est pas en cause ici et je n'ai pas à exprimer une opinion à ce sujet. Évidemment, des préoccupations tout à fait différentes surgissent lorsque la fouille et la saisie effectuées violent l'intégrité physique d'une personne, et peuvent constituer l'atteinte la plus grave à la dignité humaine.

40 The question of whether or not the common law power of search incident to arrest can be extended to permit the seizure of bodily substances has recently been considered by provincial appellate courts, with conflicting results. In *R. v. Alderton* (1985), 17 C.C.C. (3d) 204, the Ontario Court of Appeal held at p. 208 that the seizure of scalp hair

Des cours d'appel provinciales ont examiné récemment la question de savoir si le pouvoir de common law de procéder à une fouille accessoire à une arrestation pouvait être élargi de manière à permettre la saisie de substances corporelles, mais elles sont arrivées à des conclusions contradictoires. Dans l'arrêt *R. c. Alderton* (1985), 17

samples from the accused did not violate s. 8 of the *Charter*, as

[i]t is settled law that following a valid arrest a police officer may search the person arrested and may seize anything that he reasonably believes will afford evidence of the commission of the offence with which the person arrested is charged and of the arrested person's connection with it.

Conversely, in the more recent case of *Legere, supra*, the point was made that since the police cannot enter a person's house to look for hairs without a warrant, they should not be entitled, as part of their investigation, to take hair from an individual they have just arrested. It was concluded that, on the facts of that case, the hair samples were not seized as an incident to arrest. Angers J.A., writing for the court, stated, at p. 379, that, "the forcible taking of parts of a person, in the absence of legislation authorizing such acts, is an infringement of the right to security of the person and constitutes an unreasonable seizure". This position was affirmed in *R. v. Paul* (1994), 155 N.B.R. (2d) 195 (C.A.), where Hoyt C.J.N.B. stated, at p. 203, that:

Searches made incidentally to an arrest are justified so that the arresting officer can be assured that the person arrested is not armed or dangerous and seizures are justified to preserve evidence that may go out of existence or be otherwise lost. As neither circumstance existed here, the Crown cannot rely on a power that is incidental to an arrest to justify seizure of the hair samples. . . . In my opinion, the power to search and seize does not extend beyond those purposes.

I agree with that position. It has often been clearly and forcefully expressed that state interference with a person's bodily integrity is a breach of a person's privacy and an affront to human dignity. The invasive nature of body searches demands higher standards of justification. In *R. v. Pohoretsky*, [1987] 1 S.C.R. 945, at p. 949, Lamer J., as he then was, noted that, "a violation of the sanctity of

C.C.C. (3d) 204, la Cour d'appel de l'Ontario a conclu, à la p. 208, que la saisie de cheveux d'un accusé ne violait pas l'art. 8 de la *Charte*, étant donné

[TRADUCTION] [qu'] il est bien établi que, à la suite d'une arrestation valide, un policier peut fouiller la personne arrêtée et saisir tout ce qui, selon ce qu'il croit raisonnablement, constituera une preuve de la perpétration de l'infraction dont cette personne est accusée et du lien de cette personne avec cette infraction.

Par contre, dans l'arrêt plus récent *Legere*, précité, on a fait remarquer que, puisque la police ne peut entrer sans mandat chez quelqu'un pour y chercher des cheveux, elle ne devrait pas être autorisée, dans le cours de son enquête, à prélever des cheveux d'une personne qu'elle vient d'arrêter. On a conclu que, d'après les faits de cette affaire, la saisie des échantillons de cheveux n'était pas accessoire à l'arrestation. Le juge Angers affirme, au nom de la cour, à la p. 379, que [TRADUCTION] «le prélèvement de parties du corps d'une personne, effectué de force et en l'absence d'une loi l'autorisant, est une atteinte au droit à la sécurité de la personne et constitue une saisie abusive». Ce point de vue a été confirmé dans *R. c. Paul* (1994), 155 R.N.-B. (2^e) 195 (C.A.), où le juge en chef Hoyt déclare, à la p. 203:

[TRADUCTION] Les fouilles ou perquisitions accessoires à une arrestation sont justifiées afin de permettre aux policiers effectuant l'arrestation de s'assurer que la personne arrêtée n'est ni armée ni dangereuse. Les saisies sont aussi justifiées afin de conserver les éléments de preuve qui autrement pourraient être détruits ou perdus. Puisqu'on ne trouve aucune de ces circonstances ici, la Couronne ne peut se fonder sur le pouvoir accessoire à l'arrestation pour justifier la saisie des échantillons de cheveux et de poils [. . .] À mon avis, le pouvoir de fouiller, de perquisitionner et de saisir ne va pas au-delà de ces fins.

Je suis d'accord avec ce point de vue. On a souvent dit clairement et avec vigueur qu'une atteinte de l'État à l'intégrité physique d'une personne est une violation de la vie privée de cette personne et une atteinte à la dignité humaine. La nature envahissante des fouilles corporelles requiert des normes de justification plus strictes. Dans l'arrêt *R. c. Pohoretsky*, [1987] 1 R.C.S. 945, à la p. 949, le

a person's body is much more serious than that of his office or even of his home". In addition, La Forest J. observed in *R. v. Dymont*, [1988] 2 S.C.R. 417, at pp. 431-32, "the use of a person's body without his consent to obtain information about him, invades an area of personal privacy essential to the maintenance of his human dignity". Finally, in *R. v. Simmons*, [1988] 2 S.C.R. 495, at p. 517, Dickson C.J. stated:

The third and most highly intrusive type of search is that sometimes referred to as the body cavity search, in which customs officers have recourse to medical doctors, to X-rays, to emetics, and to other highly invasive means.

Searches of the third or bodily cavity type may raise entirely different constitutional issues for it is obvious that the greater the intrusion, the greater must be the justification and the greater the degree of constitutional protection.

43 It is certainly significant that Parliament has recently amended the *Criminal Code*, through the addition of s. 487.05, so as to create a warrant procedure for the seizure of certain bodily substances for the purposes of DNA testing. This suggests that Parliament has recognized the intrusive nature of seizing bodily samples. The section requires that the police have reasonable and probable grounds, as well as authorization from a judicial officer, before they can make such seizures. If this type of invasive search and seizure came within the common law power of search incident to arrest, it would not have been necessary for the government to create a parallel procedure for the police to follow. In my view, it would be contrary to authority to say that this is no more than a codification of the common law.

juge Lamer, maintenant Juge en chef, souligne que «la violation de l'intégrité physique de la personne humaine est une affaire beaucoup plus grave que celle de son bureau ou même de son domicile». De plus, le juge La Forest fait observer, dans *R. c. Dymont*, [1988] 2 R.C.S. 417, aux pp. 431 et 432, que «l'utilisation du corps d'une personne, sans son consentement, en vue d'obtenir des renseignements à son sujet, constitue une atteinte à une sphère de la vie privée essentielle au maintien de sa dignité humaine». Finalement, dans l'arrêt *R. c. Simmons*, [1988] 2 R.C.S. 495, à la p. 517, le juge en chef Dickson affirme:

Le troisième type de fouille, celui qui comporte l'empiètement le plus poussé, est parfois appelé examen des cavités corporelles; pour ce genre de fouille, les agents des douanes ont recours à des médecins, à des rayons X, à des émétiques, ainsi qu'à d'autres moyens comportant un empiètement des plus poussés.

Les fouilles de la troisième catégorie ou examen des cavités corporelles peuvent soulever des questions constitutionnelles entièrement différentes puisqu'il est évident que plus l'empiètement sur la vie privée est important, plus sa justification et le degré de protection constitutionnelle accordée doivent être importants.

Il est sûrement révélateur que le Parlement ait récemment modifié le *Code criminel* en ajoutant l'art. 487.05, de manière à créer une procédure d'obtention de mandat autorisant à saisir certaines substances corporelles aux fins d'une analyse d'empreintes génétiques. Cela porte à croire que le Parlement a reconnu la nature envahissante de la saisie d'échantillons de substances corporelles. Cet article exige que la police ait des motifs raisonnables de même que l'autorisation d'un officier de justice pour pouvoir effectuer de telles saisies. Si ce type de fouille et de saisie envahissantes relevait du pouvoir de common law de procéder à une fouille accessoire à une arrestation, le gouvernement n'aurait pas eu besoin de créer une procédure parallèle qui devrait être suivie par la police. À mon avis, il serait contraire à la jurisprudence et à la doctrine d'affirmer qu'il ne s'agit de rien de plus qu'une codification de la common law.

(ii) Application to the Facts of this Case

While the appellant was not subjected to a body “cavity” search, the search conducted went far beyond the typical “frisk” search which usually accompanies an arrest. Sergeant Kennedy passed his gloved hand through the appellant’s hair to remove some hair, combed some more out, and clipped and pulled out still more. The appellant was then made to pull hair from his own pubic area. A dentist was called in to take the appellant’s teeth impressions and buccal swabs. All this was without the appellant’s consent and despite his protests. The dental procedure involved the placing of several instruments and various substances into the appellant’s mouth. As well, photographs and a video were taken of his mouth. The whole procedure took two hours.

Counsel for the respondent argued that the taking of dental impressions was analogous to the routine practice of fingerprinting. The case of *R. v. Beare*, [1988] 2 S.C.R. 387, was cited as support for the proposition that the common law allowed for the use of such identification procedures upon arrest. In that case, La Forest J. noted that the reduced privacy expectation upon arrest justifies the fingerprinting. However, he added this important qualification at p. 413:

While some may find [fingerprinting] distasteful, it is insubstantial, of very short duration, and leaves no lasting impression. There is no penetration into the body and no substance is removed from it.

How very different is the making of dental impressions. It is a lengthy and highly intrusive process. Further, the taking of the scalp and pubic hair samples involved the forceful removal of hair from the body over the specific objections of the accused. Significantly, in *R. v. Borden*, [1994] 3 S.C.R. 145, it was found that where there is no

(ii) Application aux faits de la présente affaire

Bien que l’appelant n’ait pas été soumis à un examen des «cavités» corporelles, la fouille dont il a fait l’objet est allée bien plus loin que la fouille sommaire qui accompagne habituellement une arrestation. Le sergent Kennedy a prélevé des cheveux en passant sa main gantée dans les cheveux de l’appelant, de même qu’en les peignant, en en coupant et en en arrachant. L’appelant a ensuite été forcé de s’arracher des poils pubiens. On a demandé à un dentiste de venir prendre les empreintes dentaires de l’appelant et faire des prélèvements dans sa bouche. Tout cela s’est fait sans le consentement de l’appelant et malgré ses protestations. La prise d’empreintes dentaires nécessitait de placer plusieurs instruments et diverses substances dans la bouche de l’appelant. De même, des photographies de sa bouche ont été prises et un enregistrement vidéo en a été fait. Toute cette procédure a duré deux heures.

L’avocat de l’intimée a fait valoir que la prise d’empreintes dentaires était analogue à la pratique courante de la prise d’empreintes digitales. On s’est fondé sur l’arrêt *R. c. Beare*, [1988] 2 R.C.S. 387, pour dire que la common law permet le recours à de telles procédures d’identification dès qu’il y a arrestation. Dans cet arrêt, le juge La Forest a fait remarquer que la prise des empreintes digitales se justifie par le fait que l’attente en matière de respect de la vie privée est moins grande une fois qu’il y a arrestation. Il ajoute toutefois cette précision importante, à la p. 413:

Certains peuvent évidemment trouver le procédé [la prise des empreintes digitales] déplaisant, mais il est anodin, ne prend que très peu de temps et ne laisse aucune séquelle durable. Rien n’est introduit dans le corps et il n’en est prélevé aucune substance.

Quelle différence avec la prise d’empreintes dentaires, qui est un procédé long et très envahissant. De plus, le prélèvement d’échantillons de cheveux et de poils pubiens a été fait de force sur le corps de l’appelant, et malgré ses protestations. Fait significatif, dans l’arrêt *R. c. Borden*, [1994] 3 R.C.S. 145, il a été conclu que lorsque la saisie

44

45

46

statutory authorization for the seizure of bodily samples, consent must be obtained if the seizure is to be lawful. Here the police knew they were dealing with a young offender. They were aware that the *Young Offenders Act* required that a parent or counsel should be present when a suspected young offender was being interviewed. Nonetheless, in the absence of any adult counsellor and contrary to the specific instruction of his lawyers, the police interviewed the appellant at length and by threat of force took bodily samples and dental impressions. This was the abusive exercise of raw physical authority by the police.

d'échantillons de substances corporelles n'est pas autorisée par la loi, il faut obtenir le consentement pour que la saisie soit légale. En l'espèce, la police savait qu'elle avait affaire à un jeune contrevenant. Elle savait que la *Loi sur les jeunes contrevenants* exige qu'un parent ou un avocat assiste à l'interrogatoire d'un adolescent soupçonné d'avoir commis une infraction. Néanmoins, en l'absence de tout conseiller adulte et contrairement aux directives explicites des avocats de l'appelant, la police a longuement interrogé ce dernier et a, en menaçant de recourir à la force, prélevé des échantillons de substances corporelles et pris des empreintes dentaires. Elle s'est ainsi livrée à un exercice abusif de force physique brute.

47

No matter what may be the pressing temptations to obtain evidence from a person the police believe to be guilty of a terrible crime, and no matter what the past frustrations to their investigations, the police authority to search as an incident to arrest should not be exceeded. Any other conclusion could all too easily lead to police abuses in the name of the good of society as perceived by the officers. When they are carrying out their duties as highly respected and admired agents of the state they must respect the dignity and bodily integrity of all who are arrested. The treatment meted out by agents of the state to even the least deserving individual will often indicate the treatment that all citizens of the state may ultimately expect. Appropriate limits to the power of search incidental to arrest must be accepted and respected.

Quelle que puisse être la tentation ardente de la police d'obtenir des éléments de preuve d'une personne qu'elle croit coupable d'un crime terrible, et quelles que puissent être les déboires qu'elle a connus dans ses enquêtes antérieures, la police ne doit pas excéder son pouvoir de procéder à une fouille accessoire à une arrestation. Toute autre conclusion pourrait trop facilement amener des policiers à commettre des abus au nom de ce qu'ils croient être le bien de la société. Dans l'exercice de leurs fonctions de mandataires de l'État très respectés et admirés, ils doivent respecter la dignité et l'intégrité physique de tous ceux qu'ils arrêtent. Le traitement que des mandataires de l'État réservent même à l'individu le moins digne d'égards sera souvent une indication du traitement que tous les citoyens de l'État peuvent s'attendre à recevoir en fin de compte. Des limites appropriées doivent être acceptées et respectées en ce qui concerne le pouvoir de procéder à une fouille accessoire à une arrestation.

48

The power to search and seize incidental to arrest was a pragmatic extension to the power of arrest. Obviously the police must be able to protect themselves from attack by the accused who has weapons concealed on his person or close at hand. The police must be able to collect and preserve

Le pouvoir d'effectuer une fouille et une saisie accessoires à une arrestation est un prolongement pratique au pouvoir d'effectuer cette arrestation. Il est évident que les policiers doivent être en mesure de se protéger contre toute attaque de l'accusé qui a dissimulé sur lui des armes ou qui en a à sa portée. Les policiers doivent être en mesure de recueillir et de préserver les éléments de preuve qui se trouvent sur les lieux de l'arrestation ou

evidence located at the site of the arrest or in a nearby motor vehicle. As Rice J.A. put it in his dissenting reasons (at p. 360 N.B.R.):

The power to search and seize incidental to an arrest is predicated on pragmatic and exigent considerations inherent to the circumstances of an arrest.

The common law power cannot be so broad as to empower police officers to seize bodily samples. They are usually in no danger of disappearing. Here, there was no likelihood that the appellant's teeth impressions would change, nor that his hair follicles would present a different DNA profile with the passage of time. There was simply no possibility of the evidence sought being destroyed if it was not seized immediately. It should be remembered that one of the limitations to the common law power articulated in *Cloutier v. Langlois*, *supra*, was the discretionary aspect of the power and that it should not be abusive. The common law power of search incidental to arrest cannot be so broad as to encompass the seizure without valid statutory authority of bodily samples in the face of a refusal to provide them. If it is, then the common law rule itself is unreasonable, since it is too broad and fails to properly balance the competing rights involved.

It is clear that the appellant's right to be free from unreasonable search and seizure was very seriously violated. Since the search and seizure of the bodily samples was not authorized by either statutory or common law it could not have been reasonable. It is thus unnecessary to consider either the reasonableness of the law or the manner in which the search was conducted.

(b) *Did the Taking of the Hair Samples, Teeth Impressions and Buccal Swabs Contravene Section 7 of the Charter?*

The taking of the dental impressions, hair samples and buccal swabs from the accused also con-

dans un véhicule à moteur se trouvant à proximité de ces lieux. Comme le juge Rice le dit dans ses motifs de dissidence (à la p. 360 R.N.-B.):

[TRADUCTION] Le pouvoir d'effectuer une fouille et une saisie qui sont accessoires à l'arrestation est fondé sur des considérations pratiques et urgentes qui sont inhérentes aux circonstances de l'arrestation.

Le pouvoir de common law ne peut pas être étendu au point d'habiliter les policiers à saisir des échantillons de substances corporelles. Ces échantillons ne risquent pas habituellement de disparaître. En l'espèce, il n'y avait aucune chance que les empreintes dentaires de l'appelant ou le profil génétique de ses follicules pileux changent avec le temps. Il n'y avait simplement aucune possibilité que les éléments de preuve recherchés soient détruits s'ils n'étaient pas saisis immédiatement. Il faut se rappeler que l'une des limites imposées au pouvoir de common law dans l'arrêt *Cloutier c. Langlois*, précité, était l'aspect discrétionnaire de ce pouvoir et la condition qu'il ne soit pas exercé de façon abusive. Le pouvoir de common law de procéder à une fouille accessoire à une arrestation ne peut pas être large au point de viser la saisie d'échantillons de substances corporelles effectuée sans autorisation légale valide et malgré un refus de les fournir. S'il est large à ce point, alors la règle de common law elle-même est abusive parce qu'elle est trop générale et ne pondère pas adéquatement les droits qui s'opposent.

Il est clair qu'il y a eu violation très grave du droit de l'appelant à la protection contre les fouilles, perquisitions et saisies abusives. Étant donné que la fouille et la saisie des échantillons de substances corporelles n'étaient autorisées ni par une loi ni par la common law, elles ne pouvaient qu'être abusives. Il est donc inutile de déterminer si la loi était raisonnable ou d'examiner la manière dont la fouille a été effectuée.

