

Marc André Greffe *Appellant*

v.

Her Majesty The Queen *Respondent*

INDEXED AS: R. V. GREFFE

File No.: 20763.

1989: November 27, 28; 1990: April 12.

Present: Dickson C.J. and Lamer, Wilson, La Forest, L'Heureux-Dubé, Gonthier and Cory JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ALBERTA

Constitutional law — Charter of Rights — Admissibility of evidence — Bringing administration of justice into disrepute — Alleged violations of right to counsel and of right to freedom from unreasonable search and seizure — Accused searched at customs for illegal drugs — Accused then arrested for outstanding traffic warrants and rectal examination conducted — Heroin found in anal cavity and accused charged with importing heroin — Whether or not right to counsel and right to freedom from unreasonable search and seizure infringed — If so, whether or not real evidence should be excluded — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 8, 10, 24(2).

The R.C.M.P. alerted Canada Customs at Calgary, on the basis of confidential information, that the appellant was returning from abroad with an unknown quantity of heroin. A visual personal search was conducted when nothing was found in appellant's luggage. Appellant was not informed of his right to counsel—the facts arose before this Court's judgment in *Simmons*—and no evidence indicated that appellant had read a poster advising persons not wishing to be searched of their right to have the proposed search reviewed by a justice of the peace, police magistrate or a Senior Customs Officer. No drugs were found. Appellant was then arrested, informed of his right to counsel, and advised that a doctor would perform a body search at a hospital. A condom containing heroin was removed from appellant's anal cavity.

The testimony of the police officers conflicted with respect to appellant's arrest. The notes of one constable

Marc André Greffe *Appellant*

c.

Sa Majesté la Reine *Intimée*

a

RÉPERTORIÉ: R. C. GREFFE

N° du greffe: 20763.

1989: 27, 28 novembre; 1990: 12 avril.

b

Présents: Le juge en chef Dickson et les juges Lamer, Wilson, La Forest, L'Heureux-Dubé, Gonthier et Cory.

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

c

Droit constitutionnel — Charte des droits — Admissibilité de la preuve — Déconsidération de l'administration de la justice — Allégations de violation du droit à l'assistance d'un avocat et de celui à la protection contre les fouilles, les perquisitions et les saisies abusives — Fouille de l'accusé aux douanes à la recherche de drogues illégales — Accusé alors arrêté en vertu de mandats inexécutés relativement à des infractions à la circulation et soumis à un examen rectal — Découverte d'héroïne dans la cavité anale de l'accusé qui a été accusé d'importation d'héroïne — Y a-t-il eu violation du droit à l'assistance d'un avocat et de celui à la protection contre les fouilles, les perquisitions et les saisies abusives? — Dans l'affirmative, y a-t-il lieu d'écarter les éléments de preuve matérielle? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 8, 10, 24(2).

La GRC a avisé les douanes canadiennes de Calgary que, selon des renseignements confidentiels, l'appellant revenait de l'étranger en possession d'une quantité indéterminée d'héroïne. On a procédé à l'inspection visuelle de l'appellant après n'avoir rien découvert dans ses bagages. L'appellant n'a pas été informé de son droit à l'assistance d'un avocat—ces faits se sont produits avant l'arrêt de notre Cour dans *Simmons*—et rien dans la preuve n'indique si l'appellant a lu une affiche qui informait les personnes qui ne voulaient pas se soumettre à une fouille qu'elles avaient le droit de faire vérifier la fouille projetée par un juge de paix, un magistrat de police ou un agent supérieur des douanes. Aucune drogue n'a été découverte. L'appellant a alors été mis en état d'arrestation, informé de son droit d'avoir recours à l'assistance d'un avocat et avisé qu'il serait soumis à une fouille corporelle par un médecin, dans un hôpital. On a retiré de la cavité anale de l'appellant un condom contenant de l'héroïne.

Les témoignages des policiers ne concordent pas au sujet de l'arrestation de l'appellant. Les notes d'un poli-

indicated that appellant had been arrested for traffic warrants. Another constable testified that appellant had been arrested for importing heroin although his notes indicated no reason for the arrest. The first reference in his notes to charging the appellant with a narcotics offence referred to a time after the rectal search and after the earlier notation in the other constable's notes about arresting the appellant for outstanding traffic warrants. The appellant was ultimately charged with two counts under the *Narcotic Control Act*, one of unlawfully importing heroin and one of being in unlawful possession of heroin for the purpose of trafficking.

The focal point of the trial was the admissibility of the heroin as evidence. The trial judge excluded the evidence pursuant to s. 24(2) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* and acquitted the appellant in the absence of any evidence to support the charges against him. He found that the airport arrest was spurious, that appellant's right to obtain and instruct counsel had been tainted and that the violation of that right resulted in a gross infringement of the accused's rights pursuant to s. 8 to be secure against an unreasonable search. A majority of the Court of Appeal held that the trial judge erred in excluding the evidence. Given respondent's concession that ss. 8 and 10(a) and (b) of the *Charter* had been violated, the only issue to be considered was whether the evidence ought to have been excluded pursuant to s. 24(2) of the *Charter*.

Held (Dickson C.J. and L'Heureux-Dubé and Cory JJ. dissenting): The appeal should be allowed.

Per Lamer, La Forest, Wilson and Gonthier JJ.: The factors to be balanced in determining whether the admission of evidence in the proceedings would bring the administration of justice into disrepute can be organized into three categories. The first set of factors are those relevant to the fairness of the trial. The second set of factors concerns the seriousness of the *Charter* violations as defined by the conduct of the law enforcement authorities. The third set of factors recognizes the possibility that the administration of justice could be brought into disrepute by excluding the evidence despite the fact that it was obtained in a manner that infringed the *Charter*. The purpose of the section is to prevent having the administration of justice brought into further disrepute by the admission of the evidence in the proceedings.

cier indiquent que l'appellant a été mis en état d'arrestation en vertu de mandats relatifs à des infractions à la circulation. Un autre policier a témoigné que l'appellant avait été mis en état d'arrestation pour importation d'héroïne, même si ses notes n'indiquaient pas le motif de l'arrestation. D'après ses notes, l'appellant a été accusé pour la première fois d'une infraction relative à des stupéfiants après la fouille rectale et après la mention, déjà portée dans les notes de l'autre agent, que l'appellant était arrêté en vertu de mandats inexécutés relativement à des infractions à la circulation. Deux chefs d'accusation ont finalement été déposés contre l'appellant en vertu de la *Loi sur les stupéfiants*: il a été accusé d'importation illégale d'héroïne et de possession illégale d'héroïne en vue d'un trafic.

Le procès a été axé sur l'admissibilité en preuve de l'héroïne. Le juge du procès a écarté la preuve conformément au par. 24(2) de la *Charte canadienne des droits et libertés* et il a prononcé l'acquittement de l'accusé vu l'absence totale d'élément de preuve susceptible d'étayer les accusations portées contre lui. Il a conclu que l'arrestation à l'aéroport avait été truquée, que le droit de l'appellant d'avoir recours à l'assistance d'un avocat avait été violé et que la violation de ce droit avait entraîné une atteinte grave aux droits dont jouissait l'appellant, en vertu de l'art. 8, à la protection contre les fouilles abusives. La Cour d'appel, à la majorité, a statué que le juge du procès avait commis une erreur en écartant la preuve. L'intimée ayant reconnu l'existence des violations de l'art. 8 et des al. 10(a) et b) de la *Charte*, la seule question en litige à trancher est de savoir si la preuve aurait dû être écartée conformément au par. 24(2) de la *Charte*.

Arrêt (le juge en chef Dickson et les juges L'Heureux-Dubé et Cory sont dissidents): Le pourvoi est accueilli.

Les juges Lamer, La Forest, Wilson et Gonthier: Les facteurs à soupeser pour déterminer si l'utilisation d'éléments de preuve dans une instance est susceptible de déconsidérer l'administration de la justice peuvent se classer en trois catégories. Le premier ensemble de facteurs comprend ceux qui portent sur l'équité du procès. Le second ensemble de facteurs concerne la gravité des violations de la *Charte*, appréciée en fonction de la conduite des autorités chargées d'appliquer la loi. Le troisième ensemble de facteurs reconnaît la possibilité que l'administration de la justice soit déconsidérée par l'exclusion de la preuve en dépit du fait qu'elle a été obtenue d'une manière contraire à la *Charte*. L'article a pour objet d'empêcher que l'administration de la justice ne soit davantage déconsidérée par l'utilisation d'éléments de preuve dans une instance.

The key component of the *Collins* "test" to determine the admissibility of evidence in this appeal is the second set of factors, namely the seriousness of the violations of ss. 8 and 10 of the *Charter*. In respect of the first factor, the fairness of the trial, what was involved was real evidence, the existence of which did not depend on the *Charter* violations. Therefore, the admission of the evidence at trial would not, generally speaking, render the trial unfair.

Although the Crown conceded that whether there were reasonable and probable grounds to believe that the appellant was in possession of the heroin was a live issue, the Crown at no point established that those grounds existed or even led evidence in support of their existence. The absence of any inquiry to determine whether or not the confidential information amounted to reasonable and probable grounds for believing that the accused was carrying heroin was extremely important since it went to the assessment of the seriousness of the *Charter* violations, and more specifically the element of good or bad faith on the part of the police in conducting the search.

Confidential information supplied by a reliable informant may provide the "reasonable and probable grounds to believe". A mere conclusory statement made by an informer to a police officer does not constitute reasonable grounds. Highly relevant are whether the informer's tip contains sufficient detail to ensure it is based on more than mere rumour or gossip, whether the informer discloses his or her source or means of knowledge and whether there are any indicia of his or her reliability.

Absent reasonable and probable grounds, the misinformation regarding the reason for the arrest takes on a more serious complexion. Nothing was put on the record on which the trial judge could have assessed whether or not the confidential information gave rise to reasonable and probable grounds for the belief that the appellant was carrying heroin. The conclusion that reasonable and probable grounds existed by reference to the results of the search was in error. The doubt should be resolved against the Crown since it did fail in its obligation to establish those grounds.