(b) *Le prélèvement d'échantillons de cheveux et de poils, la prise d'empreintes dentaires et les prélèvements faits dans la bouche contre-venaient-ils à l'art. 7 de la Charte?*

La prise d'empreintes dentaires, le prélèvement de cheveux et de poils et les prélèvements faits

travened the appellant's s. 7 *Charter* right to security of the person. The taking of the bodily samples was highly intrusive. It violated the sanctity of the body which is essential to the maintenance of human dignity. It was the ultimate invasion of the appellant's privacy. See *Pohoretsky, supra*. In *Dyment, supra*, at pp. 431-32, La Forest J. emphasized that "the use of a person's body without his consent to obtain information about him, invades an area of personal privacy essential to the maintenance of his human dignity". Quite simply, the taking of the samples without authorization violated the appellant's right to security of his person and contravened the principles of fundamental justice.

(2) The Discarded Tissue

(a) *Did the Taking of the Discarded Tissue Contravene Section 8 of the Charter?*

The appellant had advised the police, through the letter from his lawyers, that he refused to provide any bodily samples whatsoever. Despite this express refusal, the police seized a tissue, used by the appellant to blow his nose, from the garbage bin in the washroom of the RCMP headquarters. In other words, the police obtained surreptitiously that which the appellant had refused to provide them voluntarily; namely a sample from which his DNA profile could be obtained.

The majority of the Court of Appeal found that when the appellant discarded the unwanted tissue he abandoned it and in so doing, ceased to have a reasonable expectation of privacy in it. In *Dyment, supra*, the concept of "abandoning" something in which one usually has a privacy expectation was considered. Reference was made to the case of *R. v. LeBlanc* (1981), 64 C.C.C. (2d) 31 (N.B.C.A.), by way of illustration. There, the police, after taking the accused to hospital, obtained a sample of his blood from the front seat of the vehicle. The court held that the police were "gathering" as opposed to seizing the evidence. The accused was said to have abandoned his blood and, in the result,

dans la bouche de l'appelant enfreignaient aussi le droit à la sécurité de sa personne que lui garantissait l'art. 7 de la *Charte*. Le prélèvement des substances corporelles était un acte très envahissant. Il violait l'intégrité du corps, qui est essentielle à la dignité humaine. Il constituait l'atteinte la plus grave à la vie privée de l'appelant. Voir *Pohoretsky, précité*. Dans l'arrêt *Dyment, précité*, aux pp. 431 et 432, le juge La Forest souligne que «l'utilisation du corps d'une personne, sans son consentement, en vue d'obtenir des renseignements à son sujet, constitue une atteinte à une sphère de la vie privée essentielle au maintien de sa dignité humaine». Le prélèvement sans autorisation d'échantillons a tout simplement violé le droit de l'appelant à la sécurité de sa personne et a enfreint les principes de justice fondamentale.

(2) Le papier-mouchoir jeté

a) *La saisie du papier-mouchoir jeté contrevenait-elle à l'art. 8 de la Charte?*

L'appelant avait informé la police, au moyen de la lettre de ses avocats, qu'il refusait de fournir tout échantillon de substances corporelles quel qu'il soit. Malgré ce refus explicite, la police a saisi un papier-mouchoir que l'appelant avait utilisé pour se moucher et qu'il avait jeté dans la poubelle des toilettes du quartier général de la GRC. En d'autres termes, la police a obtenu subrepticement ce que l'appelant avait refusé de lui fournir volontairement, soit un échantillon à partir duquel son profil génétique pourrait être tracé.

La Cour d'appel à la majorité a conclu que, lorsque l'appelant a jeté le papier-mouchoir dont il n'avait plus besoin, il l'a abandonné et, ce faisant, il a cessé d'avoir une attente raisonnable en matière de vie privée à son sujet. Dans l'arrêt *Dyment, précité*, la Cour a examiné le concept de l'«abandon» d'une chose au sujet de laquelle on a normalement une attente en matière de vie privée. On a mentionné comme exemple l'arrêt *R. c. LeBlanc* (1981), 64 C.C.C. (2d) 31 (C.A.N.-B.), où la police, après avoir conduit l'accusé à l'hôpital, avait prélevé un échantillon de son sang sur le siège avant de la voiture. La cour a conclu que la police avait «recueilli» plutôt que saisi l'élément

ceased to have a reasonable expectation of privacy with regard to it.

That situation was contrasted with the facts presented in *Dyment* where the doctor who treated the appellant gave the police a sample of the appellant's blood, which he had taken for medical purposes, without the appellant's knowledge or consent. It was found that the appellant retained an expectation of privacy in the sample which continued past the time of its taking and therefore, in seizing the sample, the officer breached the appellant's privacy interests.

There have been a number of cases supporting the proposition that, where a suspect or an accused, while in the presence of the police, discards an item offering potentially valuable DNA evidence, the officers may "gather" that evidence and it will not be considered an unlawful seizure. In *R. v. Love*, [1994] A.J. No. 847 (Q.B.), the RCMP conducted an undercover operation with the aim of obtaining bodily samples from the accused. On one occasion, the undercover officer and the accused were in a motel. When the officer saw the accused blow his nose and throw the tissue in the garbage can, he retrieved it and submitted it for testing. In admitting the evidence, Cairns J., of the Alberta Court of Queen's Bench, held (at para. 102) that "[t]he retrieval of the tissue paper from the newly lined garbage can did not amount to a seizure from the accused — he had discarded the tissue paper — and the policeman simply retrieved what I would describe as 'potentially valuable waste'". The Court of Appeal agreed that the seizure of the tissue did not involve a *Charter* breach: (1995), 102 C.C.C. (3d) 393.

A further example of this reasoning can be found in *R. v. Arp*, [1995] B.C.J. No. 882 (S.C.). In that case, following an interview of the accused at the police station, a constable returned to the

de preuve. On a dit que l'accusé avait abandonné son sang et qu'il avait donc cessé d'avoir une attente raisonnable en matière de vie privée à son sujet.

Cette situation a été comparée aux faits en cause dans l'arrêt *Dyment* où le médecin qui avait traité l'appelant avait, à l'insu de celui-ci et sans son consentement, remis à la police un échantillon du sang de l'appelant qu'il avait prélevé à des fins médicales. On a conclu que l'appelant continuait d'avoir une attente en matière de vie privée relativement à l'échantillon après son prélèvement et que, par conséquent, en saisissant l'échantillon, le policier avait violé les droits à la vie privée de l'appelant.

Un certain nombre de décisions appuient la proposition voulant que, lorsqu'un suspect ou un accusé, qui se trouve en présence de la police, se défait d'un objet qui peut constituer un élément de preuve utile pour établir son profil génétique, les policiers peuvent «recueillir» cet élément de preuve sans que cela soit considéré comme une saisie illégale. Dans l'affaire *R. c. Love*, [1994] A.J. No. 847 (B.R.), la GRC avait eu recours à un policier en civil pour obtenir des échantillons de substances corporelles de l'accusé. À un moment donné, alors que le policier en civil et l'accusé se trouvaient dans un motel, le policier a vu l'accusé se moucher et jeter le papier-mouchoir dans la poubelle. Il l'a alors récupéré pour le faire analyser. En admettant cet élément de preuve, le juge Cairns de la Cour du Banc de la Reine de l'Alberta a conclu (au par. 102) que [TRADUCTION] «[I]a récupération du papier-mouchoir qui avait été jeté dans une poubelle, dont le sac venait d'être changé, n'équivalait pas à une saisie auprès de l'accusé — il avait jeté le papier-mouchoir — et le policier a simplement récupéré ce que je décrirais comme un «rebut potentiellement utile»». La Cour d'appel a convenu que la saisie du papier-mouchoir ne comportait aucune violation de la *Charte*: (1995), 102 C.C.C. (3d) 393.

La décision *R. c. Arp*, [1995] B.C.J. No. 882 (C.S.), est un autre exemple de ce raisonnement. Dans cette affaire, un policier était retourné dans la salle du poste de police où venait d'avoir lieu

54

55

56

interview room and gathered the cigarette butts which the accused had discarded in an ashtray provided by the police. The court held that the accused had abandoned the evidence and, in the circumstances, had no reasonable expectation of privacy with respect to these items: see also *R. v. Legere* (1994), 95 C.C.C. (3d) 139 (N.B.C.A.); *R. v. Titian*, B.C.S.C., Victoria Reg. No. 70624, May 26, 1994 (Warren J.), unreported.

l'interrogatoire de l'accusé et y avait recueilli les mégots de cigarette que l'accusé avait laissés dans un cendrier fourni par la police. La cour a conclu que l'accusé avait abandonné ces éléments de preuve et que, dans les circonstances, il n'avait pas d'attente raisonnable en matière de vie privée à leur sujet: voir aussi *R. c. Legere* (1994), 95 C.C.C. (3d) 139 (C.A.N.-B.); *R. c. Titian*, C.S.C.-B., n° du greffe de Victoria 70624, 26 mai 1994 (le juge Warren), inédit.

57 In the instant case, counsel for the respondent argued that the mucous sample was obtained by "happenstance", that it was "purely an accidental happening and was not being sought by the police". Counsel for the respondent submitted further that:

En l'espèce, l'avocat de l'intimée a allégué que l'échantillon de mucosités a été obtenu par [TRADUCTION] «hasard», qu'il s'était agi d'un [TRADUCTION] «événement purement fortuit que la police n'avait pas cherché à provoquer». L'avocat de l'intimée a, en outre, fait valoir:

Not only is this not a case where the police engineered the taking it is not even a case where the police, by design, deliberately afforded themselves the opportunity to make such observations. What the police did was take advantage of an otherwise unforeseen occurrence. [Emphasis in original.]

[TRADUCTION] Non seulement ne s'agit-il pas d'une situation où la police a organisé le prélèvement, mais encore ce n'est même pas une situation où la police s'était donnée intentionnellement et délibérément l'occasion de faire ces observations. La police a seulement profité d'un événement par ailleurs imprévu. [Souligné dans l'original.]

58 The difficulty with this argument is that when an accused person is in custody, the production of bodily samples is not an unforeseen occurrence. It is simply the inevitable consequence of the normal functioning of the human body. The police are only able to profit from the production of the samples because the accused is continuously under their surveillance. For this reason it is somewhat misleading to speak of "abandonment" in the context of evidence obtained from an accused who is in custody.

La difficulté que pose cet argument, c'est que, lorsqu'un accusé est détenu, la production d'échantillons de substances corporelles n'a rien d'imprévu. Elle est simplement la conséquence inévitable du fonctionnement normal du corps humain. Les policiers ne sont capables de profiter de cette production d'échantillons que parce que l'accusé est constamment sous leur surveillance. C'est pourquoi il est quelque peu trompeur de parler d'«abandon» dans le contexte d'un élément de preuve obtenu auprès d'un accusé qui est détenu.

59 The appellant had been arrested at the time the tissue was seized, and was being detained. He had exercised his right to refuse to provide the police with bodily samples for the purposes of DNA analysis. Without that consent, the police had no right to take these samples from him. However, in the course of his five-day detention, it is reasonable to presume that, among other things, the appellant would blow his nose, use the toilet, possibly cut himself and bleed, and eat from a spoon. In other words, through "happenstance" the police would be able to take advantage of the appellant's

L'appelant était en état d'arrestation et détenu au moment où le papier-mouchoir a été saisi. Il avait exercé son droit de refuser de fournir à la police des échantillons de substances corporelles aux fins d'une analyse d'empreintes génétiques. Sans son consentement, les policiers n'avaient aucun droit de faire ces prélèvements. Cependant, il était raisonnable de supposer notamment que, pendant ses cinq jours de détention, l'appelant se moucherait, irait à la toilette, perdrait peut-être du sang à la suite d'une coupure et utiliserait une cuillère pour manger. Autrement dit, grâce au

imprisonment to obtain all the samples they needed, but which they could not legally seize in the absence of a valid search warrant. In those circumstances, how can the appellant assert his right not to consent to the provision of bodily samples? He would be required to destroy every tissue he used, to hide every spoon he ate from, to keep cigarette butts, chewed gum or any other potentially incriminating evidence on his person at all times in order to prevent the police from “retrieving” this “potentially useful waste”.

R. v. Mellenthin, [1992] 3 S.C.R. 615, at p. 624, set out the requirements for a consent to be considered valid in the context of a search and seizure. Specifically it is, “incumbent upon the Crown to adduce evidence that the person detained had indeed made an informed consent to the search based upon an awareness of his rights to refuse to respond to the questions or to consent to the search” (emphasis added). It follows that for consent to be validly given, the accused must have the ability to prevent the police from conducting a search or seizure by withholding his consent. Where the accused is in custody, his announced refusal to consent to providing bodily samples becomes meaningless if, because he is incarcerated, he cannot prevent those samples from being taken.

Obviously an accused person will have a lower expectation of privacy following his or her arrest and subsequent custody. That expectation of privacy will be even lower when serving a sentence after conviction. Therefore, it may well be that certain kinds of searches and seizures may validly be performed on a person in custody which could not validly be performed on persons who have not yet been arrested or convicted. Nevertheless, I am of the view that the appellant’s expectation of privacy in this instance, although lower after his arrest, was not so low as to permit the seizure of the tissue. The privacy expectation should not be reduced to such an extent as to justify seizures of bodily

«hasard», la police serait en mesure de profiter de l’emprisonnement de l’appelant pour obtenir tous les échantillons requis qu’elle ne pouvait pas légalement saisir en l’absence d’un mandat de perquisition valide. Dans ces circonstances, comment l’appelant peut-il invoquer son droit de ne pas consentir à fournir des échantillons de substances corporelles? Il lui faudrait détruire tous les papiers-mouchoirs qu’il a utilisés, cacher toutes les cuillères dont il s’est servi pour manger, conserver sur lui en tout temps ses mégots de cigarette et ses vieilles gommages à mâcher et tout autre élément de preuve susceptible de l’incriminer, afin d’empêcher la police de «récupérer» ces «rebutis potentiellement utiles».

L’arrêt *R. c. Mellenthin*, [1992] 3 R.C.S. 615, à la p. 624, a établi les conditions auxquelles un consentement sera considéré valide dans le contexte d’une fouille ou perquisition suivie d’une saisie. Plus précisément, il «appartient au ministère public de prouver que la personne détenue a effectivement donné un consentement éclairé à la fouille tout en connaissant son droit de refuser de répondre aux questions ou de consentir à la fouille» (je souligne). Il s’ensuit que, pour qu’un consentement soit valide, l’accusé doit être en mesure d’empêcher la police d’effectuer la fouille, perquisition ou saisie en refusant de le donner. Lorsque l’accusé est détenu, son refus explicite de consentir à fournir des échantillons de substances corporelles perd son sens si, parce qu’il est incarcéré, il ne peut pas empêcher le prélèvement de ces échantillons.

Évidemment, un accusé a une attente moins grande en matière de vie privée à la suite de son arrestation et au cours de sa détention subséquente. Cette attente en matière de vie privée sera encore moins grande lorsqu’il purgera sa peine à la suite d’un verdict de culpabilité. Par conséquent, il se peut bien qu’une personne détenue puisse faire l’objet de certains types de fouilles ou de saisies valides auxquelles ne pourraient pas être soumises des personnes qui n’ont pas encore été arrêtées ni déclarées coupables. Néanmoins, je suis d’avis qu’en l’espèce l’attente de l’appelant en matière de vie privée, bien qu’elle ait diminué à la suite de son arrestation, n’était pas faible au point de per-

samples without consent, particularly for those who are detained while they are still presumed to be innocent.

62

Thus, where an accused who is not in custody discards a kleenex or cigarette butt, the police may ordinarily collect and test these items without any concern about consent. A different situation is presented when an accused in custody discards items containing bodily fluids. Obviously an accused in custody cannot prevent the authorities from taking possession of these items. Whether the circumstances were such that the accused had abandoned the items and relinquished any privacy interest in them will have to be determined on the particular facts presented in each case.

63

However, in this case, the accused had announced through his lawyers that he would not consent to the taking of any samples of his bodily fluids. The police were aware of his decision. Despite this they took possession of the tissue discarded by the appellant while he was in custody. In these circumstances the seizure was unreasonable and violated the appellant's s. 8 *Charter* rights.

(b) *Did the Taking of the Discarded Tissue Contravene Sections 7 and 10(b) of the Charter?*

64

The appellant raised the alternative argument that it was the conduct of the RCMP officers, which violated the appellant's ss. 7 and 10(b) *Charter* rights, which, in turn, made possible the seizure of the tissue. Notwithstanding the appellant's refusal to speak to the police without one of his counsel present, the police persisted in questioning him after his lawyers left. It was argued that it was in the context of this wilful disregard of the appellant's right to have the questioning cease, or to have his lawyer present, as required by s. 56(2)(d) of the *Young Offenders Act*, that the police were able to obtain this self-incriminating

mettre la saisie du papier-mouchoir. Cette attente ne devrait pas être réduite au point de justifier les saisies d'échantillons de substances corporelles effectuées sans consentement, particulièrement dans le cas des personnes qui sont détenues alors qu'elles sont encore présumées innocentes.

Par conséquent, lorsqu'un accusé qui n'est pas détenu jette un papier-mouchoir ou un mégot de cigarette, la police peut normalement recueillir ces objets et les faire analyser, sans avoir à se soucier d'obtenir un consentement. La situation est différente lorsqu'un accusé qui est détenu jette des objets contenant des substances corporelles. Il est évident qu'un accusé en détention ne peut pas empêcher les autorités de s'emparer de ces objets. La question de savoir si la situation était telle que l'accusé a abandonné les objets et renoncé à tout droit à ce qu'ils demeurent confidentiels devra être tranchée en fonction des faits particuliers de chaque affaire.

En l'espèce, toutefois, l'accusé avait fait savoir par ses avocats qu'il ne consentirait pas au prélèvement d'échantillons de ses substances corporelles. Les policiers étaient au courant de cette décision. En dépit de cela, ils se sont emparés du papier-mouchoir que l'appelant avait jeté alors qu'il était détenu. Dans ces circonstances, la saisie était abusive et violait les droits garantis à l'appelant par l'art. 8 de la *Charte*.

(b) *La saisie du papier-mouchoir jeté contrevenait-elle à l'art. 7 et à l'al. 10b) de la Charte?*

L'appelant a fait valoir subsidiairement que c'était la conduite des agents de la GRC, qui avait violé ses droits garantis par l'art. 7 et l'al. 10b) de la *Charte*, qui avait, à son tour, rendu possible la saisie du papier-mouchoir. Malgré le refus de l'appelant de s'adresser aux policiers sans la présence de l'un de ses avocats, les policiers ont persisté à l'interroger après le départ de ses avocats. On a allégué que c'était dans le contexte de ce mépris délibéré du droit de l'appelant de faire cesser l'interrogatoire ou d'exiger la présence de ses avocats, conformément à l'al. 56(2)d) de la *Loi sur les jeunes contrevenants*, que la police avait été en

evidence from him. The appellant advanced the position that were it not for the police having interrogated him for an hour, he would not have sobbed and therefore, would not have needed to blow his nose.