The premise that the search proceeded as incident to an arrest for outstanding traffic warrants was unescapable. The trial judge had erred in law by concluding that the police had reasonable and probable grounds based on the results of the search and the record revealed no evidence to support the existence of the grounds beyond

L'élément clé du «critère» de l'arrêt *Collins* applicable pour déterminer l'admissibilité de la preuve en l'espèce est le second ensemble de facteurs, c'est-à-dire la gravité des violations des art. 8 et 10 de la *Charte*. Pour ce qui est du premier facteur, l'équité du procès, il s'agissait d'une preuve matérielle dont l'existence ne dépendait pas des violations de la *Charte*. Donc l'utilisation de la preuve au procès n'aurait pas pour effet généralement de le rendre inéquitable.

Même si la poursuite a reconnu que la question des motifs raisonnables et probables de croire que l'appellant avait de l'héroïne en sa possession était encore en litige, à aucun moment durant le procès, elle n'a prouvé l'existence de ces motifs, ni présenté quelque preuve tendant à prouver leur existence. L'absence de tout examen visant à déterminer si les renseignements confidentiels fournissaient des motifs raisonnables et probables de croire que l'accusé transportait de l'héroïne est extrêmement importante puisqu'elle touche l'évaluation de la gravité des violations de la *Charte* et, plus précisément, l'élément de bonne ou de mauvaise foi des policiers au moment de procéder à la fouille.

Les renseignements fournis par un informateur fiable peuvent fournir les «motifs raisonnables et probables de croire». La simple affirmation non étayée par un informateur à un agent de police ne constitue pas un «motif raisonnable». Parmi les questions très pertinentes, il y a celles de savoir si le renseignement communiqué par l'informateur comporte suffisamment de détails pour assurer qu'il s'appuie sur quelque chose de plus que de simples rumeurs ou racontars, si l'informateur a révélé la source ou l'origine des renseignements et s'il y a des indices de fiabilité de l'informateur.

En l'absence de motifs raisonnables et probables, le faux renseignement quant au motif de l'arrestation revêt un caractère plus grave. Rien n'a été produit au dossier qui aurait pu permettre au juge du procès de déterminer si les renseignements confidentiels suscitaient des motifs raisonnables et probables de croire que l'appellant transportait de l'héroïne. Conclure qu'il existait des motifs raisonnables et probables en invoquant les résultats de la fouille constitue une erreur. Il faut lever le doute en concluant contre le ministère public puisque ce dernier n'a pas satisfait à l'obligation qui lui incombait d'établir l'existence de ces motifs.

On ne peut que présumer que la fouille a été exécutée accessoirement à l'arrestation en vertu de mandats inexécutés relativement à des infractions à la circulation. Le juge du procès a commis une erreur de droit en concluant que les policiers avaient des motifs raisonnables et probables à cause des résultats de la fouille et le dossier ne comporte aucun élément de preuve établissant

a conclusory statement by the police. This conclusion was the most determinative factor in this case.

The violation of the s. 10 right to counsel goes to the very reasonableness of the search. The appellant, if given the reason for the detention and the right to counsel, might have afforded himself an opportunity to contact counsel to have the "confidential information" on which the search allegedly was based tested to see if there were indeed reasonable and probable grounds to conduct the strip search let alone the rectal examination.

The gravity of the *Charter* violations is increased by a number of factors. The relationship between the violations of ss. 8 and 10 of the *Charter* renders the violations more serious than if the breach of s. 10 had been very remote from the strip search. The violation is very serious, however, given that the rectal examination was conducted as incident to an arrest for traffic warrants occasioned by unproved suspicion that the appellant was in possession of heroin. It is the intrusive nature of the rectal search and considerations of human dignity and bodily integrity that demand the high standard of justification before such a search will be reasonable.

There was no urgency or immediate necessity to conduct the rectal examination in order to prevent the loss or destruction of the evidence. The detention of the accused in order to facilitate the recovery of the drugs through the normal course of nature would have been reasonable if the police had reasonable and probable grounds for believing that he was a drug courier.

Finally, more than one *Charter* violation was at issue. The breaches of the appellant's *Charter* rights were not isolated errors of judgment by the police, but rather were part of a larger pattern of disregard for the appellant's *Charter* rights.

The seriousness of the cumulative effect of the *Charter* violations weighed in favour of excluding the evidence, notwithstanding the fact that the evidence recovered was real evidence that existed irrespective of the *Charter* violations and that its admission therefore would not negatively affect the adjudicative fairness of the appellant's trial.

The Court must also consider the long-term consequences of regular admission or exclusion of this type of evidence on the repute of the administration of justice. Here, the administration of the justice system would be

l'existence de ces motifs, hormis l'affirmation non étayée des policiers. Cette conclusion constitue le facteur le plus déterminant de l'espèce.

a La violation du droit à l'assistance d'un avocat, que garantit l'art. 10, entache le caractère raisonnable de la fouille. Si l'appelant avait connu le motif de sa détention et eu la possibilité de recourir à l'assistance d'un avocat, il aurait peut-être profité de cette possibilité de communiquer avec un avocat pour faire vérifier les «renseignements confidentiels» qui justifiaient, a-t-on dit, la fouille afin de déterminer s'il existait des motifs raisonnables et probables de procéder à la fouille à nu et surtout à l'examen rectal.

c Un certain nombre de facteurs contribue à augmenter la gravité des violations de la *Charte*. Le lien qui existe entre les violations des art. 8 et 10 de la *Charte* rend ces violations plus graves que si celle de l'art. 10 avait été très étrangère à la fouille à nu. Toutefois, la violation est très grave si on considère que l'examen rectal a été d exécuté accessoirement à une arrestation en vertu de mandats relatifs à des infractions à la circulation, découlant de simples soupçons que l'appelant avait de l'héroïne en sa possession. Ce sont le caractère envahissant de la fouille rectale et les considérations relatives au respect de la dignité humaine et de l'intégrité corporelle e qui commandent une norme sévère de justification pour qu'une telle fouille soit raisonnable.

f Il n'était pas urgent, ni même nécessaire dans l'immédiat, de procéder à la fouille rectale pour éviter la perte ou la destruction de la preuve. Il aurait été raisonnable de détenir l'accusé dans le but de récupérer la drogue en attendant que la nature fasse son œuvre, si les policiers avaient eu des motifs raisonnables et probables de croire qu'il transportait de la drogue.

8 Enfin, plus d'une violation de la *Charte* est en cause. Les violations des droits que l'appelant avait en vertu de la *Charte* n'ont pas été le fruit d'erreurs de jugement isolées de la part des policiers, mais elles sont plutôt le résultat d'un mépris systématique des droits que la h *Charte* garantissait à l'appelant.

i La gravité de l'effet cumulatif des violations de la *Charte* appelle l'exclusion des éléments de preuve, même si la preuve obtenue constituait une preuve matérielle qui existait indépendamment des violations de la *Charte* et si son utilisation ne porterait donc pas atteinte à l'équité du procès de l'appelant.

j La Cour doit aussi tenir compte des conséquences à long terme qu'aura sur la considération dont jouit l'administration de la justice l'utilisation ou l'exclusion régulière de ce genre de preuve. En l'espèce, l'adminis-

brought into greater disrepute if this Court were to condone, taking the record as it is given by the police and the prosecution, the practice of using an arrest for traffic warrants as an artifice to conduct a rectal examination of an accused who the police do not have reasonable and probable grounds to believe is carrying drugs. Further, the inference of extreme bad faith on the part of the police which arises from their deliberate failure to provide the appellant with the proper reason for the arrest cannot be condoned. This is especially so when the right to counsel and the right to be secure against unreasonable searches are involved.

This Court's assessment of whether the evidence should be excluded should not be influenced by the knowledge that the appellant must have known that he was in possession of the drugs. To do so would be to import an *ex post facto* chain of reasoning that finds no place in an inquiry pursuant to s. 24(2) of the *Charter*.

Per Dickson C.J. and L'Heureux-Dubé and Cory JJ. (dissenting): Whether or not evidence should be excluded under s. 24(2) of the *Charter* depends on: (1) its effect on the fairness of the trial; (2) the seriousness of the *Charter* violation; and, (3) the effect of excluding the evidence on the repute of the legal system. No one factor is determinative.

The admission of the heroin would not have a detrimental impact on adjudicative fairness. Real evidence, by its nature, rarely has such an impact.

The factors to be considered in determining the seriousness of the *Charter* violations generally favour the admissibility of the evidence.

The arrest for outstanding traffic warrants was irrelevant. Authority for the search was found in the arrest made subsequent to the finding of the drugs. (This arrest was made with due regard for all the appellant's *Charter* rights.) A search undertaken prior to an arrest may still be incidental to the subsequent arrest, if reasonable and probable grounds existed for that prior search, and therefore legal in terms of s. 450 of the *Criminal Code*.

The issue of whether reasonable and probable grounds existed was central to a determination of whether the search and seizure complied with s. 8 of the *Charter*. The "totality of the circumstances" must be examined in making that determination; no one factor should domi-

tration du système de justice serait davantage déconsidérée si notre Cour excusait, compte tenu du dossier présenté par la police et le ministère public, la pratique du recours à une arrestation en vertu de mandats relatifs à des infractions à la circulation comme artifice pour faire subir un examen rectal à un accusé au sujet duquel les policiers n'ont pas de motifs raisonnables et probables de croire qu'il transporte de la drogue. De plus, la mauvaise foi exceptionnelle dont ont fait preuve les policiers en omettant délibérément de donner à l'appellant le véritable motif de son arrestation est inexcusable. Il en est particulièrement ainsi quand le droit à l'assistance d'un avocat et le droit à la protection contre les fouilles abusives sont en cause.

Le fait que l'appellant devait savoir qu'il avait de la drogue en sa possession ne doit pas influencer la décision de notre Cour d'utiliser ou d'écarter la preuve. Agir ainsi reviendrait à s'en remettre à une forme de raisonnement après le fait qui n'a pas sa place dans une analyse fondée sur le par. 24(2) de la *Charte*.

Le juge en chef Dickson et les juges L'Heureux-Dubé et Cory (dissidents): La décision d'écarter ou non des éléments de preuve en vertu du par. 24(2) de la *Charte* dépend: (1) de l'effet de son utilisation sur l'équité du procès, (2) de la gravité de la violation de la *Charte*, et (3) de l'effet de son exclusion sur la considération dont jouit le système judiciaire. Aucun de ces facteurs n'est déterminant à lui seul.

L'utilisation en preuve de l'héroïne n'aurait pas de répercussions négatives sur l'équité du procès. À cause de sa nature, une preuve matérielle a rarement un tel effet.