It is difficult for me to accept that the seizure of the tissue resulted in a breach of either s. 7 or s. 10(b) of the *Charter*. However, as I have already found that the seizure of the tissue constituted a s. 8 *Charter* violation there is no need to consider this alternative argument.

It is now necessary to consider whether the lower courts were correct in admitting the evidence of the hair samples, dental impressions and tissue containing mucous pursuant to the provisions of s. 24(2) of the *Charter*.

B. Section 24(2) of the Charter

(1) The Hair Samples, Dental Impressions and Buccal Swabs

It is clear that the seizures of the hair samples, dental impressions and buccal swabs violated s. 8 of the *Charter*. In my view, they also breached s. 7 since they violated the right to security of the person in a manner not consistent with the principles of fundamental justice. The evidence was obtained as a result of the *Charter* violation and s. 24(2) is thereby triggered.

It has been held that appellate courts should only intervene with respect to a lower court's s. 24(2) analysis when that court has made "some apparent error as to the applicable principles or rules of law" or has made an unreasonable finding: *R. v. Duguay*, [1989] 1 S.C.R. 93, at p. 98; *Mellenthin*, *supra*. The majority of the Court of Appeal of New Brunswick found that, in admitting the impugned evidence, the trial judge considered the appropriate principles and performed a correct analysis of the

mesure d'obtenir de lui cet élément de preuve incriminant. L'appelant a prétendu que, n'eût été l'interrogatoire d'une heure que lui avait fait subir la police, il n'aurait pas sangloté et n'aurait donc pas eu besoin de se moucher.

Il m'est difficile d'accepter que la saisie du papier-mouchoir a entraîné une violation de l'art. 7 ou de l'al. 10b) de la *Charte*. Cependant, comme j'ai déjà conclu que la saisie du papier-mouchoir constituait une violation de l'art. 8 de la *Charte*, il n'est pas nécessaire que j'examine cet argument subsidiaire.

Il faut maintenant examiner si les tribunaux d'instance inférieure ont eu raison d'admettre en preuve les échantillons de cheveux et de poils, les empreintes dentaires et le papier-mouchoir contenant les mucosités, conformément aux dispositions du par. 24(2) de la *Charte*.

B. Le paragraphe 24(2) de la Charte

(1) Les échantillons de cheveux et de poils, les empreintes dentaires et les prélèvements faits dans la bouche

Il est clair que la saisie des échantillons de cheveux et de poils, des empreintes dentaires et des prélèvements faits dans la bouche a violé l'art. 8 de la *Charte*. À mon avis, elle contrevenait aussi à l'art. 7, étant donné qu'elle violait le droit à la sécurité de la personne d'une manière non conforme aux principes de justice fondamentale. Les éléments de preuve ont été obtenus à la suite d'une violation de la *Charte* et l'application du par. 24(2) est ainsi déclenchée.

Il a été statué que les cours d'appel ne devraient intervenir, relativement à l'analyse qu'un tribunal d'instance inférieure a effectuée en vertu du par. 24(2), que si ce tribunal a commis une «erreur manifeste quant aux principes ou aux règles de droit applicables» ou s'il a tiré une conclusion déraisonnable: *R. c. Duguay*, [1989] 1 R.C.S. 93, à la p. 98; *Mellenthin*, précité. Les juges majoritaires de la Cour d'appel du Nouveau-Brunswick ont conclu que, pour admettre les éléments de preuve

65

66

67

68

factors outlined in *Collins*, *supra*. With respect, I cannot agree.

contestés, le juge du procès avait tenu compte des principes appropriés et avait correctement analysé les facteurs énoncés dans l'arrêt *Collins*, précité. En toute déférence, je ne puis être d'accord.

69

The factors outlined by this Court in the trail blazing decision of *Collins* can be divided into three groups based on their effect on the repute of the administration of justice. The first of these categories includes those factors which relate to the fairness of the trial; the second group pertains to the seriousness of the *Charter* violation; and the third group concerns the possibility that the administration of justice could be brought into disrepute by excluding the evidence even though it was obtained in violation of the *Charter*. In my view, the trial judge erred in his consideration of the first two factors.

Les facteurs que notre Cour a énoncés dans l'arrêt innovateur *Collins* peuvent être répartis en trois catégories, selon leur incidence sur la considération dont jouit l'administration de la justice. La première catégorie comprend les facteurs qui se rapportent à l'équité du procès, la deuxième catégorie a trait à la gravité de la violation de la *Charte*, et la troisième catégorie concerne la possibilité que l'administration de la justice puisse être déconsidérée par l'exclusion de l'élément de preuve, même s'il a été obtenu en violation de la *Charte*. À mon avis, le juge du procès a commis une erreur dans son examen des deux premiers facteurs.

70

In considering how the admission of the evidence would affect the fairness of the trial, the trial judge erred in concluding that the hair samples and dental impressions existed independently of any *Charter* breach and were thus admissible. Certainly the appellant's hair samples, dental patterns and saliva existed as "real" evidence. However, the trial judge failed to appreciate the significance of the inescapable conclusion that, in violation of his *Charter* rights, the appellant was conscripted or forced by the police to provide evidence from his body thus incriminating himself. I have used the term "conscripted" to describe the situation where the police have compelled the accused to participate in providing self-incriminating evidence in the form of a confession or providing bodily samples. It is a term that has been used in other decisions of the Court, including *Collins*, to describe self-incriminating evidence obtained as a result of a *Charter* breach. In the circumstances, it was unnecessary and inappropriate to consider the seriousness of the breach. However, when he did so, the trial judge focussed exclusively on the conduct of the police. While police conduct is certainly one factor to be considered under this heading, it is not the only consideration. Here it was essential that other factors be considered. It is thus apparent that the trial judge erred in his appreciation and appli-

En examinant comment l'utilisation de la preuve compromettrait l'équité du procès, le juge du procès a conclu à tort que les échantillons de cheveux et de poils et les empreintes dentaires existaient indépendamment de toute violation de la *Charte* et qu'ils étaient donc admissibles en preuve. Certes, les échantillons de cheveux et de poils de l'appellant, ses empreintes dentaires et sa salive constituaient des éléments de preuve «matérielle». Toutefois, le juge du procès n'a pas apprécié l'importance de la conclusion inéluctable que, contrairement aux droits que lui garantissait la *Charte*, l'appellant a été mobilisé lui-même ou forcé par la police à fournir des éléments de preuve provenant de son corps, et qu'il s'est ainsi incriminé. J'ai utilisé le terme «mobilisé contre lui-même» pour décrire la situation où la police a forcé l'accusé à participer à la production d'éléments de preuve auto-incriminants sous la forme d'une confession ou d'échantillons de substances corporelles. C'est un terme qui a déjà été utilisé dans d'autres arrêts de la Cour, dont l'arrêt *Collins*, pour décrire un élément de preuve auto-incriminant obtenu grâce à une violation de la *Charte*. Dans les circonstances, il n'était ni nécessaire ni approprié d'examiner la gravité de la violation commise. Cependant, lorsqu'il l'a fait, le juge du procès s'est concentré exclusivement sur la conduite de la police. Bien

cation of the proper legal principles to be considered in applying s. 24(2), and that the admissibility of the impugned evidence must be reconsidered.

There can be no question that the *Collins* decision was the pathfinder that first charted the route that courts should follow when considering the application of s. 24(2). However, subsequent decisions of this Court and their interpretations by the courts below indicate that a further plotting of the course for courts to follow is required, while maintaining the basic principles outlined in *Collins*. For example, confusion has arisen as to what constitutes "real" evidence and in what circumstances its exclusion or admission would render the trial unfair. Perhaps the ensuing review of some decisions and proposed procedure for classifying evidence will be of some assistance.

(a) *Fairness of the Trial*

A consideration of trial fairness is of fundamental importance. If after careful consideration it is determined that the admission of evidence obtained in violation of a *Charter* right would render a trial unfair then the evidence must be excluded without consideration of the other *Collins* factors. A fair trial for those accused of a criminal offence is a cornerstone of our Canadian democratic society. A conviction resulting from an unfair trial is contrary to our concept of justice. To uphold such a conviction would be unthinkable. It would indeed be a travesty of justice. The concept of trial fairness must then be carefully considered for the benefit of society as well as for an accused. In discussing the aspect of trial fairness and its

que la conduite de la police soit sûrement un facteur à prendre en considération à ce chapitre, elle n'est pas le seul. Il était essentiel en l'espèce que d'autres facteurs soient pris en considération. Il appert donc que le juge du procès a commis une erreur dans son appréciation et son application des principes juridiques qui doivent être considérés en appliquant le par. 24(2), et que l'admissibilité des éléments de preuve contestés doit être réexaminée.

Il ne fait aucun doute que l'arrêt *Collins* a été le premier à tracer la voie que les tribunaux devraient suivre en examinant l'application du par. 24(2). Toutefois, des arrêts ultérieurs de notre Cour et l'interprétation que les tribunaux d'instance inférieure leur ont donnée indiquent qu'il est nécessaire de préciser davantage la voie qui doit être suivie par les tribunaux, tout en maintenant les principes de base énoncés dans l'arrêt *Collins*. Par exemple, il y a confusion quant à savoir ce qui constitue une preuve «matérielle» et dans quelles circonstances son exclusion ou son utilisation rendrait le procès inéquitable. L'examen qui suit de certaines décisions et de la méthode proposée pour qualifier la preuve aura peut-être une certaine utilité.

a) *L'équité du procès*

L'examen de l'équité du procès revêt une importance fondamentale. Si, après avoir procédé à un examen minutieux, on détermine que l'utilisation de la preuve obtenue en violation d'un droit garanti par la *Charte* rendrait le procès inéquitable, alors cette preuve doit être écartée sans égard aux autres facteurs énoncés dans l'arrêt *Collins*. L'équité du procès pour les personnes accusées d'une infraction criminelle est une pierre angulaire de la société démocratique canadienne. Une déclaration de culpabilité résultant d'un procès inéquitable est contraire à notre conception de la justice. Il serait impensable de confirmer une telle déclaration de culpabilité. En fait, ce serait une parodie de la justice. Il faut donc examiner soigneusement la notion d'équité du procès tant dans l'intérêt de la société que dans celui de l'accusé. En analysant l'aspect de l'équité du procès et son application en vertu du par. 24(2), le juge Lamer, maintenant

application under s. 24(2), Lamer J., as he then was, in *Collins, supra*, stated, at p. 284 that:

It is clear to me that the factors relevant to this determination will include the nature of the evidence obtained as a result of the violation and the nature of the right violated and not so much the manner in which the right was violated. Real evidence that was obtained in a manner that violated the *Charter* will rarely operate unfairly for that reason alone. The real evidence existed irrespective of the violation of the *Charter* and its use does not render the trial unfair. However, the 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 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. [Emphasis added.]

Juge en chef, affirme dans l'arrêt *Collins*, précité, à la p. 284:

Selon moi, il est clair que les facteurs pertinents à l'égard de cette détermination comprennent la nature de la preuve obtenue par suite de la violation et la nature du droit violé, plutôt que la façon dont ce droit a été violé. Une preuve matérielle obtenue d'une manière contraire à la *Charte* sera rarement de ce seul fait une cause d'injustice. La preuve matérielle existe indépendamment de la violation de la *Charte* et son utilisation ne rend pas le procès inéquitable. Il en est toutefois bien autrement des cas où, à la suite d'une violation de la *Charte*, l'accusé est conscrit contre lui-même au moyen d'une confession ou d'autres preuves émanant de lui. Puisque ces éléments de preuve n'existaient pas avant la violation, leur utilisation rendrait le procès inéquitable et constituerait une attaque contre l'un des principes fondamentaux d'un procès équitable, savoir le droit de ne pas avoir à témoigner contre soi-même. [Je souligne.]

73

It is apparent from this passage that the primary aim and purpose of considering the trial fairness factor in the s. 24(2) analysis is to prevent an accused person whose *Charter* rights have been infringed from being forced or conscripted to provide evidence in the form of statements or bodily samples for the benefit of the state. It is because the accused is compelled as a result of a *Charter* breach to participate in the creation or discovery of self-incriminating evidence in the form of confessions, statements or the provision of bodily samples, that the admission of that evidence would generally tend to render the trial unfair. That general rule, like all rules, may be subject to rare exceptions.

Il ressort de ce passage que le but premier de l'examen du facteur de l'équité du procès dans l'analyse fondée sur le par. 24(2) est d'empêcher qu'un accusé, dont les droits garantis par la *Charte* ont été violés, soit mobilisé contre lui-même ou forcé de fournir, au profit de l'État, des éléments de preuve sous forme de déclarations ou de substances corporelles. C'est parce que l'accusé est forcé, à la suite d'une violation de la *Charte*, de participer à la constitution ou à la découverte d'une preuve auto-incriminante sous forme de confessions, de déclarations ou d'échantillons de substances corporelles, que l'utilisation de cette preuve a généralement tendance à rendre le procès inéquitable. Cette règle générale, comme toutes les règles, peut souffrir de rares exceptions.

74

Thus, as a first step in the trial fairness analysis it is necessary to classify the type of evidence in question. Evidence to be considered under "fairness" will generally fall into one of two categories: non-conscriptive or conscriptive. The admission of evidence which falls into the "non-conscriptive" category will, as stated in *Collins*, rarely operate to render the trial unfair. If the evidence has been classified as non-conscriptive the court should move on to consider the second and third *Collins* factors, namely, the seriousness of the *Charter* violation and the effect of exclusion on the repute of

Ainsi, comme première étape de l'analyse de l'équité du procès, il est nécessaire de qualifier le genre d'éléments de preuve en question. Les éléments de preuve qui doivent être examinés au chapitre de l'«équité» tombent généralement dans l'une des deux catégories suivantes: la preuve non obtenue en mobilisant l'accusé contre lui-même ou la preuve obtenue en mobilisant l'accusé contre lui-même. Comme on l'a affirmé dans l'arrêt *Collins*, l'utilisation de la preuve qui relève de la catégorie des éléments de preuve non obtenus en mobilisant l'accusé contre lui-même a rarement pour

the administration of justice. The key, then, is how to distinguish between “non-conscriptive” and “conscriptive” evidence.

(i) Classification of the Evidence

Non-Conscriptive Evidence

If the accused was not compelled to participate in the creation or discovery of the evidence (i.e., the evidence existed independently of the *Charter* breach in a form useable by the state), the evidence will be classified as non-conscriptive. The admission of evidence which falls into this category will, as stated in *Collins*, *supra*, rarely operate to render the trial unfair. If the evidence has been classified as non-conscriptive the court should move on to consider the second and third of the *Collins* factors, namely, the seriousness of the *Charter* violation and the effect of exclusion on the repute of the administration of justice.

What has come to be referred to as “real” evidence will not necessarily fall into the “non-conscriptive” category. There is on occasion a misconception that “real” evidence, referring to anything which is tangible and exists as an independent entity, is always admissible. It is for this reason that blood, hair samples or the identity of the accused are often readily, yet incorrectly, classified as “real evidence existing independently of the *Charter* breach”. It is true that all of these examples “exist” quite independently of a *Charter* breach. Yet, it is key to their classification that they do not necessarily exist in a useable form. For example, in the absence of a valid statutory authority or the accused’s consent to take bodily samples,

effet de rendre le procès inéquitable. Lorsque la preuve est qualifiée de preuve non obtenue en mobilisant l’accusé contre lui-même, la cour devrait alors examiner les deuxième et troisième facteurs énoncés dans l’arrêt *Collins*, soit la gravité de la violation de la *Charte* et l’incidence de l’exclusion sur la considération dont jouit l’administration de la justice. Il est donc essentiel de savoir faire la distinction entre une preuve non obtenue en mobilisant l’accusé contre lui-même et une preuve obtenue en mobilisant l’accusé contre lui-même.

(i) Qualification de la preuve

La preuve non obtenue en mobilisant l’accusé contre lui-même

Si l’accusé n’a pas été forcé de participer à la constitution ou à la découverte de la preuve (en ce sens que la preuve existait indépendamment de la violation de la *Charte* sous une forme utilisable par l’État), la preuve sera qualifiée de preuve non obtenue en mobilisant l’accusé contre lui-même. Comme on l’a affirmé dans l’arrêt *Collins*, précité, l’utilisation de la preuve qui tombe dans cette catégorie a rarement pour effet de rendre le procès inéquitable. Si la preuve a été qualifiée de preuve non obtenue en mobilisant l’accusé contre lui-même, la cour devrait alors examiner les deuxième et troisième facteurs énoncés dans l’arrêt *Collins*, soit la gravité de la violation de la *Charte* et l’incidence de l’exclusion sur la considération dont jouit l’administration de la justice.

Ce qu’on en est venu à désigner sous le nom de preuve «matérielle» ne tombera pas nécessairement dans la catégorie de la preuve non obtenue en mobilisant l’accusé contre lui-même. On pense parfois erronément que la preuve «matérielle», qui désigne toute chose tangible existant comme entité indépendante, est toujours admissible. C’est pour cette raison que le sang, les échantillons de cheveux et de poils ou l’identité de l’accusé sont souvent volontiers, mais incorrectement, qualifiés «d’éléments de preuve matérielle qui existent indépendamment de la violation de la *Charte*». Il est vrai que tous ces exemples «existent» tout à fait indépendamment d’une violation de la *Charte*. Pourtant, il est essentiel à leur qualification qu’ils

the independent existence of the bodily evidence is of no use to the prosecution since there is no lawful means of obtaining it.

n'existent pas nécessairement sous une forme utilisable. Par exemple, en l'absence d'autorisation légale valide ou de consentement de l'accusé au prélèvement d'échantillons de substances corporelles, l'existence indépendante des éléments de preuve corporels n'est d'aucune utilité à la poursuite vu qu'il n'y a aucun moyen légal de les obtenir.

77 The crucial element which distinguishes non-conscriptive evidence from conscriptive evidence is not whether the evidence may be characterized as "real" or not. Rather, it is whether the accused was compelled to make a statement or provide a bodily substance in violation of the *Charter*. Where the accused, as a result of a breach of the *Charter*, is compelled or conscripted to provide a bodily substance to the state, this evidence will be of a conscriptive nature, despite the fact that it may also be "real" evidence. Therefore, it may be more accurate to describe evidence found without any participation of the accused, such as the murder weapon found at the scene of the crime, or drugs found in a dwelling house, simply as non-conscriptive evidence; its status as "real" evidence, *simpli-citer*, is irrelevant to the s. 24(2) inquiry.