Les facteurs à examiner pour déterminer la gravité des violations de la *Charte* favorisent de manière générale l'admissibilité de la preuve.

L'arrestation en vertu de mandats inexécutés relativement à des infractions à la circulation est non pertinente. La justification de la fouille découle de l'arrestation subséquente à la découverte de la drogue. (Cette arrestation a été faite dans le respect de tous les droits dont l'appellant jouissait en vertu de la *Charte*.) Une fouille commencée avant une arrestation peut demeurer accessoire à l'arrestation qui la suit, s'il existait des motifs raisonnables et probables de procéder d'abord à la fouille et elle est donc légale en vertu de l'art. 450 du *Code criminel*.

La question de savoir s'il existait des motifs raisonnables et probables est cruciale pour déterminer si la fouille et la saisie étaient conformes à l'art. 8 de la *Charte*. Il faut examiner «l'ensemble des circonstances» pour déterminer s'il existe des motifs raisonnables de

nate the analysis. Here, the R.C.M.P. had reasonable grounds to arrest and search the appellant and consequently the search was conducted under lawful authority.

The inference that reasonable and probable grounds did not exist cannot be drawn from the fact that little was put in evidence as to the reliability of the informant, who in fact proved reliable. Given the jurisprudential vacuum at the time of the search, the police did all that reasonably could be expected of them in following up the confidential information before deciding to search and arrest the appellant.

The police did not act in "bad faith" in arresting the appellant for outstanding traffic violations. Indeed, the fact that the appellant was advised of his right to retain and instruct counsel indicated that the police acted in "good faith" in their dealings with the appellant.

The conduct of the authorities did not amount to a "pattern of disregard" given that the appellant was informed that he had a right to retain and instruct counsel without delay before he was taken to the hospital for the body cavity search. Although the police violated the appellant's right to be informed promptly of the reason for his arrest, the infringement would be far more grievous if no counsel warning had been given at all. Finally, there was no evidence of malice on the part of the authorities towards the appellant nor of any mistreatment.

The appellant's manifest culpability weighed heavily in favour of the admission of the real evidence. The reasonable person would be shocked and appalled to learn that an accused, unquestionably guilty of importing a sizable amount of heroin, was acquitted of all charges because of what amounted to a slip of the tongue by a police officer when the accused was arrested and read his s. 10 counsel rights.

Cases Cited

By Lamer J.

Applied: *R. v. Collins*, [1987] 1 S.C.R. 265; **considered:** *R. v. Simmons*, [1988] 2 S.C.R. 495; *R. v. Cheecham* (1989), 51 C.C.C. (3d) 498; **distinguished:** *R. v. Duarte*, [1990] 1 S.C.R. 30; *R. v. Wiggins*, [1990] 1 S.C.R. 62; **referred to:** *R. v. Debot* (1986), 30 C.C.C. (3d) 207 (Ont. C.A.), aff'd [1989] 2 S.C.R. 1140; *R. v. Therens*, [1985] 1 S.C.R. 613; *R. v. Heisler* (1984), 11 C.C.C. (3d) 475; *Bell v. Wolfish*, 441 U.S. 520 (1979); *R. v. Ross*, [1989] 1 S.C.R. 3; *R. v. Black*, [1989] 2 S.C.R. 138; *R. v. Duguay*, [1989] 1 S.C.R. 93; *R. v.*

procéder à une fouille; aucun facteur ne doit dominer à lui seul l'analyse. En l'espèce, la GRC avait des motifs raisonnables d'arrêter et de fouiller l'appellant de sorte que la fouille était autorisée par la loi.

On ne peut conclure qu'il n'y avait pas de motifs raisonnables et probables du fait qu'on a mis en preuve peu de choses sur la fiabilité de l'informateur qui s'est, en fait, révélé fiable. En raison du vide jurisprudentiel qui existait au moment de la fouille en cause, les policiers ont fait tout ce qu'on pouvait raisonnablement attendre d'eux en vérifiant les renseignements confidentiels avant de décider de fouiller et d'arrêter l'appellant.

Les policiers n'ont pas agi de «mauvaise foi» en arrêtant l'appellant en vertu de mandats inexécutés relativement à des infractions à la circulation. En réalité, le fait d'aviser l'appellant de son droit à l'assistance d'un avocat indique que les agents de police ont agi de «bonne foi» dans leurs rapports avec lui.

La conduite des autorités n'a pas constitué «un mépris systématique» puisque l'appellant a été informé de son droit de recourir sans délai à l'assistance d'un avocat avant d'être amené à l'hôpital pour la fouille des cavités corporelles. Même si les policiers ont violé le droit de l'appellant d'être informé dans les plus brefs délais des motifs de son arrestation, cette violation aurait été beaucoup plus grave si on avait complètement omis d'aviser l'appellant de son droit à l'assistance d'un avocat. Enfin, il n'y a aucune preuve de malveillance de la part des autorités envers l'appellant ni aucune preuve de mauvais traitement.

La culpabilité manifeste de l'appellant fait fortement pencher la balance en faveur de l'utilisation de la preuve matérielle. Une personne raisonnable serait consternée et scandalisée d'apprendre qu'un accusé, indubitablement coupable d'avoir importé une assez grande quantité d'héroïne, a été acquitté relativement à tous les chefs d'accusation parce qu'un agent de police a fait un lapsus au moment d'arrêter l'accusé et de l'aviser de ses droits à l'assistance d'un avocat en vertu de l'art. 10.