L'élément crucial qui distingue la preuve non obtenue en mobilisant l'accusé contre lui-même de celle obtenue en mobilisant l'accusé contre lui-même n'est pas de savoir si la preuve peut être qualifiée de «matérielle». Il s'agit plutôt de savoir si l'accusé a été forcé de faire une déclaration ou de fournir une substance corporelle en violation de la *Charte*. Si, à la suite d'une violation de la *Charte*, l'accusé est mobilisé contre lui-même ou forcé de fournir une substance corporelle à l'État, cette preuve tiendra d'une preuve obtenue en le mobilisant contre lui-même, même s'il peut également s'agir d'une preuve «matérielle». Il serait donc plus exact de qualifier simplement de preuve non obtenue en mobilisant l'accusé contre lui-même la preuve découverte sans la participation de l'accusé, comme l'arme du crime trouvée sur les lieux d'un meurtre ou la drogue trouvée dans une maison d'habitation; le fait qu'il s'agisse simplement d'une preuve «matérielle» n'a aucune importance en ce qui concerne l'examen fondé sur le par. 24(2).

78 The concept of "real" evidence without any further description is misleading. It will be seen that, in certain circumstances, evidence such as the gun in *R. v. Burlingham*, [1995] 2 S.C.R. 206, may come into the state's possession as a result of the accused's compelled participation or "conscriptive" against himself. Thus, while the evidence is "real" it is nevertheless conscriptive evidence.

La notion de preuve «matérielle», sans autre précision, est trompeuse. On verra que, dans certaines circonstances, un élément de preuve tel que l'arme à feu dans l'affaire *R. c. Burlingham*, [1995] 2 R.C.S. 206, peut venir en la possession de l'État à la suite de la participation forcée de l'accusé ou de sa «mobilisation» contre lui-même. Donc, même si la preuve est «matérielle», elle constitue néanmoins une preuve obtenue en mobilisant l'accusé contre lui-même.

79 The recent case of *R. v. Evans*, [1996] 1 S.C.R. 8, provides an example of what I will call non-conscriptive evidence. Without any valid grounds the police knocked on the door which was opened by Mr. Evans. They smelled marijuana, arrested Mr. Evans and searched the premises. The evi-

L'arrêt récent *R. c. Evans*, [1996] 1 R.C.S. 8, fournit un exemple de ce que j'appelle une preuve non obtenue en mobilisant l'accusé contre lui-même. Sans aucun motif valable, les policiers ont frappé à la porte et M. Evans leur a ouvert. Ils ont senti une odeur de marijuana, arrêté M. Evans et

dence obtained by the police consisted of 41 marijuana plants, and other drug-related paraphernalia and growing equipment. It was found that the impugned evidence was real evidence that existed irrespective of a *Charter* violation. Once it had been established that the discovery of the evidence was not contingent on the accused's participation, it became unnecessary to consider whether the evidence would have been discovered in the absence of (but for) the unlawful search. The admission of the evidence would not render the trial unfair since the accused was not conscripted against himself in the creation or discovery of it. Accordingly, the trial fairness factor was satisfied and the Court moved on to consider the seriousness of the violation. See also: *R. v. Grant*, [1993] 3 S.C.R. 223, *R. v. Wiley*, [1993] 3 S.C.R. 263, and *R. v. Plant*, [1993] 3 S.C.R. 281.

Conscriptive Evidence

Evidence will be conscriptive when an accused, in violation of his *Charter* rights, is compelled to incriminate himself at the behest of the state by means of a statement, the use of the body or the production of bodily samples. The traditional and most frequently encountered example of this type of evidence is a self-incriminating statement made by the accused following a violation of his right to counsel as guaranteed by s. 10(b) of the *Charter*. The other example is the compelled taking and use of the body or of bodily substances of the accused, such as blood, which lead to self-incrimination. It is the compelled statements or the conscripted use of bodily substances obtained in violation of *Charter* rights which may render a trial unfair.

In considering the application of s. 24(2), courts will be rightly concerned that there has been a breach of the rights of the accused which led to the compelled self-incrimination of the accused. Historically, the judicial misgivings relating to self-incrimination came from the abhorrence of conscripting an accused to incriminate himself by

fouillé les lieux. Les éléments de preuve obtenus par la police comprenaient 41 plants de marijuana, des accessoires liés à la consommation de drogue et du matériel de culture. On a conclu que la preuve contestée était une preuve matérielle qui existait indépendamment d'une violation de la *Charte*. Dès qu'il avait été établi que la découverte de la preuve ne dépendait pas de la participation de l'accusé, il devenait inutile d'examiner si la preuve aurait été découverte en l'absence de (n'eût été) la fouille ou perquisition illégale. L'utilisation de la preuve ne rendrait pas le procès inéquitable, étant donné que l'accusé n'avait pas été mobilisé contre lui-même pour la constituer ou la découvrir. Par conséquent, le facteur d'équité du procès était respecté et la Cour est passée à l'examen de la gravité de la violation. Voir aussi: *R. c. Grant*, [1993] 3 R.C.S. 223, *R. c. Wiley*, [1993] 3 R.C.S. 263, et *R. c. Plant*, [1993] 3 R.C.S. 281.

La preuve obtenue en mobilisant l'accusé contre lui-même

La preuve est obtenue en mobilisant l'accusé contre lui-même lorsque l'accusé, en violation de ses droits garantis par la *Charte*, est forcé de s'incriminer sur l'ordre de l'État au moyen d'une déclaration, de l'utilisation de son corps ou de la production de substances corporelles. L'exemple classique le plus courant de ce genre de preuve est la déclaration auto-incriminante faite par l'accusé à la suite d'une violation du droit à l'assistance d'un avocat, que lui garantit l'al. 10b) de la *Charte*. Un autre exemple est l'utilisation forcée du corps de l'accusé ou le prélèvement forcé de ses substances corporelles telles que le sang, qui mènent à l'auto-incrimination. Ce sont les déclarations forcées ou l'utilisation des substances corporelles d'un accusé obtenues en le mobilisant contre lui-même, en violation de ses droits garantis par la *Charte*, qui peuvent rendre un procès inéquitable.

En examinant si le par. 24(2) s'applique, les tribunaux auront raison de craindre qu'une violation des droits de l'accusé ne l'ait forcé à s'incriminer lui-même. Historiquement, les craintes qu'il n'y ait eu auto-incrimination, éprouvées par les tribunaux, découlaient de leur aversion pour la mobilisation d'un accusé contre lui-même visant à lui arracher

means of a confession. When the rule against self-incrimination first emerged, there was a very real concern that a confession sometimes obtained by torture or threats could well be unreliable. Over the years, forms of compulsion other than torture were recognized as being just as compulsive, just as insidious and just as abhorrently unfair. At the time when the principle against enforced self-incrimination evolved, a confession or statement was often the only evidence tendered by the state to prove the crime.

une confession auto-incriminante. Au moment où la règle interdisant l'auto-incrimination a été adoptée, il y avait une crainte très réelle qu'une confession parfois obtenue sous la torture ou la menace se révèle indigne de foi. Au fil des ans, on a reconnu que des formes de contrainte autres que la torture pouvaient être tout aussi correctives, insidieuses et odieusement inéquitables. À l'époque où le principe interdisant l'auto-incrimination forcée s'est développé, une confession ou déclaration était souvent le seul élément que l'État présentait comme preuve du crime.

⁸² It is only in recent times that the compelled use of the body of the accused has been considered. Yet, it cannot be forgotten that in *Collins, supra*, Lamer J. astutely observed that "the 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 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" (p. 284). The carefully worded phrase "or other evidence emanating from him" gives a clear indication that the compelled or conscripted use of bodily substances in violation of the *Charter* will tend to render the trial unfair.

Ce n'est que récemment que l'on a examiné la question de l'utilisation forcée du corps de l'accusé. Pourtant, on ne saurait oublier que, dans l'arrêt *Collins*, précité, le juge Lamer a judicieusement fait observer qu'«[i]l 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 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» (p. 284). L'expression soigneusement formulée «ou d'autres preuves émanant de lui» indique clairement que l'utilisation de substances corporelles par la force ou la mobilisation de l'accusé contre lui-même, en violation de la *Charte*, aura tendance à rendre le procès inéquitable.

⁸³ It is contended that the taking of bodily substances should not be subject to the same protection as statements or confessions. Statements, it is said, are a product of the mind which would not exist but for the *Charter* violation. Bodily substances on the other hand already exist. Thus it is said that the body itself or identifying marks on it may always be used for identification. As a result, it is argued that bodily substances should always be available for testing and identification.

On soutient que le prélèvement de substances corporelles ne devrait pas bénéficier de la même protection que les déclarations ou les confessions. Les déclarations, affirme-t-on, sont un produit de l'esprit qui n'existerait pas n'eût été la violation de la *Charte*. Par contre, les substances corporelles existent déjà. On affirme donc que le corps lui-même ou ses caractéristiques distinctives peuvent toujours être utilisées à des fins d'identification. Par conséquent, on fait valoir que les substances corporelles devraient toujours pouvoir être utilisées pour les fins d'analyse et d'identification.

⁸⁴ Those who take this position rely upon the decision of the U.S. Supreme Court in *Schmerber v.*

Les tenants de ce point de vue se fondent sur l'arrêt de la Cour suprême des États-Unis

California, 384 U.S. 757 (1966). There, a blood sample was taken without the consent of the accused. It was contended that the taking infringed his right against self-incrimination. It was conceded that the state compelled him to submit to the taking to discover evidence that might be used to prosecute him. In a 5 to 4 decision the majority found the right against self-incrimination only guaranteed the right "to remain silent unless he chooses to speak in the unfettered exercise of his own will" (p. 760). The minority were of the view that taking the blood constituted a breach of the right against self-incrimination. I must say I prefer the view of the minority. Black J. in his dissenting reasons stated at p. 778:

How can it reasonably be doubted that the blood test evidence was not in all respects the actual equivalent of "testimony" taken from petitioner when the result of the test was offered as testimony, was considered by the jury as testimony, and the jury's verdict of guilt rests in part on that testimony? The refined, subtle reasoning and balancing process used here to narrow the scope of the Bill of Rights' safeguard against self-incrimination provides a handy instrument for further narrowing of that constitutional protection, as well as others, in the future. Believing with the Framers that these constitutional safeguards broadly construed by independent tribunals of justice provide our best hope for keeping our people free from governmental oppression. . . .

Douglas J. in his dissenting reasons wrote at pp. 778-79:

We are dealing with the right of privacy which, since the *Breithaupt* case, we have held to be within the penumbra of some specific guarantees of the Bill of Rights. *Griswold v. Connecticut*, 381 U.S. 479. Thus, the Fifth Amendment marks "a zone of privacy" which the Government may not force a person to surrender. *Id.*, 484. Likewise the Fourth Amendment recognizes that right when it guarantees the right of the people to be secure "in their persons." *Ibid.* No clearer invasion of this right of privacy can be imagined than forcible bloodletting of the kind involved here.

Schmerber c. California, 384 U.S. 757 (1966). Dans cette affaire, un échantillon de sang avait été prélevé sans le consentement de l'accusé. On a soutenu que ce prélèvement violait le droit de l'accusé de ne pas s'incriminer. On a admis que l'État l'avait forcé à subir le prélèvement dans le but de découvrir des éléments de preuve qui pourraient servir à le poursuivre. Dans un arrêt majoritaire, la cour a conclu que le droit de ne pas s'incriminer ne garantissait que le droit [TRADUCTION] «de garder le silence à moins d'user de son libre arbitre pour décider de parler» (p. 760). Les juges dissidents étaient d'avis que le prélèvement sanguin constituait une violation du droit de ne pas s'incriminer. Je dois avouer que je préfère l'opinion du juge Black, dissident, qui affirme, à la p. 778:

[TRADUCTION] Comment peut-on raisonnablement douter que la preuve de l'analyse sanguine n'était pas à tous égards l'équivalent réel d'un «témoignage» obtenu du requérant, alors que le résultat de l'analyse a été présenté à titre de témoignage, que le jury l'a considéré comme un témoignage et que le verdict de culpabilité rendu par le jury repose en partie sur ce témoignage? Le processus raffiné et subtil de raisonnement et de pondération utilisé ici pour réduire la portée de la garantie du Bill of Rights contre l'auto-incrimination sera commode pour diminuer davantage cette protection constitutionnelle, ainsi que d'autres, à l'avenir. Croyant, comme ceux qui les ont rédigées, que ces garanties constitutionnelles interprétées libéralement par des cours de justice indépendantes constituent notre meilleur espoir de protéger nos citoyens contre l'oppression gouvernementale . . .

Le juge Douglas, dissident, écrit, aux pp. 778 et 779:

[TRADUCTION] Nous avons affaire au droit à la vie privée qui, selon ce que nous avons jugé, relève de certaines garanties particulières du Bill of Rights, depuis l'affaire *Breithaupt*. *Griswold c. Connecticut*, 381 U.S. 479. Ainsi, le Cinquième amendement indique «une zone de vie privée» à laquelle le gouvernement ne peut pas forcer une personne à renoncer. *Id.*, 484. De même, le Quatrième amendement reconnaît ce droit lorsqu'il garantit le droit des citoyens à la sécurité «de leur personne». *Ibid.* On ne saurait imaginer plus nette atteinte à ce droit à la vie privée qu'une saignée forcée du genre dont il est ici question.

86

It has, for a great many years, been considered unfair and indeed unjust to seek to convict on the basis of a compelled statement or confession. If it was obtained as a result of a breach of the *Charter* its admission would generally tend to render the trial unfair. Similarly, to compel an accused to use his body or to provide bodily substances in order to incriminate himself would generally render the trial unfair. This is so because the compelled production of bodily parts or substances is just as great an invasion of the essence of the person as is a compelled conscripted statement. The unauthorized use of a person's body or bodily substances is just as much compelled "testimony" that could render the trial unfair as is a compelled statement.

87

Canadians think of their bodies as the outward manifestation of themselves. It is considered to be uniquely important and uniquely theirs. Any invasion of the body is an invasion of the particular person. Indeed, it is the ultimate invasion of personal dignity and privacy. No doubt this approach was the basis for the assault and sexual assault provisions. The body was very rightly seen to be worthy of protection by means of criminal sanctions against those who assault others. The concept of fairness requires that searches carried out in the course of police investigations recognize the importance of the body.

88

Traditionally, the common law and Canadian society have recognized the fundamental importance of the innate dignity of the individual. There is little likelihood of maintaining any semblance of dignity where, without consent and in the absence of any statutory authorization, intrusive procedures are employed to take bodily substances. For example, can there be any respect demonstrated for an individual if against their will women and men accused of a crime can be compelled to provide samples of their pubic hair to the police?

Depuis de très nombreuses années, on considère qu'il est inéquitable, voire injuste, de chercher à obtenir un verdict de culpabilité sur la foi d'une déclaration ou confession forcée. Si cette déclaration ou confession a été obtenue à la suite d'une violation de la *Charte*, son utilisation tendra généralement à rendre le procès inéquitable. De même, forcer un accusé à utiliser son corps ou à fournir des substances corporelles pour qu'il s'incrimine rendrait généralement le procès inéquitable. Il en est ainsi parce que la production forcée de parties du corps ou de substances corporelles est une atteinte tout aussi grave à l'essence d'une personne que l'est une déclaration forcée obtenue en mobilisant l'accusé contre lui-même. L'utilisation non autorisée du corps d'une personne ou de ses substances corporelles constitue, tout autant qu'une déclaration forcée, un «témoignage» forcé susceptible de rendre le procès inéquitable.

Les Canadiens considèrent leur corps comme étant la manifestation extérieure de leur être. Ils considèrent qu'il a une importance exceptionnelle et qu'il leur appartient exclusivement. Toute atteinte au corps d'un individu est une atteinte à sa personne. En fait, il s'agit de l'atteinte la plus grave à la dignité personnelle et à la vie privée. Il n'y a aucun doute que ce point de vue a été à la base des dispositions en matière de voies de fait et d'agression sexuelle. On a considéré, à très juste titre, que le corps méritait d'être protégé par des sanctions pénales contre les agresseurs. La notion d'équité exige que l'on reconnaisse l'importance du corps lors des fouilles effectuées au cours d'enquêtes policières.

La common law et la société canadienne reconnaissent traditionnellement l'importance fondamentale de la dignité innée de la personne. Il y a peu de chances de maintenir une apparence de dignité lorsque, sans consentement et en l'absence d'autorisation légale, des procédures envahissantes sont utilisées pour prélever des substances corporelles. Par exemple, comment peut-on parler de respect de la personne si des femmes ou des hommes accusés d'un crime peuvent être forcés, contre leur gré, à fournir à la police des échantillons de leurs poils pubiens?

It is repugnant to fair-minded men and women to think that police can without consent or statutory authority take or require an accused to provide parts of their body or bodily substances in order to incriminate themselves. The recognition of the right to bodily integrity and sanctity is embodied in s. 7 of the *Charter* which confirms the right to life, liberty and the security of the person and guarantees the equally important reciprocal right not to be deprived of security of the person except in accordance with the principles of fundamental justice. This right requires that any interference with or intrusion upon the human body can only be undertaken in accordance with principles of fundamental justice. Generally that will require valid statutory authority or the consent of the individual to the particular bodily intrusion or interference required for the purpose of the particular procedure the police wish to undertake. It follows that the compelled use of the body or the compelled provision of bodily substances in breach of a *Charter* right for purposes of self-incrimination will generally result in an unfair trial just as surely as the compelled or conscripted self-incriminating statement.

So soon as that is said, it is apparent that a particular procedure may be so unintrusive and so routinely performed that it is accepted without question by society. Such procedures may come under the rare exception for merely technical or minimal violations referred to earlier. For example, assuming that fingerprinting is conscriptive, it is minimally intrusive and has been recognized by statute and practice for such an extended period of time that this Court readily found that it was acceptable in Canadian society. See the carefully crafted reasons of La Forest J. in *Beare, supra*. Similarly, the *Criminal Code* provisions pertaining to breath samples are both minimally intrusive and essential to control the tragic chaos caused by drinking and driving.

Il répugne à des hommes et à des femmes équitables de penser que la police puisse, sans consentement ou sans autorisation légale, prélever des parties du corps ou des substances corporelles d'un accusé ou l'obliger à en fournir pour qu'il s'incrimine. La reconnaissance du droit à l'intégrité et à l'inviolabilité du corps est consacrée à l'art. 7 de la *Charte*, qui confirme le droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de la personne et qui garantit le droit réciproque tout aussi important qu'il ne soit porté atteinte à la sécurité de la personne qu'en conformité avec les principes de justice fondamentale. Ce droit exige que toute atteinte au corps humain ne puisse être portée qu'en conformité avec les principes de justice fondamentale. Cela nécessitera généralement une autorisation légale valide ou le consentement de la personne concernée à ce que son corps fasse l'objet de l'atteinte nécessaire aux fins de la procédure à laquelle la police souhaite se livrer. Il s'ensuit que l'utilisation forcée du corps ou la fourniture forcée de substances corporelles en violation d'un droit garanti par la *Charte*, à des fins d'auto-incrimination, rendra généralement le procès inéquitable tout aussi sûrement que le ferait la déclaration auto-incriminante forcée ou obtenue en mobilisant l'accusé contre lui-même.

Cela dit, il devient aussitôt évident qu'une procédure donnée peut être si peu envahissante et si courante qu'elle est acceptée sans contredit par la société. Cette procédure peut relever de l'exception rare concernant les violations simplement techniques ou minimales mentionnées plus haut. Par exemple, à supposer que la prise des empreintes digitales soit effectuée en mobilisant l'accusé contre lui-même, elle est une atteinte minimale qui est reconnue depuis si longtemps par la loi et la pratique que notre Cour a conclu volontiers qu'elle était acceptable dans la société canadienne. Voir les motifs que le juge La Forest a soigneusement rédigés dans l'arrêt *Beare*, précité. De même, les dispositions du *Code criminel* relatives aux échantillons d'haleine constituent une atteinte à la fois minimale et essentielle pour réprimer le chaos tragique causé par la conduite en état d'ébriété.

91 In the case at bar to proceed in the face of a specific refusal to compel the accused to submit to the lengthy and intrusive dental process, to force the accused to provide the pubic hairs and to forcibly take the scalp hairs and buccal swabs was, to say the least, unacceptable behaviour that contravened both s. 7 and s. 8 of the *Charter*. It was a significant invasion of bodily integrity. It was an example of the use of mental and physical action by agents of the state to overcome the refusal to consent to the procedures. It serves as a powerful reminder of the powers of the police and how frighteningly broad they would be in a police state. If there is not respect for the dignity of the individual and the integrity of the body then it is but a very short step to justifying the exercise of any physical force by police if it is undertaken with the aim of solving crimes. No doubt the rack and other stock in trade of the torturer operated to quickly and efficiently obtain evidence for a conviction. Yet repugnance for such acts and a sense of a need for fairness in criminal proceedings did away with those evil practices. There must always be a reasonable control over police actions if a civilized and democratic society is to be maintained.

En l'espèce, le fait d'avoir passé outre au refus explicite de l'accusé pour le forcer à se soumettre à une procédure dentaire longue et envahissante, de l'avoir forcé à fournir des poils pubiens, et de lui avoir prélevé des cheveux et fait des prélèvements dans la bouche de force constituait, à tout le moins, un comportement inacceptable qui contrevenait tant à l'art. 7 qu'à l'art. 8 de la *Charte*. Il s'agissait d'une atteinte grave à l'intégrité physique de l'accusé. C'était un exemple du recours de mandataires de l'État à des moyens physiques et psychologiques pour contourner le refus de consentir aux procédures en question. C'est aussi un puissant rappel des pouvoirs de la police et de l'ampleur effarante qu'ils auraient dans un État policier. S'il n'y a pas de respect pour la dignité et l'intégrité physique de la personne, on est alors très près de justifier l'utilisation de n'importe quelle force physique par la police si cela est fait dans le but de résoudre un crime. Il n'y a aucun doute que le chevalet et les autres outils du bourreau permettaient d'obtenir rapidement et efficacement les éléments de preuve nécessaires à une déclaration de culpabilité. Pourtant, la répugnance pour de tels actes et le sentiment d'un besoin d'équité dans les procédures criminelles ont mis fin à ces pratiques funestes. Un contrôle raisonnable des actions policières est toujours nécessaire au maintien d'une société civilisée et démocratique.

92 In my view, police actions taken without consent or authority which intrude upon an individual's body in more than a minimal fashion violate s. 7 of the *Charter* in a manner that would as a general rule tend to affect the fairness of the trial. Those opposed to this position may argue that it leads to the requirement that the state will have to justify legislation permitting bodily intrusion. Yet, I do not find that to be an unduly onerous requirement when dealing with bodily intrusions. Although the issue was not raised it would seem that the recent provisions of the *Code* permitting DNA testing might well meet all constitutional requirements. The procedure is judicially supervised, it must be based upon reasonable and probable grounds and the authorizing judge must be satisfied that it is minimally intrusive. It cannot be forgotten that the testing can establish innocence

À mon avis, les actions policières qui sont accomplies sans consentement ni autorisation et qui portent une atteinte plus que minimale au corps d'une personne violent l'art. 7 de la *Charte* d'une manière qui, en règle générale, tend à nuire à l'équité du procès. Ceux qui s'opposent à ce point de vue peuvent faire valoir qu'il mène à l'exigence que l'État soit tenu de justifier la mesure législative autorisant une atteinte à l'intégrité physique d'une personne. Cependant, je ne considère pas qu'il s'agit là d'une exigence trop onéreuse lorsqu'il est question d'atteintes à l'intégrité physique d'une personne. Bien que la question n'ait pas été soulevée, il semblerait que les dispositions récentes du *Code* qui autorisent les analyses d'empreintes génétiques pourraient bien satisfaire à toutes les exigences constitutionnelles. La procédure est contrôlée par les tribunaux, elle doit être

as readily as guilt as the Guy-Paul Morin case so vividly demonstrates. It seems to me that the requirement of justification is a reasonable safeguard which is necessary to control police powers to intrude upon the body. This is the approach that I would favour.

However, it should be recognized that there is an alternative approach which reaches the same result. It could be said that intrusive searches of the body, such as those which occurred here, were so unreasonable and constituted such a serious violation of s. 8 that to admit the evidence obtained from the search would bring the administration of justice with disrepute. This result would be based upon the seriousness or gravity of the breach, the second factor referred to in *Collins, supra*. My concern with this approach is that it fails to recognize the fundamental importance of the innate dignity of the individual. That dignity is, to a large extent, based upon the integrity and sanctity of the body. That sanctity is violated if individuals are prevented from exercising their free will as to the use to be made of their own body by agents of the state. It is the security of the person which is recognized by s. 7 of the *Charter*. The security of the body should be recognized as being just as worthy of protection from state intrusion aimed at compelled self-incrimination as are statements. Evidence obtained by a significant compelled intrusion upon the body without consent or statutory authorization should be considered, as a general rule, to adversely effect the fairness of the trial.

The compulsion which results in self-incrimination by a statement or the taking of bodily substances or the use of the body itself may arise in a number of ways such as the forced participation in a line-up identification (*R. v. Ross*, [1989] 1 S.C.R.

fondée sur des motifs raisonnables et le juge qui accorde l'autorisation doit être convaincu qu'elle ne porte qu'une atteinte minimale. On ne saurait oublier que l'analyse peut établir l'innocence aussi facilement que la culpabilité, comme l'affaire Guy-Paul Morin l'illustre si bien. Il me semble que l'exigence de justification constitue une garantie raisonnable et qu'elle est nécessaire pour contrôler les pouvoirs de la police de porter atteinte au corps d'une personne. C'est le point de vue que je préconiserais.

Il y a lieu de reconnaître, cependant, qu'il existe un autre point de vue qui permet d'arriver au même résultat. On pourrait affirmer que les fouilles corporelles envahissantes, comme celles qui ont été effectuées en l'espèce, étaient si abusives et constituaient une violation si grave de l'art. 8 que l'utilisation des éléments de preuve qu'elles ont permis d'obtenir est susceptible de déconsidérer l'administration de la justice. Ce résultat reposerait sur la gravité de la violation, qui est le deuxième facteur mentionné dans l'arrêt *Collins*, précité. La crainte que j'éprouve relativement à ce point de vue émane du fait qu'il ne reconnaît pas l'importance fondamentale de la dignité innée de la personne. Cette dignité est, dans une large mesure, fondée sur l'intégrité et l'inviolabilité du corps. Il y a atteinte à cette inviolabilité si une personne est empêchée d'user de son libre arbitre relativement à l'utilisation que des mandataires de l'État feront de son propre corps. C'est la sécurité de la personne qui est garantie à l'art. 7 de la *Charte*. On devrait reconnaître que la sécurité du corps mérite tout autant que les déclarations d'être protégée contre les atteintes de l'État visant à obtenir de force une auto-incrimination. On devrait généralement considérer que les éléments de preuve obtenus à la suite d'une grave atteinte physique forcée, qui a été portée sans consentement ni autorisation légale, compromettent à l'équité du procès.

La contrainte qui engendre l'auto-incrimination au moyen d'une déclaration, du prélèvement de substances corporelles ou de l'utilisation du corps même peut revêtir un certain nombre de formes, comme la participation forcée à une séance d'iden-

3); providing a breath sample (*R. v. Bartle*, [1994] 3 S.C.R. 173); providing DNA samples — blood (*Borden, supra*); telling the police where to find evidence (*Burlingham, supra*); and making an incriminating statement (*R. v. Manninen*, [1987] 1 S.C.R. 1233).

tification (*R. c. Ross*, [1989] 1 R.C.S. 3), la fourniture d'un échantillon d'haleine (*R. c. Bartle*, [1994] 3 R.C.S. 173), la fourniture d'échantillons contenant des empreintes génétiques — du sang (*Borden*, précité), la divulgation à la police de l'endroit où se trouvent des éléments de preuve (*Burlingham*, précité), et les déclarations incriminantes (*R. c. Manninen*, [1987] 1 R.C.S. 1233).

95 In *Ross, supra*, the accused were denied their right to counsel and were subsequently asked to participate in a line-up without being told that they were not obliged to do so. The Court assessed the impact of the identification evidence on the fairness of the trial and made the following comments (at p. 16):

Dans l'arrêt *Ross*, précité, on a refusé de permettre aux accusés d'exercer leur droit à l'assistance d'un avocat et on leur a subséquemment demandé de participer à une séance d'identification sans leur dire qu'ils n'étaient pas tenus de le faire. La Cour a évalué l'incidence de la preuve d'identification sur l'équité du procès et a fait les commentaires suivants (à la p. 16):

It is true that, as a general matter, the identity of the accused is not evidence emanating from the accused, nor is it evidence that cannot be obtained but for the participation of the accused. . . .

Il est vrai qu'en règle générale, l'identité de l'accusé n'est pas un élément de preuve émanant de l'accusé ni un élément de preuve qui ne peut être obtenu sans sa participation. . . .

However, the identification evidence obtained through a line-up is not simply pre-existing "real evidence" in this sense. The purpose of a line-up is two-fold. First, a line-up is designed to identify the detainee as the author of the crime. But second, and most important to the discussion here, the procedure of a line-up is designed to reinforce the credibility of identification evidence. In this sense the object of the line-up is to construct evidence that the accused was picked out from among a similar group of people, by a witness who was not prompted in any way to make that choice, and to settle the memory of the witness for the purpose of the trial. When participating in a line-up, the accused is participating in the construction of credible inculpatory evidence.

Cependant, la preuve d'identification obtenue au moyen d'une séance d'identification n'est pas simplement une «preuve matérielle» préexistante dans ce sens. La séance d'identification a un double but. Premièrement, elle est destinée à identifier le détenu comme étant l'auteur du crime. Mais deuxièmement, ce qui est plus important aux fins de la présente analyse, la procédure d'une séance d'identification est conçue pour renforcer la crédibilité de la preuve d'identification. En ce sens, l'objet de la séance d'identification est de constituer la preuve que l'accusé a été désigné parmi un groupe de personnes semblables, par un témoin qui n'a été incité d'aucune manière à faire ce choix, et de fixer la mémoire du témoin aux fins du procès. Quand il participe à une séance d'identification, l'accusé participe à la constitution d'une preuve incriminante crédible.

96 On the other hand, an example of a situation where evidence obtained in violation of a *Charter* right was admitted because there was no compulsion is *R. v. Wijesinha*, [1995] 3 S.C.R. 422. In that case, the accused, a lawyer, had set up a scheme whereby police officers, for a fee, would refer to him individuals caught driving while impaired. Part of the evidence against the accused were certain statements he made at a meeting he had arranged with a police officer who, unbeknownst to him, was wearing a "body pack" which recorded

Par contre, l'arrêt *R. c. Wijesinha*, [1995] 3 R.C.S. 422, est un exemple de cas où la preuve obtenue en violation d'un droit garanti par la *Charte* a été admise parce qu'il n'y avait pas eu de contrainte. Dans cette affaire, l'accusé, qui était avocat avait conçu un plan selon lequel des policiers lui enverraient, contre rétribution, les personnes qu'ils arrêteraient pour conduite en état d'ébriété. La preuve qui pesait contre l'accusé était composée en partie de certaines déclarations qu'il avait faites lors d'une rencontre qu'il avait organi-

the conversation. This surreptitious recording was undertaken without a warrant, and hence violated s. 8 of the *Charter*. Obviously, the accused was not detained at the time he made these statements.

With respect to the first branch of the *Collins* test, it was held at para. 55 that:

On the first question, it seems readily apparent that the admission of the evidence did not affect the fairness of the trial. The appellant could not by any stretch of the imagination be said to have been conscripted into incriminating himself in these conversations. [Emphasis added.]

Thus, it can be seen that the admission of evidence, which was obtained following the breach of an accused's *Charter* rights resulting in the accused being compelled or conscripted to incriminate himself by a statement or the use as evidence of his body or bodily substances will, as a general rule, be found to render the trial unfair.

Derivative Evidence

A subset of conscriptive evidence is "derivative evidence". This is a term frequently used to describe what is essentially conscriptive "real" evidence. It involves a *Charter* violation whereby the accused is conscripted against himself (usually in the form of an inculpatory statement) which then leads to the discovery of an item of real evidence. In other words, the unlawfully conscripted statement of the accused is the necessary cause of the discovery of the real evidence.

An example is provided by *Burlingham, supra*. There the accused, who was charged with murder, was subjected to an intensive and manipulative interrogation by the police in violation of his right to counsel. The questioning ultimately led to the accused giving a full confession, including a state-

sée avec un policier qui, à son insu, était muni d'un micro-émetteur de poche qui avait permis d'enregistrer la conversation. Cet enregistrement clandestin avait été effectué sans mandat et violait donc l'art. 8 de la *Charte*. De toute évidence, l'accusé n'était pas détenu au moment où il a fait ces déclarations.

Quant au premier volet du critère de l'arrêt *Collins*, la Cour statue, au par. 55:

En ce qui a trait à la première question, il appert nettement que l'utilisation de la preuve n'a pas porté atteinte à l'équité du procès. Même en faisant un gros effort d'imagination, on ne peut dire que l'appellant a été forcé de s'incriminer dans ces conversations. [Je souligne.]

On peut ainsi constater qu'en règle générale on jugera que l'utilisation d'une preuve obtenue à la suite d'une violation des droits garantis à l'accusé par la *Charte*, qui a permis de mobiliser l'accusé contre lui-même ou de le forcer à s'incriminer par une déclaration ou par l'utilisation en preuve de son corps ou de ses substances corporelles, rend le procès inéquitable.

La preuve dérivée

La «preuve dérivée» constitue une sous-catégorie de la preuve obtenue en mobilisant l'accusé contre lui-même. C'est une expression qui est souvent utilisée pour désigner ce qui constitue essentiellement une preuve «matérielle» obtenue en mobilisant l'accusé contre lui-même. Elle implique une violation de la *Charte* qui permet de mobiliser l'accusé contre lui-même (habituellement sous la forme d'une déclaration incriminante), et d'aboutir ensuite à la découverte d'un élément de preuve matérielle. En d'autres termes, la déclaration obtenue illégalement de l'accusé en le mobilisant contre lui-même est la cause nécessaire de la découverte de la preuve matérielle.

L'arrêt *Burlingham*, précité, en fournit un exemple. Dans cette affaire, la police avait fait subir un interrogatoire serré et manipulateur à une personne accusée de meurtre, en violation de son droit à l'assistance d'un avocat. Cet interrogatoire avait finalement amené l'accusé à faire une confes-

97

98

99

100

ment that the murder weapon could be found at the bottom of a frozen river. It was found that nothing would have been said had the accused not been improperly conscripted by the police to provide evidence against himself. The gun, which was ultimately seized from the river, was “real” evidence. However, its seizure was derived from the conscripted statement. This decision demonstrates that the gun should not be treated as “real” evidence “which will rarely render the trial unfair”, but rather, it should be viewed as conscriptive or self-incriminating evidence discovered as a result of the accused being conscripted to provide the evidence following a breach of his *Charter* rights. As Sopinka J. aptly put it (at paras. 144-45):

... it is unfair for the Crown to make out its case in whole or in part by the use of evidence that it obtained in breach of the rights of the accused and involving his or her participation. . . .

The participation of the accused in providing incriminating evidence involving a breach of *Charter* rights is the ingredient that tends to render the trial unfair as he or she is not under any obligation to assist the Crown to secure a conviction.

101 If the evidence under consideration is classified as conscriptive, that is to say self-incriminating, which in the case of statements includes derivative evidence, then it will be necessary to take the second step of the analysis and determine whether the admission of the evidence would render the trial unfair.

(ii) The Discoverability or “But For” Principle

102 The admission of self-incriminating evidence in the form of statements or bodily substances conscripted from the accused in violation of the *Charter* and evidence derived from unlawfully conscripted statements will, as a general rule, tend to render the trial unfair. Nevertheless, in recent cases it has been held that the admission of conscriptive evidence will not render the trial unfair where the

sion complète, y compris une déclaration que l’arme du crime pourrait être trouvée au fond d’une rivière gelée. On a conclu que l’accusé n’aurait rien dit s’il n’avait pas été irrégulièrement mobilisé par la police pour fournir une preuve contre lui-même. L’arme à feu qu’on a fini par retirer de la rivière était une preuve «matérielle». Cependant, la saisie de cette arme résultait de la déclaration qui avait été arrachée à l’accusé en le mobilisant contre lui-même. Cet arrêt démontre que l’arme à feu devrait être considérée non pas comme une preuve «matérielle» «qui rendra rarement le procès inéquitable», mais plutôt comme une preuve auto-incriminante ou obtenue en mobilisant l’accusé contre lui-même, qui a été découverte parce que l’accusé a été forcé de la fournir à la suite d’une violation de ses droits garantis par la *Charte*. Comme le juge Sopinka le dit si bien (aux par. 144 et 145):

... il est injuste que le ministère public présente une partie ou la totalité de sa preuve au moyen d’éléments de preuve obtenus en violation des droits de l’accusé et exigeant sa participation. . .

La participation de l’accusé qui fournit une preuve incriminante dans le contexte d’une violation de ses droits en vertu de la *Charte* est l’ingrédient qui tend à rendre le procès inéquitable puisque l’accusé n’a aucune obligation d’aider le ministère public à obtenir une déclaration de culpabilité.