Jurisprudence

Citée par le juge Lamer

Arrêt appliqué: *R. c. Collins*, [1987] 1 R.C.S. 265; **arrêts examinés:** *R. c. Simmons*, [1988] 2 R.C.S. 495; *R. v. Cheecham* (1989), 51 C.C.C. (3d) 498; **distinction d'avec les arrêts:** *R. c. Duarte*, [1990] 1 R.C.S. 30; *R. c. Wiggins*, [1990] 1 R.C.S. 62; **arrêts mentionnés:** *R. v. Debot* (1986), 30 C.C.C. (3d) 207 (C.A. Ont.), conf. [1989] 2 R.C.S. 1140; *R. c. Therens*, [1985] 1 R.C.S. 613; *R. v. Heisler* (1984), 11 C.C.C. (3d) 475; *Bell v. Wolfish*, 441 U.S. 520 (1979); *R. c. Ross*, [1989] 1 R.C.S. 3; *R. c. Black*, [1989] 2 R.C.S. 138; *R. c.*

Stevens (1983), 7 C.C.C. (3d) 260; *R. v. Rao* (1984), 46 O.R. (2d) 80; *R. v. Morrison* (1983), 6 C.C.C. (3d) 256; *Hunter v. Southam Inc.*, [1984] 2 S.C.R. 145; *R. v. Pohoretsky*, [1987] 1 S.C.R. 945; *R. v. Genest*, [1989] 1 S.C.R. 59; *R. v. Hamill*, [1987] 1 S.C.R. 301; *R. v. Strachan*, [1988] 2 S.C.R. 980; *R. v. Jacoy*, [1988] 2 S.C.R. 548.

By Dickson C.J. (dissenting)

R. v. Simmons, [1988] 2 S.C.R. 495; *R. v. Jacoy*, [1988] 2 S.C.R. 548; *R. v. Collins*, [1987] 1 S.C.R. 265; *R. v. Debot* (1986), 30 C.C.C. (3d) 207 (Ont. C.A.), aff'd [1989] 2 S.C.R. 1140; *Hunter v. Southam Inc.*, [1984] 2 S.C.R. 145; *R. v. Therens*, [1985] 1 S.C.R. 613; *R. v. Strachan*, [1988] 2 S.C.R. 980; *Mapp v. Ohio*, 367 U.S. 643 (1961); *Cloutier v. Langlois*, [1990] 1 S.C.R. 158.

Statutes and Regulations Cited

Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 8, 10, 24(2).
Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, s. 450 [rep. & sub. c. 2 (2nd Supp.), s. 5].
Narcotic Control Act, R.S.C. 1970, c. N-1, ss. 5(1), 10(1).

APPEAL from a judgment of the Alberta Court of Appeal (1988), 57 Alta. L.R. (2d) 161, 84 A.R. 96, 41 C.C.C. (3d) 257, 62 C.R. (3d) 272, 34 C.R.R. 234, allowing the Crown's appeal from the accused's acquittal on charges of importing a narcotic and possession for the purpose of trafficking. Appeal allowed, Dickson C.J. and L'Heureux-Dubé and Cory JJ. dissenting.

Lorne W. Scott, Q.C., and *Terrence Semenuk*, for the appellant.

B. A. MacFarlane, Q.C., and *Shelagh R. Creagh*, for the respondent.

The reasons of Dickson C.J. and L'Heureux-Dubé and Cory JJ. were delivered by

THE CHIEF JUSTICE (dissenting)—I have had the benefit of reading the reasons for judgment of Justice Lamer in this appeal. He has described accurately the facts and the lower court judgments, and I will repeat neither here. I would emphasize at the outset in the strongest terms that the events in question occurred in March 1984,

Duguay, [1989] 1 R.C.S. 93; *R. v. Stevens* (1983), 7 C.C.C. (3d) 260; *R. v. Rao* (1984), 46 O.R. (2d) 80; *R. v. Morrison* (1983), 6 C.C.C. (3d) 256; *Hunter c. Southam Inc.*, [1984] 2 R.C.S. 145; *R. c. Pohoretsky*, [1987] 1 R.C.S. 945; *R. c. Genest*, [1989] 1 R.C.S. 59; *R. c. Hamill*, [1987] 1 R.C.S. 301; *R. c. Strachan*, [1988] 2 R.C.S. 980; *R. c. Jacoy*, [1988] 2 R.C.S. 548.

Citée par le juge en chef Dickson (dissident)

R. c. Simmons, [1988] 2 R.C.S. 495; *R. c. Jacoy*, [1988] 2 R.C.S. 548; *R. c. Collins*, [1987] 1 R.C.S. 265; *R. v. Debot* (1986), 30 C.C.C. (3d) 207 (C.A. Ont.), conf. [1989] 2 R.C.S. 1140; *Hunter c. Southam Inc.*, [1984] 2 R.C.S. 145; *R. c. Therens*, [1985] 1 R.C.S. 613; *R. c. Strachan*, [1988] 2 R.C.S. 980; *Mapp v. Ohio*, 367 U.S. 643 (1961); *Cloutier c. Langlois*, [1990] 1 R.C.S. 158.

Lois et règlements cités

Charte canadienne des droits et libertés, art. 8, 10, 24(2).
Code criminel, S.R.C. 1970, ch. C-34, art. 450 [abr. & rempl. ch. 2 (2^e supp.), art. 5].
Loi sur les stupéfiants, S.R.C. 1970, ch. N-1, art. 5(1), 10(1).

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Alberta (1988), 57 Alta. L.R. (2d) 161, 84 A.R. 96, 41 C.C.C. (3d) 257, 62 C.R. (3d) 272, 34 C.R.R. 234, qui a accueilli l'appel interjeté par le ministère public contre l'acquittement de l'accusé relativement à des inculpations d'importation d'un stupéfiant et de possession en vue d'un trafic. Pourvoi accueilli, le juge en chef Dickson et les juges L'Heureux-Dubé et Cory sont dissidents.

Lorne W. Scott, c.r., et *Terrence Semenuk*, pour l'appelant.

B. A. MacFarlane, c.r., et *Shelagh R. Creagh*, pour l'intimée.

Version française des motifs du juge en chef Dickson et des juges L'Heureux-Dubé et Cory rendus par

LE JUGE EN CHEF (dissident)—J'ai eu l'avantage de lire les motifs de jugement rédigés en l'espèce par le juge Lamer. Il a relaté fidèlement les faits et les jugements des tribunaux d'instance inférieure et je ne reprendrai pas cet exposé ici. Je souligne immédiatement le fait que les événements en cause ici se sont produits en mars 1984, avant le

prior to the release of many of the judgments referred to by Lamer J., including: *Hunter v. Southam Inc.*, [1984] 2 S.C.R. 145; *R. v. Therens*, [1985] 1 S.C.R. 613; *R. v. Debot* (1986), 30 C.C.C. (3d) 207 (Ont. C.A.), upheld by this Court, [1989] 2 S.C.R. 1140; *R. v. Simmons*, [1988] 2 S.C.R. 495. The police, therefore, had not been alerted to the procedural safeguards which subsequently have been established by this body of jurisprudence. I agree that the sole issue in this case is the application of s. 24(2) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. However, with respect, I find myself in disagreement with Lamer J.'s conclusion that the violations of the legal rights of the appellant in the appeal justify the exclusion of the evidence, namely, the heroin found in the body cavity of the appellant.

The approach which this Court has adopted for the determination of the admissibility of evidence pursuant to s. 24(2) was stated first in *R. v. Collins*, [1987] 1 S.C.R. 265, and I restated the method of analysis, writing for a majority of this Court, in *R. v. Jacoy*, [1988] 2 S.C.R. 548, at pp. 558-59:

First, the court must consider whether the admission of evidence will affect the fairness of the trial. If this inquiry is answered affirmatively, "the admission of evidence would tend to bring the administration of justice into disrepute and, subject to a consideration of other factors, the evidence generally should be excluded" ([*Collins*, at] p. 284). One of the factors relevant to this determination is the nature of the evidence; if the evidence is real evidence that existed irrespective of the *Charter* violation, its admission will rarely render the trial unfair.

The second set of factors concerns the seriousness of the violation. Relevant to this group is whether the violation was committed in good faith, whether it was inadvertent or of a merely technical nature, whether it was motivated by urgency or to prevent the loss of evidence, and whether the evidence could have been obtained without a *Charter* violation.

Finally, the court must look at factors relating to the effect of excluding the evidence. The administration of justice may be brought into disrepute by excluding evidence essential to substantiate the charge where the breach of the *Charter* was trivial. While this consider-

prononcé d'un bon nombre des arrêts mentionnés par le juge Lamer, dont *Hunter c. Southam Inc.*, [1984] 2 R.C.S. 145; *R. c. Therens*, [1985] 1 R.C.S. 613; *R. v. Debot* (1986), 30 C.C.C. (3d) 207 (C.A. Ont.), confirmé par notre Cour, [1989] 2 R.C.S. 1140; *R. c. Simmons*, [1988] 2 R.C.S. 495. Les policiers n'avaient donc pas été avisés des garanties en matière de procédure établies par la suite en vertu de cette jurisprudence. Je reconnais que la seule question en litige en l'espèce est l'application du par. 24(2) de la *Charte canadienne des droits et libertés*. Cependant, en toute déférence, je ne partage pas la conclusion du juge Lamer que les violations des garanties juridiques de l'appelant en cause ici justifient l'exclusion de la preuve, savoir l'héroïne trouvée dans une cavité corporelle de l'appelant.

La méthode adoptée par notre Cour pour déterminer l'admissibilité des éléments de preuve en application du par. 24(2) a d'abord été énoncée dans l'arrêt *R. c. Collins*, [1987] 1 R.C.S. 265, et j'ai exposé à nouveau cette méthode d'analyse, au nom des juges formant la majorité de notre Cour, dans *R. c. Jacoy*, [1988] 2 R.C.S. 548, aux pp. 558 et 559:

Premièrement, la cour doit se demander si l'utilisation de la preuve portera atteinte à l'équité du procès. Dans l'affirmative, «l'utilisation de la preuve ... tendrait à déconsidérer l'administration de la justice et, sous réserve de la considération des autres facteurs, la preuve devrait généralement être écartée» ([*Collins*, à la] p. 284). L'un des facteurs pertinents pour déterminer cela est la nature de la preuve: s'il s'agit d'une preuve matérielle qui existait indépendamment de la violation de la *Charte*, son utilisation rendra rarement le procès inéquitable.