Si la preuve examinée est qualifiée de preuve obtenue en mobilisant l’accusé contre lui-même, c’est-à-dire de preuve auto-incriminante, ce qui, dans le cas de déclarations, comprend la preuve dérivée, il faut alors passer à la deuxième étape de l’analyse et déterminer si l’utilisation de cette preuve rendrait le procès inéquitable.

(ii) Le principe de la possibilité de découvrir la preuve ou du «n’eût été»

L’utilisation d’une preuve auto-incriminante sous forme de déclaration ou de substances corporelles obtenues de l’accusé en le mobilisant contre lui-même, en violation de la *Charte*, et d’une preuve dérivée de déclarations obtenues illégalement en mobilisant l’accusé contre lui-même, tendra généralement à rendre le procès inéquitable. Néanmoins, dans des affaires récentes, il a été

impugned evidence would have been discovered in the absence of the unlawful conscription of the accused. There are two principal bases upon which it could be demonstrated that the evidence would have been discovered. The first is where an independent source of the evidence exists. The second is where the discovery of the evidence was inevitable.

Where the Evidence Would Have Been Discovered Absent the Unlawful Conscription of the Accused

Independent Source

In certain circumstances, the police may have had an alternative non-conscriptive means by which they could have obtained the impugned evidence, notwithstanding the fact that they obtained it by conscriptive means. Evidence which would have been obtained without the accused's participation yet, the accused was still compelled to participate, will nonetheless be classified as conscriptive evidence. The existence of an alternate means of obtaining the evidence has no bearing on how the evidence is classified. Nevertheless, where an alternative non-conscriptive means exists and the Crown has established on a balance of probabilities that the police would have availed themselves of it, the admission of the evidence would not effect the fairness of the trial.

In *R. v. Colarusso*, [1994] 1 S.C.R. 20, the accused, whose impaired driving resulted in a motor vehicle accident, refused to give samples of his blood and urine for anything other than medical purposes. Notwithstanding the lack of consent, a lab technician gave the accused's bodily samples to the coroner, who then turned them over to a police officer. The results of the analysis of the samples were used against the accused at trial. It was held that the independent and prior existence of the sample, completely apart from any s. 8 infringement by the state, meant that the evidence was discoverable in any event. The police could have obtained a warrant to seize the sample and

statué que l'utilisation d'une preuve obtenue en mobilisant l'accusé contre lui-même ne rendra pas le procès inéquitable si la preuve contestée aurait été découverte sans la mobilisation illégale de l'accusé contre lui-même. Il y a deux situations principales où il est possible de démontrer que la preuve aurait été découverte. Premièrement, lorsque la preuve peut être tirée d'une source indépendante. Deuxièmement, lorsque la découverte de la preuve était inévitable.

Le cas où la preuve aurait été découverte sans la mobilisation illégale de l'accusé contre lui-même

L'existence d'une source indépendante

Dans certains cas, il se peut que la police ait disposé d'un autre moyen d'obtenir la preuve contestée en ne mobilisant pas l'accusé contre lui-même, bien qu'elle l'ait obtenue en mobilisant l'accusé contre lui-même. Pourtant, la preuve qui aurait été obtenue sans la participation de l'accusé, même s'il était toujours forcé de participer, sera néanmoins qualifiée de preuve obtenue en mobilisant l'accusé contre lui-même. L'existence d'un autre moyen d'obtenir la preuve n'a aucune incidence sur la façon de qualifier la preuve. Néanmoins, lorsqu'il existe un autre moyen non fondé sur la mobilisation de l'accusé contre lui-même, et que le ministère public a établi, suivant la prépondérance des probabilités, que la police y aurait eu recours, l'utilisation de la preuve ne nuirait pas à l'équité du procès.

Dans l'arrêt *R. c. Colarusso*, [1994] 1 R.C.S. 20, l'accusé, dont la conduite en état d'ébriété était à l'origine d'un accident de la circulation, avait refusé de fournir des échantillons de son sang et de son urine à des fins autres que médicales. Malgré l'absence de consentement, un technicien de laboratoire avait remis des échantillons de substances corporelles de l'accusé au coroner qui, à son tour, les avait remis à un policier. Les résultats de l'analyse des échantillons avaient été utilisés contre l'accusé à son procès. La Cour a conclu que le fait que l'échantillon existait tout à fait indépendamment d'une violation de l'art. 8 par l'État, et préalablement à celle-ci, signifiait que la preuve

therefore a non-conscriptive means or independent source for the evidence existed.

pouvait être découverte de toute façon. La police aurait pu obtenir un mandat l'autorisant à saisir l'échantillon et la preuve aurait donc pu être tirée d'une source indépendante ou obtenue sans mobiliser l'accusé contre lui-même.

105 In those cases where it is determined that a non-conscriptive means existed by which the evidence would have been obtained, the admission of the evidence may not render the trial unfair. However, the fact that an alternate means existed for obtaining the evidence may well also be relevant to the consideration of the seriousness of the violation. It is important to bear in mind what was said about such a situation in *Collins, supra*, at p. 285:

Dans les cas où on décide qu'il existait un moyen d'obtenir la preuve sans mobiliser l'accusé contre lui-même, il se peut que l'utilisation de la preuve ne rende pas le procès inéquitable. Toutefois, il se peut bien que l'existence d'un autre moyen d'obtenir la preuve soit également pertinente pour examiner la gravité de la violation. Il importe de se souvenir de ce qui a été dit au sujet d'une telle situation, à la p. 285 de l'arrêt *Collins*, précité:

... the availability of other investigatory techniques and the fact that the evidence could have been obtained without the violation of the *Charter* tend to render the *Charter* violation more serious. We are considering the actual conduct of the authorities and the evidence must not be admitted on the basis that they could have proceeded otherwise and obtained the evidence properly. In fact, their failure to proceed properly when that option was open to them tends to indicate a blatant disregard for the *Charter*, which is a factor supporting the exclusion of the evidence.

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

Inevitable Discovery

La découverte inévitable

106 *R. v. Black*, [1989] 2 S.C.R. 138, involved a breach of the accused's s. 10(b) rights. Following the *Charter* violation, the police officer improperly questioned the accused about the details of the offence. This led to the accused making an inculpatory statement. She was then escorted to her apartment where she produced a knife from a kitchen drawer and handed it over to the officers indicating that it was the murder weapon. The Court excluded the accused's statement on the basis that its admission would infringe her right against self-incrimination and thus render the trial unfair. The knife was held to be derivative evidence obtained as a direct result of the conscripted statement made by the accused. The Court then applied the discoverability principle. It concluded that there was no doubt that the police would have conducted a search of the accused's apartment where the killing occurred. During that search, the

Dans l'arrêt *R. c. Black*, [1989] 2 R.C.S. 138, il était question d'une violation des droits garantis à l'accusée par l'al. 10b). À la suite de la violation de la *Charte*, le policier a irrégulièrement demandé à l'accusée des précisions au sujet de l'infraction, ce qui l'a amenée à faire une déclaration incriminante. Les policiers l'ont ensuite accompagnée à son appartement, où elle a retiré un couteau d'un tiroir de la cuisine et l'a remis aux policiers en leur disant qu'il s'agissait de l'arme du crime. La Cour a écarté la déclaration de l'accusée pour le motif que son utilisation violerait son droit de ne pas s'incriminer et rendrait ainsi le procès inéquitable. Elle a jugé que le couteau était une preuve dérivée qui émanait directement de la déclaration obtenue de l'accusée en la mobilisant contre elle-même. La Cour a alors appliqué le principe de la possibilité de découvrir la preuve. Elle a conclu qu'il n'y avait aucun doute que la police aurait effectué une

police, even without her assistance, would have discovered the knife. In other words, the discovery of the knife was inevitable and therefore its admission would not render the trial unfair. The *Black* case, then, provides an example of how this two-step process prevents all conscripted evidence from being automatically excluded. I should note, in passing, that “inevitably” discoverable evidence may be subsumed in the consideration of evidence obtained by alternative non-conscriptive means.

In summary, where it is established that either a non-conscriptive means existed through which the evidence would have been discovered or that its discovery was inevitable, then the evidence was discoverable; it would have been discovered in the absence of the unlawful conscription of the accused. The Crown must bear the onus of establishing discoverability on a balance of probabilities. Where the evidence was “discoverable”, even though it may be conscriptive, its admission will not, as a general rule, render the trial unfair. The Court should therefore proceed to consider the seriousness of the violation.

Where the Evidence Would Not Have Been Discovered in the Absence of the Unlawful Conscripted Statement of the Accused

There will be cases where the evidence would not have been discovered in the absence of the unlawful conscription of the accused. That is to say there will be no independent source of evidence nor could it be established that it would inevitably have been discovered. The *Burlingham* case illustrates a situation where the discovery of the murder weapon was anything but inevitable. It would be safe to say that the police would never have found the gun but for the accused’s conscripted statement. Their investigation would not have led them to discover the weapon at the

perquisition dans l’appartement de l’accusée, où l’homicide avait eu lieu. Au cours de cette perquisition, la police aurait, même sans l’aide de l’accusée, découvert le couteau. En d’autres termes, la découverte du couteau était inévitable et, par conséquent, son utilisation ne rendrait pas le procès inéquitable. L’arrêt *Black* fournit donc un exemple de la façon dont ce processus en deux étapes empêche l’exclusion automatique de tout élément de preuve obtenu en mobilisant un accusé contre lui-même. Je tiens à noter, en passant, que la preuve qui aurait été découverte «inévitablement» peut entrer dans l’examen de la preuve obtenue autrement que par la mobilisation de l’accusé contre lui-même.

En résumé, lorsqu’il est établi qu’il y avait un moyen de découvrir la preuve sans mobiliser l’accusé contre lui-même, ou que sa découverte était inévitable, cette preuve pouvait alors être découverte; elle aurait été découverte sans la mobilisation illégale de l’accusé contre lui-même. Il incombe au ministère public d’établir, suivant la prépondérance des probabilités, que la preuve pouvait être découverte. Lorsque la preuve «pouvait être découverte», même si elle peut avoir été obtenue en mobilisant l’accusé contre lui-même, son utilisation ne rendra pas, en règle générale, le procès inéquitable. La Cour devrait donc passer à l’examen de la gravité de la violation.

Le cas où la preuve n’aurait pas été découverte sans la mobilisation illégale de l’accusé contre lui-même

Il y aura des cas où la preuve n’aurait pas été découverte sans la mobilisation illégale de l’accusé contre lui-même, c’est-à-dire où il n’y aura ni source de preuve indépendante, ni possibilité d’établir qu’elle aurait été inévitablement découverte. L’affaire *Burlingham* est un exemple de situation où la découverte de l’arme du crime n’était absolument pas inévitable. On pourrait affirmer, sans risque de se tromper, que la police n’aurait jamais trouvé l’arme à feu n’eût été la déclaration obtenue de l’accusé en le mobilisant contre lui-même. Son enquête ne l’aurait pas

bottom of a frozen river. To admit the gun in evidence would render the trial unfair.

amenée à découvrir l'arme au fond d'une rivière gelée. L'admission en preuve de l'arme à feu rendrait le procès inéquitable.

109 Another example is provided by *Borden, supra*. A sample of the accused's blood was taken in order to link him to a sexual assault. In the process his ss. 8, 10(a) and (b) *Charter* rights were violated. The evidence was conscriptive and was not discoverable in any event. The accused had no legal obligation to provide the blood sample and the police could not obtain it without his consent or his unlawful conscription. Accordingly, the evidence was excluded on the basis that its admission would render the trial unfair.

L'arrêt *Borden*, précité, fournit un autre exemple. Un échantillon du sang de l'accusé a été prélevé dans le but de le lier à une agression sexuelle. Ce faisant, il y a eu violation des droits que lui garantissaient l'art. 8 et les al. 10a) et b) de la *Charte*. La preuve avait été obtenue en mobilisant l'accusé contre lui-même et n'aurait absolument pas pu être découverte. L'accusé n'avait aucune obligation légale de fournir un échantillon de sang et la police ne pouvait pas l'obtenir sans son consentement ou sans le mobiliser illégalement contre lui-même. Par conséquent, la preuve a été écartée pour le motif que son utilisation rendrait le procès inéquitable.

110 Thus it can be seen that in situations where the evidence would not have been discovered in the absence of the conscription of the accused in violation of the *Charter*, its admission would render the trial unfair. In those circumstances it is not necessary to consider the seriousness of the violation or the repute of the administration of justice since a finding that the admission of the evidence would render the trial unfair indicates that the administration of justice would necessarily be brought into disrepute if the evidence were not excluded under s. 24(2).

On peut donc constater que, dans les situations où la preuve n'aurait pas été découverte sans mobiliser l'accusé contre lui-même en violation de la *Charte*, son utilisation rendrait le procès inéquitable. Dans ces cas, il n'est pas nécessaire d'examiner la gravité de la violation ni la considération dont jouit l'administration de la justice, étant donné que la conclusion que l'utilisation de la preuve rendrait le procès inéquitable indique que l'administration de la justice serait nécessairement déconsidérée si cette preuve n'était pas écartée en vertu du par. 24(2).

111 Perhaps it would be helpful to set out a summary of the approach that should be taken when the trial fairness factor is being considered.

Il serait peut-être utile de résumer la méthode qui devrait être adoptée pour examiner le facteur de l'équité du procès.

(iii) Trial Fairness Summary

(iii) Résumé concernant l'équité du procès

112 A simple method by which trial judges may approach the trial fairness factor is to divide the analysis into two steps. First, the evidence must be classified as either "conscriptive" or "non-conscriptive". The classification will be based on the manner in which the evidence was obtained.

Une façon simple pour les juges du procès d'aborder le facteur de l'équité du procès consiste à procéder à une analyse en deux étapes. Premièrement, la preuve doit être qualifiée soit de «preuve obtenue en mobilisant l'accusé contre lui-même», soit de «preuve non obtenue en mobilisant l'accusé contre lui-même». La qualification de la preuve dépendra de la façon dont elle a été obtenue.

Classification

If the evidence, obtained in a manner which violates the *Charter*, involved the accused being compelled to incriminate himself either by a statement or the use as evidence of the body or of bodily substances it will be classified as conscriptive evidence. See *Manninen, supra*; *Ross, supra*, and *Bartle, supra*. On the other hand, if the evidence, obtained in a manner which violates the *Charter*, did not involve the accused being compelled to incriminate himself either by a statement or the use as evidence of the body or of bodily substances it will be classified as non-conscriptive evidence. See *R. v. Silveira*, [1995] 2 S.C.R. 297, and *Evans, supra*.

Conscripted or self-incriminating evidence may lead to what has been termed derivative evidence. This phrase has been used to describe "real" evidence which has been "derived" from, that is to say found as a result of, the conscriptive evidence. The evidence discovered should be classified as conscriptive, since the accused's compelled statement was a necessary cause of its discovery. In those cases, the courts must carefully review the events leading up to the finding of the evidence rather than simply considering whether the ultimate piece of evidence which the Crown is seeking to introduce is "real" evidence. As an example of derivative evidence that was conscripted from the accused, see *Burlingham, supra*.

Where evidence is determined to be non-conscriptive, its admission generally will not render the trial unfair and the court should proceed to consider the seriousness of the violation. However, where evidence is found to be of a conscriptive nature the court must proceed to the second step, which involves an assessment of whether the evidence would have been discovered in the absence of (but for) the *Charter* violation.

La qualification

Si la preuve a été obtenue dans des conditions qui violent la *Charte*, en forçant l'accusé à s'incriminer lui-même par une déclaration ou par l'utilisation en preuve de son corps ou de ses substances corporelles, elle sera qualifiée de preuve obtenue en mobilisant l'accusé contre lui-même. Voir les arrêts *Manninen, Ross et Bartle*, précités. Par contre, si la preuve a été obtenue dans des conditions qui violent la *Charte*, en ne forçant pas l'accusé à s'incriminer lui-même par une déclaration ou par l'utilisation en preuve de son corps ou de ses substances corporelles, elle sera qualifiée de preuve non obtenue en mobilisant l'accusé contre lui-même. Voir les arrêts *R. c. Silveira*, [1995] 2 R.C.S. 297, et *Evans*, précité.

113

La preuve auto-incriminante ou obtenue en mobilisant l'accusé contre lui-même peut mener à ce qu'on appelle une preuve dérivée. Cette expression a été utilisée pour désigner la preuve «matérielle» qui a été «dérivée» de la preuve obtenue en mobilisant l'accusé contre lui-même, c'est-à-dire qui a été découverte grâce à cette preuve. La preuve découverte devrait être qualifiée de preuve obtenue en mobilisant l'accusé contre lui-même, étant donné qu'elle a été découverte nécessairement en raison de la déclaration forcée de ce dernier. Dans ces cas, la cour doit examiner avec soin les événements qui ont mené à la découverte de la preuve, plutôt que de simplement examiner si l'élément de preuve fondamental que le ministère public cherche à produire est une preuve «matérielle». Pour un exemple de preuve dérivée obtenue en mobilisant l'accusé contre lui-même, voir l'arrêt *Burlingham*, précité.

114

Si l'on décide que la preuve n'a pas été obtenue en mobilisant l'accusé contre lui-même, son utilisation ne rendra pas généralement le procès inéquitable et la cour doit passer à l'examen de la gravité de la violation. Toutefois, si on conclut que la preuve a été obtenue en mobilisant l'accusé contre lui-même, la cour doit passer à la deuxième étape et déterminer si elle aurait été découverte sans (n'eût été) la violation de la *Charte*.

115

Discoverability

116 There are two bases upon which it may be demonstrated that the evidence would have been discovered absent a *Charter* violation: (a) if the evidence would have been obtained, in any event, from an independent source; in other words, there were alternative non-conscriptive means by which the police could have seized the evidence and the Crown has established, on a balance of probabilities, that the police would have availed themselves of those means (see, for example, *Colarusso, supra*); or (b) if the evidence would inevitably have been discovered. See, for example, *Black, supra*, and *R. v. Harper*, [1994] 3 S.C.R. 343. In both circumstances, even though it is conscriptive evidence, the probability of its discovery means that its admission will not render the trial unfair. However, in determining the admissibility of the evidence that would have been discovered by the alternative means, the court will have to consider the seriousness of the *Charter* breach and the effect of exclusion on the repute of the administration of justice.

117 On the other hand, there will be cases where the evidence would not have been discovered in the absence of the conscription of the accused in violation of the *Charter*. In those situations it will be apparent that the police could not have obtained the evidence in the absence of the unlawful conscription of the accused. See as examples, *Burlingham, supra*, and *Borden, supra*.

118 Therefore, where the conscriptive evidence would not have been discovered in the absence of the unlawful conscription of the accused, its admission would generally tend to render the trial unfair. In those circumstances it is not necessary to consider the seriousness of the violation, or the repute of the administration of justice, as a finding that the admission of the evidence would render the trial unfair means that the administration of justice would necessarily be brought into disrepute if the evidence were not excluded under s. 24(2): *R. v. Hebert*, [1990] 2 S.C.R. 151; *Mellenthin, supra*.

La possibilité de découvrir la preuve

Il y a deux façons possibles de démontrer que la preuve aurait été découverte en l'absence d'une violation de la *Charte*: a) la preuve aurait été obtenue, de toute façon, auprès d'une source indépendante; autrement dit, la police disposait d'un autre moyen de saisir la preuve, qui n'était pas fondé sur la mobilisation de l'accusé contre lui-même, et le ministère public a établi, suivant la prépondérance des probabilités, que la police aurait eu recours à ce moyen (voir, par exemple, l'arrêt *Colarusso, précité*); ou b) la preuve aurait été découverte inévitablement. Voir, par exemple, les arrêts *Black, précité*, et *R. c. Harper*, [1994] 3 R.C.S. 343. Dans un cas comme dans l'autre, même s'il s'agit d'une preuve obtenue en mobilisant l'accusé contre lui-même, la probabilité de sa découverte fait en sorte que son utilisation ne rendra pas le procès inéquitable. Toutefois, pour déterminer l'admissibilité de la preuve qui aurait été découverte grâce à cet autre moyen, le tribunal devra examiner la gravité de la violation de la *Charte* et l'incidence de l'exclusion de cette preuve sur la considération dont jouit l'administration de la justice.

En revanche, il y aura des cas où la preuve n'aurait pas été découverte sans mobiliser l'accusé contre lui-même en violation de la *Charte*. Dans ces cas, il sera évident que la police n'aurait pas pu obtenir la preuve sans la mobilisation illégale de l'accusé contre lui-même. Voir, par exemple, les arrêts *Burlingham* et *Borden, précités*.

Par conséquent, lorsque la preuve obtenue en mobilisant l'accusé contre lui-même n'aurait pas été découverte sans cette mobilisation illégale de l'accusé, son utilisation tendra généralement, à rendre le procès inéquitable. Dans ces circonstances, il n'est pas nécessaire d'examiner la gravité de la violation ni la considération dont jouit l'administration de la justice, étant donné que la conclusion que l'utilisation de la preuve rendrait le procès inéquitable signifie que l'administration de la justice serait nécessairement déconsidérée si la preuve en question n'était pas écartée en vertu du par. 24(2): *R. c. Hebert*, [1990] 2 R.C.S. 151; *Mellenthin, précité*.

The summary itself can be reduced to this short form:

1. Classify the evidence as conscriptive or non-conscriptive based upon the manner in which the evidence was obtained. If the evidence is non-conscriptive, its admission will not render the trial unfair and the court will proceed to consider the seriousness of the breach and the effect of exclusion on the repute of the administration of justice.
2. If the evidence is conscriptive and the Crown fails to demonstrate on a balance of probabilities that the evidence would have been discovered by alternative non-conscriptive means, then its admission will render the trial unfair. The Court, as a general rule, will exclude the evidence without considering the seriousness of the breach or the effect of exclusion on the repute of the administration of justice. This must be the result since an unfair trial would necessarily bring the administration of justice into disrepute.
3. If the evidence is found to be conscriptive and the Crown demonstrates on a balance of probabilities that it would have been discovered by alternative non-conscriptive means, then its admission will generally not render the trial unfair. However, the seriousness of the *Charter* breach and the effect of exclusion on the repute of the administration of justice will have to be considered.

(iv) Application of the Principles Discussed to this Case

Le résumé lui-même peut être ramené à ces quelques points:

1. Qualifier la preuve soit de preuve obtenue en mobilisant l'accusé contre lui-même, soit de preuve non obtenue en mobilisant l'accusé contre lui-même, selon la manière dont elle a été obtenue. Si la preuve est une preuve non obtenue en mobilisant l'accusé contre lui-même, son utilisation ne rendra pas le procès inéquitable et le tribunal passera à l'examen de la gravité de la violation et de l'incidence de l'exclusion de cette preuve sur la considération dont jouit l'administration de la justice.
2. Si la preuve a été obtenue en mobilisant l'accusé contre lui-même et que le ministre public ne démontre pas, suivant la prépondérance des probabilités, qu'elle aurait été découverte par un autre moyen non fondé sur la mobilisation de l'accusé contre lui-même, son utilisation rendra alors le procès inéquitable. En règle générale, le tribunal écartera la preuve sans examiner la gravité de la violation ni l'incidence de son exclusion sur la considération dont jouit l'administration de la justice. Il doit en être ainsi puisqu'un procès inéquitable déconsidérerait nécessairement l'administration de la justice.
3. Si l'on conclut que la preuve a été obtenue en mobilisant l'accusé contre lui-même et si le ministre public démontre, suivant la prépondérance des probabilités, qu'elle aurait été découverte par un autre moyen non fondé sur la mobilisation de l'accusé contre lui-même, son utilisation ne rendra alors généralement pas le procès inéquitable. Toutefois, il faudra examiner la gravité de la violation de la *Charte* et l'incidence de l'exclusion de cette preuve sur la considération dont jouit l'administration de la justice.

(iv) Application des principes analysés à la présente affaire

The Samples of Hair, the Dental Impression and Buccal Swabs: Was this Evidence Conscripted From the Appellant?

Les échantillons de cheveux et de poils, les empreintes dentaires et les prélèvements faits dans la bouche: s'agissait-il d'éléments de preuve obtenus en mobilisant l'appellant contre lui-même?

120 The police had no right to obtain the hair samples, teeth impressions or buccal swabs from the appellant without his informed consent. The appellant clearly expressed his refusal to provide bodily samples. Yet, by threat of force the police obtained the sample of scalp hair, buccal swabs and compelled the appellant to pluck his pubic hair to provide as a sample. They proceeded with the lengthy and intrusive process of taking impressions of his teeth. There can be no doubt that the police, by their words and actions, compelled the appellant to participate in providing the evidence. Equally there can be no doubt that the evidence of bodily samples constituted conscriptive evidence.

La police n'avait pas le droit d'obtenir les échantillons de cheveux et de poils, les empreintes dentaires ou les prélèvements faits dans la bouche de l'appellant, sans le consentement éclairé de ce dernier. L'appellant a clairement exprimé son refus de fournir des échantillons de substances corporelles. Malgré cela, la police a, en menaçant de recourir à la force, obtenu les échantillons de cheveux et les prélèvements dans la bouche, et a contraint l'appellant à s'arracher des poils pubiens et à les fournir comme échantillons. Les policiers se sont ensuite engagés dans le long processus envahissant du prélèvement de ses empreintes dentaires. Il n'y a pas de doute que les policiers, par leurs paroles et leurs actions, ont contraint l'appellant à participer à la production de la preuve. Il n'y a pas de doute non plus que la preuve composée des substances corporelles avait été obtenue en mobilisant l'accusé contre lui-même.

121 As Iacobucci J. noted in *R. v. S. (R.J.)*, [1995] 1 S.C.R. 451: "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" (para. 188 (emphasis in original)).

Comme le juge Iacobucci le fait remarquer dans *R. c. S. (R.J.)*, [1995] 1 R.C.S. 451: «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» (par. 188 (souligné dans l'original)).

Would the Evidence Have Been Discovered in the Absence of the Unlawful Conscripted of the Accused?

La preuve aurait-elle été découverte sans la mobilisation illégale de l'accusé contre lui-même?

122 It is apparent that the impugned evidence would not have been discovered had it not been for the conscription of the accused in violation of s. 7 and s. 8 of the *Charter*. The appellant was not obliged to provide the hair samples, teeth impressions or buccal swabs. His *Charter* guarantee of security of the person and the inviolability of his body meant that in the absence of statutory authority the Crown could not undertake the impugned procedure. Quite simply, the police could not, in the

Il est évident que la preuve contestée n'aurait pas été découverte si l'accusé n'avait pas été mobilisé contre lui-même en violation des art. 7 et 8 de la *Charte*. L'appellant n'était pas tenu de fournir des échantillons de cheveux et de poils, des empreintes dentaires ou des prélèvements faits dans sa bouche. Le droit à la sécurité de sa personne que lui garantissait la *Charte* et l'inviolabilité de son corps signifiaient qu'en l'absence d'autorisation légale le ministère public ne pouvait pas

absence of valid statutory authority, lawfully obtain the samples without his consent. No independent source existed by which the police could have obtained the impugned evidence. Since the appellant expressly refused to consent to provide samples, the evidence was not discoverable by the state without the conscription of the accused in violation of the *Charter*. It follows that the admission of the evidence would render the trial unfair. This finding is sufficient to resolve the s. 24(2) issue as the evidence must be excluded: *Hebert, supra*. However, something should be said of the seriousness of the *Charter* violation which occurred in this case.

(b) *Seriousness of the Charter Violation*

The violations of ss. 7 and 8 of the *Charter*, pursuant to which this evidence was obtained, were of a very serious nature. The police acted with blatant disregard for the fundamental rights of the appellant. Notwithstanding the appellant's express refusal to provide bodily samples or to give a statement, the police purposely waited until the appellant's lawyers had left and then immediately proceeded, through the use of force, threats and coercion to take his bodily samples and to interrogate him in an effort to obtain a statement. They pulled and cut samples of the appellant's scalp hair and made him pull his own pubic hair. They forced a plasticine mold into his mouth in order to obtain dental impressions and later, had a dentist conduct a two-hour procedure to take more accurate impressions.

Reprehensible as these actions were in themselves they become intolerable in these circumstances when the police were aware that the appellant was a young offender at the time, and that he was entitled to the special protection provided by the *Young Offenders Act*. The police knew the Act provides that a young person must be given a reasonable opportunity to have a lawyer, a parent, or

entreprendre la procédure contestée. En l'absence d'autorisation légale valide, la police ne pouvait tout simplement pas obtenir légalement les échantillons sans le consentement de l'appelant. Il n'y avait aucune source indépendante d'où la police aurait pu tirer la preuve contestée. Étant donné que l'appelant avait expressément refusé de consentir à fournir des échantillons, l'État n'était pas en mesure de découvrir la preuve sans mobiliser l'accusé contre lui-même en violation de la *Charte*. Il s'ensuit que l'utilisation de la preuve rendrait le procès inéquitable. Cette conclusion suffit pour répondre à la question du par. 24(2), étant donné que la preuve doit être écartée: *Hebert*, précité. On pourrait cependant dire quelque chose au sujet de la gravité de la violation de la *Charte* qui a été commise en l'espèce.

b) *La gravité de la violation de la Charte*

Les violations des art. 7 et 8 de la *Charte*, qui ont permis d'obtenir la preuve en question, sont de nature très grave. La police a fait preuve d'un mépris flagrant pour les droits fondamentaux de l'appelant. Malgré le refus explicite de l'appelant de fournir des échantillons de substances corporelles ou de faire une déclaration, les policiers ont délibérément attendu le départ des avocats de l'appelant pour immédiatement commencer, en recourant à la force, aux menaces et à la contrainte, à prélever des échantillons de ses substances corporelles et à l'interroger dans le but d'obtenir une déclaration. Ils ont arraché et coupé des échantillons de cheveux de l'appelant et l'ont forcé à s'arracher des poils pubiens. Ils lui ont introduit dans la bouche un moule de plasticine afin d'obtenir ses empreintes dentaires et ont demandé, par la suite, à un dentiste de procéder à une prise d'empreintes plus précises qui a duré deux heures.

Quoique ces actions soient déjà répréhensibles en soi, elles deviennent d'autant plus intolérables que la police savait que l'appelant était à l'époque un jeune contrevenant et qu'il avait droit à la protection spéciale de la *Loi sur les jeunes contrevenants*. La police savait que la Loi prévoit qu'un adolescent doit avoir la possibilité de bénéficier de la présence d'un avocat, de l'un de ses parents ou

a chosen adult present when the police seek to take a statement. All this was flagrantly disregarded.

125 The respondent argued that the police acted in good faith since they asked the Crown Attorney whether they had authority to seize bodily samples. I cannot accept this submission. The police were aware that, without the DNA evidence, they did not have enough to charge the appellant with murder. Under the circumstances, the comments of Sopinka J. in *R. v. Kokesch*, [1990] 3 S.C.R. 3, at p. 28, are apposite:

... the unavailability of other, constitutionally permissible, investigative techniques is neither an excuse nor a justification for constitutionally impermissible investigative techniques.

(c) *The Administration of Justice*

126 The *Charter* rights of the accused were infringed by the actions of the police. Those actions could be taken to be abusive. It is easy to understand the sense of frustration of the police officers. They were attempting to obtain evidence implicating the person they suspected had murdered a young girl. Yet *Charter* rights are the rights of all people in Canada. They cannot be simply suspended when the police are dealing with those suspected of committing serious crimes. Frustrating and aggravating as it may seem, the police as respected and admired agents of our country, must respect the *Charter* rights of all individuals, even those who appear to be the least worthy of respect. Anything less must be unacceptable to the courts. The words of Iacobucci J. in *Burlingham*, *supra*, at para. 50, bear repeating:

... we should never lose sight of the fact that even a person accused of the most heinous crimes, and no matter the likelihood that he or she actually committed those crimes, is entitled to the full protection of the *Charter*. Short-cutting or short-circuiting those rights affects not only the accused but also the entire reputation of the criminal justice system. It must be empha-

d'un autre adulte de son choix lorsque la police cherche à obtenir une déclaration. Il y a eu mépris flagrant de tout cela.

L'intimée a fait valoir que la police a agi de bonne foi vu qu'elle a demandé au substitut du procureur général si elle était autorisée à saisir des échantillons de substances corporelles. Je ne puis retenir cet argument. La police savait que, sans la preuve d'empreintes génétiques, elle n'avait pas suffisamment d'éléments de preuve pour accuser de meurtre l'appelant. Dans ces circonstances, les commentaires du juge Sopinka, dans *R. c. Kokesch*, [1990] 3 R.C.S. 3, à la p. 28, sont pertinents:

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

c) *L'administration de la justice*

Par ses actions, la police a porté atteinte aux droits garantis à l'accusé par la *Charte*. On pourrait considérer que ces actions sont abusives. Il est facile de saisir le sentiment de frustration des policiers. Ils tentaient d'obtenir des éléments de preuve contre la personne qu'ils soupçonnaient d'avoir tué une jeune fille. Pourtant, les droits garantis par la *Charte* sont les droits de tous les Canadiens. Ils ne peuvent pas être simplement suspendus lorsque la police traite avec des personnes soupçonnées d'avoir commis des crimes graves. Quelque frustrant et exaspérant que cela puisse paraître, les policiers, en leur qualité de mandataires respectés et admirés de notre pays, doivent respecter les droits que la *Charte* garantit à toutes personnes, même celles qui paraissent le moins dignes de respect. Les tribunaux ne doivent accepter rien de moins. Il vaut la peine de reprendre les propos tenus par le juge Iacobucci, au par. 50 de l'arrêt *Burlingham*, précité:

... il ne faut jamais perdre de vue que même la personne accusée du crime le plus ignoble, peu importe la probabilité qu'elle ait bel et bien commis ce crime, a droit à la pleine protection de la *Charte*. Couper court aux droits qui y sont garantis ou les court-circuiter nuit non seulement à l'accusé, mais aussi à toute la considération dont jouit le système de justice criminelle. Il faut

sized that the goals of preserving the integrity of the criminal justice system as well as promoting the decency of investigatory techniques are of fundamental importance in applying s. 24(2).

In this case, it would certainly shock the conscience of all fair minded members of the community that the police rode roughshod over a young offender's refusal to provide his bodily samples. As a result, the evidence of the hair samples, dental impressions and buccal swabs must be excluded.

(2) The Tissue Containing Mucous

In contrast to the hair samples, teeth impressions and buccal swabs, the police did not force, or even request, a mucous sample from the appellant. He blew his nose of his own accord. The police acted surreptitiously in disregard for the appellant's explicit refusal to provide them with bodily samples. However, the violation of the appellant's *Charter* rights with respect to the tissue was not serious. The seizure did not interfere with the appellant's bodily integrity, nor cause him any loss of dignity. In any event, the police could and would have obtained the discarded tissue. They would have had reasonable and probable grounds to believe that the tissue would provide evidence in their investigation and therefore would have sealed the garbage container and obtained a search warrant in order to recover its contents. Quite simply, it was discoverable. In my view, the administration of justice would not be brought into disrepute if the evidence obtained from the mucous sample were to be admitted.

VI. Disposition

The appeal is allowed and a new trial is ordered in which the hair samples, dental impressions and buccal swabs are to be excluded, while the mucous sample may be admitted.

souligner que les objectifs de protection de l'intégrité du système de justice criminelle et de promotion de l'honnêteté des techniques d'enquête sont d'importance fondamentale dans l'application du par. 24(2).

En l'espèce, le fait que la police se soit moquée du refus d'un jeune contrevenant de fournir des échantillons de ses substances corporelles choquerait sûrement la conscience de tous les citoyens équitables. Par conséquent, la preuve composée des échantillons de cheveux et de poils, des empreintes dentaires et des prélèvements faits dans la bouche doit être écartée.

(2) Le papier-mouchoir contenant les mucosités

Contrairement à ce qui s'est passé dans le cas des échantillons de cheveux et de poils, des empreintes dentaires et des prélèvements faits dans la bouche, la police n'a pas forcé l'appelant à fournir un échantillon de ses mucosités, et ne lui a même pas demandé de le faire. Celui-ci s'est mouché de son propre gré. La police a agi subrepticement, au mépris du refus explicite de l'appelant de lui fournir des échantillons de substances corporelles. Cependant, les droits que la *Charte* garantissait à l'appelant relativement au papier-mouchoir n'ont pas été gravement violés. La saisie n'a pas porté atteinte à l'intégrité physique de l'appelant et ne lui a fait perdre sa dignité d'aucune manière. De toute façon, la police pouvait obtenir et aurait obtenu le papier-mouchoir jeté. Elle aurait eu des motifs raisonnables de croire que le papier-mouchoir constituerait un élément de preuve dans son enquête et elle aurait donc scellé la poubelle et obtenu un mandat de perquisition afin d'en récupérer le contenu. Cet élément de preuve pouvait tout simplement être découvert. À mon avis, l'administration de la justice ne serait pas déconsidérée si la preuve constituée par l'échantillon de mucosités était utilisée.

VI. Dispositif

Le pourvoi est accueilli et un nouveau procès est ordonné, où les échantillons de cheveux et de poils, les empreintes dentaires et les prélèvements faits dans la bouche devront être écartés, tandis que l'échantillon de mucosités pourra être utilisé.

127

128

129

The following are the reasons delivered by

Les motifs suivants ont été rendus par

130 L'HEUREUX-DUBÉ J. (dissenting) — This case concerns the brutal murder of Pamela Bischoff, a 14-year-old girl. Her body was located in the Oromocto River on April 18, 1991, not far from where she had last been seen alive six days earlier in the company of the appellant. The circumstances of the killing and the horrendous details of the state in which the body of the victim was discovered are fully set out in the dissenting opinion of Rice J.A. in the judgment of the Court of Appeal of New Brunswick: (1995), 159 N.B.R. (2d) 321, 409 A.P.R. 321, 97 C.C.C. (3d) 164 (Hoyt C.J.N.B., Rice and Ayles J.J.A.), and need not be recounted here.

LE JUGE L'HEUREUX-DUBÉ (dissidente) — Ce pourvoi concerne le meurtre brutal de Pamela Bischoff, une jeune fille de 14 ans. Son corps fut retrouvé dans la rivière Oromocto le 18 avril 1991, près de l'endroit où elle avait été aperçue pour la dernière fois, six jours plus tôt, en compagnie de l'appelant. Les circonstances de l'homicide et les détails horribles de l'état dans lequel le corps de la victime fut découvert sont relatés au complet dans les motifs de dissidence du juge Rice de la Cour d'appel du Nouveau-Brunswick: (1995), 159 R.N.-B. (2^e) 321, 409 A.P.R. 321, 97 C.C.C. (3d) 164 (le juge en chef Hoyt et les juges Rice et Ayles), et n'ont pas à être repris ici.

131 The autopsy of the victim revealed a blunt trauma to her head which caused her death, semen in her vagina and a human bite mark on her abdomen which had apparently been placed at or after the time of death.

L'autopsie de la victime a permis de déceler un brutal traumatisme crânien qui a causé son décès, la présence de sperme dans son vagin et la marque d'une morsure humaine sur son abdomen, apparemment faite au moment du décès ou subséquemment.

132 In relation to the killing of Pamela Bischoff, the appellant was charged with and convicted, before a judge and jury, of first degree murder and sentenced to life imprisonment with no eligibility for parole for eight years, mainly on the basis of four pieces of evidence obtained at the time of appellant's arrest: mucous found in a discarded tissue, hair samples, buccal swabs and teeth impressions. On a *voir dire*, such evidence was found to be admissible at trial: Court of Queen's Bench of New Brunswick, March 8, 1993, [1993] N.B.J. No. 625 (Russell J.). The DNA extracted from the appellant's mucous and hair samples was found to match the DNA of the semen found in the victim's vagina. Although the odontology results were inconclusive, the dental impressions and the bite mark found on the teenager's body were found to be somewhat consistent. That evidence is at the crux of this case.

L'appelant fut accusé de meurtre au premier degré relativement à l'homicide de Pamela Bischoff et, à l'issue d'un procès devant un juge et un jury, il fut déclaré coupable et condamné à l'emprisonnement à perpétuité sans possibilité de libération conditionnelle avant huit ans, et ce, principalement à partir de quatre éléments de preuve obtenus au moment de l'arrestation de l'appelant: des mucosités trouvées dans un papier-mouchoir jeté, des échantillons de cheveux et de poils, des prélèvements faits dans la bouche et des empreintes dentaires. Lors d'un voir-dire, ces éléments de preuve furent jugés admissibles au procès: Cour du Banc de la Reine du Nouveau-Brunswick, 8 mars 1993, [1993] A.N.-B. n° 625 (le juge Russell). On a conclu que l'ADN extrait des mucosités et des échantillons de cheveux et de poils de l'appelant correspondait à celui du sperme découvert dans le vagin de la victime. Bien que les résultats de l'analyse odontologique aient été peu concluants, les empreintes dentaires et la marque de morsure décelée sur le corps de l'adolescente furent jugées compatibles jusqu'à un certain point. Cette preuve est au cœur de ce pourvoi.

On appeal against the appellant's conviction, the majority of the Court of Appeal of New Brunswick dismissed the appeal and this case comes to us as of right on account of the dissent on appeal.

The appellant argues that the tissue found to contain mucous and the hair samples as well as the buccal swabs and the teeth impressions have been obtained in breach of his rights under ss. 7, 8 and 10(b) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* and, contrary to the trial judge's ruling on the *voir dire* and the judgment of the majority of the Court of Appeal, should have been excluded at trial. The Crown submits that no such *Charter* violations occurred and, if so, that the evidence was nevertheless admissible under s. 24(2) of the *Charter*.

The issue of whether the evidence in dispute was admissible at trial involves questions of fact as well as questions of law. My colleague Cory J. concludes that, except for the tissue found to contain mucous, such evidence is not admissible and would accordingly allow the appeal and order a new trial. I dissent for the following reasons.

The starting point of the analysis is the arrest. Was the arrest lawful? If so, was the search and seizure of the evidence at issue legal? If not, was such evidence admissible?

I. Was the Arrest Lawful?

My colleague Cory J., for the reasons he gives, concludes that the arrest was a lawful one. I agree.

II. Was the Search and Seizure Legal?

The search and seizure of the tissue containing mucous and the hair samples as well as the buccal swabs and the teeth impressions was accomplished

L'appel interjeté contre la déclaration de culpabilité de l'appellant fut rejeté par la Cour d'appel du Nouveau-Brunswick, à la majorité, et le pourvoi est formé de plein droit devant notre Cour compte tenu de la dissidence en cour d'appel.

L'appellant allègue que le papier-mouchoir qui, a-t-on constaté, contenait des mucosités et les échantillons de cheveux et de poils, de même que les prélèvements faits dans la bouche et les empreintes dentaires furent obtenus en violation des droits qui lui sont garantis en vertu des art. 7 et 8 et de l'al. 10b) de la *Charte canadienne des droits et libertés*, et que, contrairement à la décision du juge du procès lors du *voir-dire* et à l'arrêt majoritaire de la Cour d'appel, ils auraient dû être écartés au procès. Le ministère public soutient qu'il n'y a pas eu violation de la *Charte* et que, même si tel était le cas, ces éléments de preuve seraient néanmoins admissibles en vertu du par. 24(2) de la *Charte*.

La question de savoir si les éléments de preuve contestés étaient admissibles au procès soulève des questions de fait et de droit. Mon collègue le juge Cory conclut que, à l'exception du papier-mouchoir qui, a-t-on constaté, contenait des mucosités, ces éléments de preuve ne sont pas admissibles, et, en conséquence, il accueillerait le pourvoi et ordonnerait un nouveau procès. Je ne partage pas son avis pour les raisons suivantes.

Le point de départ de l'analyse est l'arrestation. L'arrestation était-elle légale? Dans l'affirmative, la fouille et la saisie des éléments de preuve en question étaient-elles légales? Dans la négative, ces éléments de preuve étaient-ils admissibles?

I. L'arrestation était-elle légale?

Mon collègue le juge Cory conclut que l'arrestation était légale. Je suis d'accord avec lui, pour les mêmes motifs.

II. La fouille et la saisie étaient-elles légales?

La fouille et la saisie du papier-mouchoir contenant des mucosités et des échantillons de cheveux et de poils, ainsi que les prélèvements faits dans la

133

134

135

136

137

138

while the appellant was lawfully under arrest. My colleague Cory J. concludes that such search and seizure was not legal at common law on the basis that it does not fall within the police's power of search incidental to arrest given its impact on the bodily integrity of the appellant and the absence of urgency or exigent circumstances, such as the risk of destruction of evidence, which might have otherwise served as a justification (*Cloutier v. Langlois*, [1990] 1 S.C.R. 158). My colleague is further of the view that, if the power of search incidental to arrest authorizes the seizure of such bodily samples and impressions, the common law rule itself is unreasonable within the meaning of s. 8 of the *Charter* (*R. v. Collins*, [1987] 1 S.C.R. 265). I do not agree.

bouche et la prise d'empreintes dentaires, ont été effectués pendant que l'appelant était légalement en état d'arrestation. Mon collègue le juge Cory conclut que ces fouilles et saisies n'étaient pas légales en common law parce qu'elles ne relèvent pas du pouvoir de la police de procéder à une fouille accessoire à une arrestation, en raison de leur incidence sur l'intégrité physique de l'appelant et de l'absence d'urgence ou d'une situation d'urgence comme le risque de destruction d'un élément de preuve, qui, par ailleurs, aurait pu servir de justification (*Cloutier c. Langlois*, [1990] 1 R.C.S. 158). En outre, mon collègue est d'avis que, si le pouvoir de procéder à une fouille accessoire à une arrestation permet de saisir ces échantillons de substances corporelles et ces empreintes, la règle de common law elle-même est abusive au sens de l'art. 8 de la *Charte* (*R. c. Collins*, [1987] 1 R.C.S. 265). Je ne suis pas d'accord.

139 As a preliminary matter, it must be underlined that the law, as it stands today, gives courts jurisdiction to issue a warrant authorizing, albeit under strict guidelines and for designated offences only, "(a) the plucking of individual hairs from the person, including the root sheath; (b) the taking of buccal swabs by swabbing the lips, tongue and inside cheeks of the mouth to collect epithelial cells" (s. 487.06(1) of the *Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46). At the time of the appellant's arrest, however, the police could not have obtained such a warrant. While the police had reasonable and probable grounds to arrest the appellant, they did not have enough evidence to lay a charge of murder against him. In light of the absence of an alternative investigative technique for the purposes of securing the type of evidence they were seeking, it comes as no surprise, therefore, that the police had to rely on their common law search power.

À titre préliminaire, il y a lieu de souligner que la loi, dans son état actuel, accorde aux tribunaux le pouvoir de décerner un mandat autorisant, quoique sous réserve de lignes directrices strictes et uniquement pour les infractions y mentionnées, «a) [le prélèvement] de cheveux ou de poils comportant la gaine épithéliale; b) [le prélèvement] de cellules épithéliales par écouvillonnage des lèvres, de la langue et de l'intérieur des joues» (par. 487.06(1) du *Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46). Toutefois, au moment où l'appelant a été arrêté, la police n'aurait pas pu obtenir un tel mandat. Même si la police avait des motifs raisonnables d'arrêter l'appelant, elle ne disposait pas de suffisamment d'éléments de preuve pour porter une accusation de meurtre contre lui. Étant donné l'absence d'une autre technique d'enquête qui lui aurait permis d'obtenir le genre de preuve qu'elle cherchait, il n'est donc pas étonnant que la police ait dû s'en remettre au pouvoir de fouille que lui reconnaissait la common law.

140 The police did so after consultation with Crown counsel who provided them with three decisions: *R. v. Alderton* (1985), 17 C.C.C. (3d) 204 (Ont. C.A.), which supports the proposition that the police have the power to take hair samples from a lawfully arrested person; *Cloutier v. Langlois*,

La police n'a procédé à cette fouille qu'après avoir consulté le substitut du procureur général qui lui a soumis trois arrêts: *R. c. Alderton* (1985), 17 C.C.C. (3d) 204 (C.A. Ont.), qui veut que la police ait le pouvoir de prélever des échantillons de cheveux et de poils sur une personne légalement en

supra, which recognizes the police's power to conduct a "frisk" search incidentally to a lawful arrest; and *R. v. Beare*, [1988] 2 S.C.R. 387, in which the legislation authorizing the fingerprinting of a person in lawful custody was upheld. Perhaps inadvertently, the decision of the New Brunswick Court of Appeal in *R. v. Legere* (1988), 89 N.B.R. (2d) 361, which stands for the proposition that the seizure of a person's hair without his or her consent violates ss. 7 and 8 of the *Charter*, was not brought to the police's attention. As pointed out by my colleague Cory J., the question of whether or not the common law power of search incidental to arrest extends to allow the taking of bodily substances and impressions is controversial. The recent relevancy of DNA analysis and forensic odontology vouches for the uncertainty of the law and the conflicting, albeit limited, jurisprudence as regards the legality of the taking of bodily substances and impressions.

A proper analysis, in my view, starts with the premise that, upon lawful arrest, the police have certain obligations, such as that of preventing danger to the person under arrest, the police and the public, but also certain rights. One of those rights is the right to secure evidence. In *Cloutier v. Langlois*, *supra*, at pp. 180-81, this Court unanimously recognized that the common law power of search incidental to arrest was a legitimate means by which those rights and obligations were to be carried out:

In general, despite certain comments in scholarly discussion, it seems beyond question that the common law as recognized and developed in Canada holds that the police have a power to search a lawfully arrested person and to seize anything in his or her possession or immediate surroundings to guarantee the safety of the police and the accused, prevent the prisoner's escape or provide evidence against him. The common thread in this line of authority is the objective of guaranteeing safety and applying the law effectively. [Emphasis added.]

état d'arrestation; *Cloutier c. Langlois*, précité, qui reconnaît à la police le pouvoir de procéder à une fouille sommaire accessoire à une arrestation légale; et *R. c. Beare*, [1988] 2 R.C.S. 387, qui a confirmé la validité de la mesure législative autorisant la prise des empreintes digitales d'une personne placée légalement sous garde. Peut-être par inadvertance, on n'a pas attiré l'attention de la police sur l'arrêt de la Cour d'appel du Nouveau-Brunswick, *R. c. Legere* (1988), 89 R.N.-B. (2^e) 361, qui veut que la saisie des cheveux ou des poils d'une personne, sans son consentement, viole les art. 7 et 8 de la *Charte*. Comme l'a souligné mon collègue le juge Cory, la question de savoir si le pouvoir de common law de procéder à une fouille accessoire à une arrestation va jusqu'à permettre de prélever des substances corporelles et de prendre des empreintes est controversée. La pertinence qu'on a attachée récemment à l'analyse médico-légale d'empreintes génétiques et dentaires témoigne de l'incertitude du droit et de la jurisprudence contradictoire et limitée concernant la légalité du prélèvement de substances corporelles et de la prise d'empreintes.

Comme point de départ de l'analyse, il est acquis que, lors d'une arrestation légale, la police a certaines obligations, dont celle d'empêcher que la personne arrêtée, les policiers et le public soient en danger, mais qu'elle a aussi certains droits, dont le droit de recueillir des éléments de preuve. Dans l'arrêt *Cloutier c. Langlois*, précité, aux pp. 180 et 181, notre Cour a reconnu à l'unanimité que le pouvoir de common law de procéder à une fouille accessoire à une arrestation était un moyen légitime d'exercer ces droits et de remplir ces obligations:

Malgré certains commentaires de la doctrine, dans l'ensemble, il me semble indubitable que la common law telle qu'elle a été reçue et a évolué au Canada reconnaît aux policiers le pouvoir de fouiller la personne légalement mise en état d'arrestation et de saisir les objets en sa possession ou dans son entourage immédiat dans le but d'assurer la sécurité des policiers et du prévenu, d'empêcher l'évasion du prisonnier ou encore de constituer une preuve contre ce dernier. La trame commune de cette jurisprudence vise à assurer la sécurité et l'efficacité de l'application de la loi. [Je souligne.]

142 The right to secure evidence as an incident of arrest flows from the pivotal function of the police in the investigation of crime, the discovery of evidence and the effective application of the law. This crucial function was underscored by Cory J., for the Court, in *R. v. Storrey*, [1990] 1 S.C.R. 241, at p. 254:

The essential role of the police is to investigate crimes. That role and function can and should continue after they have made a lawful arrest. The continued investigation will benefit society as a whole and not infrequently the arrested person. It is in the interest of the innocent arrested person that the investigation continue so that he or she may be cleared of the charges as quickly as possible.

In fact, in deciding whether the police may exercise its power to arrest, one of the factors to be considered is “the need . . . to secure or preserve evidence of or relating to the offence” (R. E. Salhany, *Canadian Criminal Procedure* (6th ed. 1994 (loose-leaf)), at para. 3.50).

143 Clearly, the search and seizure at issue here was not necessary in order to protect the appellant, the police or the public. The only question at this point relates to the scope of the police’s right to secure evidence upon lawful arrest in light of the nature of the evidence at issue, namely hair, saliva and mucous samples as well as dental impressions.

A. *Scope of the Power of Search Incidental to Arrest*

144 In *Cloutier v. Langlois*, *supra*, this Court had the occasion to review the scope of the police’s common law power to search a lawfully arrested person. That case, however, only dealt with the “frisk” search of a person initially stopped by the police for violating a traffic municipal by-law and then identified as having unpaid traffic fines. Since the “frisk” search was conducted in order to ensure police safety, it was not necessary for this Court to elaborate on the extent of the right to secure evi-

Le droit de recueillir des éléments de preuve accessoirement à une arrestation découle de la fonction essentielle de découverte d’éléments de preuve et d’application efficace de la loi que la police exerce en enquêtant sur un crime. Cette fonction cruciale a été soulignée par le juge Cory, au nom de la Cour, dans l’arrêt *R. c. Storrey*, [1990] 1 R.C.S. 241, à la p. 254:

Le rôle de la police consiste essentiellement à faire enquête sur les crimes. C’est là une fonction qu’elle peut et devrait continuer à exercer après avoir effectué une arrestation légale. La continuation de l’enquête profitera à la société dans son ensemble et souvent aussi à la personne arrêtée. En effet, il est dans l’intérêt de la personne innocente arrêtée que l’enquête se poursuive afin que son innocence à l’égard des accusations puisse être établie dans les plus brefs délais.

En fait, l’un des facteurs à considérer en décidant si la police peut exercer son pouvoir d’arrestation est [TRADUCTION] «le besoin [. . .] de recueillir et de préserver des éléments de preuve de l’infraction ou s’y rapportant» (R. E. Salhany, *Canadian Criminal Procedure* (6^e éd. 1994 (feuilles mobiles)), au par. 3.50).

Il est clair que la fouille et la saisie en question ici n’étaient pas nécessaires pour protéger l’appellant, les policiers ou le public. La seule question qui se pose, à ce stade, concerne l’étendue du droit de la police de recueillir des éléments de preuve lors d’une arrestation légale, compte tenu de la nature des éléments de preuve en cause, soit les échantillons de cheveux, de poils, de salive et de mucosités, de même que les empreintes dentaires.

A. *L’étendue du pouvoir de procéder à une fouille accessoire à une arrestation*

Dans l’arrêt *Cloutier c. Langlois*, précité, notre Cour a examiné l’étendue du pouvoir de common law de la police de fouiller une personne légalement mise en état d’arrestation. Cet arrêt ne portait, toutefois, que sur la fouille sommaire d’une personne qui avait d’abord été arrêtée par la police pour avoir enfreint un règlement municipal sur la circulation et au sujet de laquelle on avait ensuite appris qu’elle n’avait pas payé des contraventions. Étant donné que la fouille sommaire avait été