Le second groupe de facteurs a trait à la gravité de la violation. Ainsi, il y a lieu de se demander si la violation a été commise de bonne foi, si elle a été commise par inadvertance ou s'il s'agissait d'une simple irrégularité, si elle a eu lieu dans une situation d'urgence ou pour prévenir la perte des éléments de preuve, et si ces derniers auraient pu être obtenus sans violation de la *Charte*.

Finalement, la cour doit prendre en considération les facteurs qui se rapportent à l'effet de l'exclusion de la preuve. L'administration de la justice est susceptible d'être déconsidérée par l'exclusion d'éléments de preuve essentiels pour justifier l'accusation, lorsque la violation

ation is particularly important where the offence is serious, if the admission of the evidence would result in an unfair trial, the seriousness of the offence would not render the evidence admissible.

I propose to deal with each set of factors in turn because, in my opinion, no one factor is determinative of the issue.

Fairness of the Trial

In my view, the nature of the evidence strongly militates against its exclusion. In *Collins, supra*, this Court recognized that real evidence, by its nature, if admitted will rarely have a detrimental impact upon adjudicative fairness (p. 284). More recently, this Court has had occasion to deal specifically with the issue of the admissibility, pursuant to s. 24(2), of real evidence of narcotics found during customs searches at airports. In *Simmons, supra*, a strip search was conducted upon the appellant Simmons in contravention of her s. 10(b) and s. 8 *Charter* rights. The search revealed cannabis resin. It was the majority opinion of the Court that the admission of the evidence would not unfairly affect the trial of the appellant (at p. 534):

Unlike the situation in *Therens, supra*, the accused here was in no way conscripted against herself. The admission of the evidence in this case, in contrast to *Therens*, would therefore not tend to affect adversely the fairness of the trial process.

Similarly, in *Jacoy, supra*, the appellant Jacoy's s. 10(b) rights were infringed during a customs search which uncovered cocaine in his personal belongings. Writing for a majority of the Court, I held that the evidence was properly admissible (at p. 559):

Evidence of narcotics is real evidence that existed independently of the *Charter* violation. This factor distinguishes this appeal from *Therens*, where the evidence was created by the accused as a result of the violation. Admission of evidence of this latter sort detracts from the fairness of the trial process, real evidence does not.

de la *Charte* est anodine. Bien que cette considération soit particulièrement importante lorsque l'infraction commise est grave, il reste que si l'utilisation de la preuve devait entraîner un procès inéquitable, la gravité de l'infraction ne saurait rendre cette preuve admissible.

Je me propose d'aborder chaque groupe de facteurs à tour de rôle, puisqu'à mon avis aucun ne détermine l'issue du pourvoi à lui seul.

L'équité du procès

J'estime que la nature de la preuve milite fortement en faveur de son utilisation. Dans l'arrêt *Collins*, précité, notre Cour a reconnu que l'utilisation d'une preuve matérielle, à cause de la nature de celle-ci, aura rarement des répercussions négatives sur l'équité du procès (p. 284). Notre Cour a eu l'occasion, plus récemment, de se pencher précisément sur la question de l'admissibilité, en application du par. 24(2), d'une preuve matérielle composée de stupéfiants trouvés à l'occasion de fouilles douanières effectuées dans des aéroports. Dans l'arrêt *Simmons*, précité, l'appelante Simmons a subi une fouille à nu contrairement aux droits que lui garantissaient l'al. 10b) et l'art. 8 de la *Charte*. La fouille a permis de découvrir de la résine de cannabis. Notre Cour, à la majorité, a statué que l'utilisation de cette preuve ne porterait pas atteinte à l'équité du procès de l'appelante (à la p. 534):

Contrairement à ce qui s'est passé dans l'affaire *Therens*, précitée, l'accusée en l'espèce n'était aucunement conscrite contre elle-même. L'utilisation de la preuve en l'espèce, contrairement à la situation qui prévalait dans l'affaire *Therens* n'aurait donc pas tendance à compromettre le caractère équitable du procès.

De même, dans l'arrêt *Jacoy*, précité, les droits garantis à l'appelant Jacoy par l'al. 10b) ont été violés pendant une fouille douanière qui a permis de trouver de la cocaïne dans ses effets personnels. Au nom de la majorité, j'ai conclu que cette preuve était admissible à bon droit (à la p. 559):

Les stupéfiants découverts constituent une preuve matérielle qui existait indépendamment de la violation de la *Charte*. Ce facteur distingue le présent pourvoi de l'affaire *Therens* où la preuve avait été créée par l'accusé par suite de la violation reprochée. L'utilisation de ce dernier genre d'éléments de preuve nuit à l'équité du procès, alors que ce n'est pas le cas d'une preuve matérielle.

I find these recent decisions to be of direct application to the case at bar. Although the *Charter* violation in issue is said to be an infringement of the appellant's counsel rights, the nature of the evidence is real evidence and not self-incriminating statements goaded from the accused by the authorities during the period in which counsel rights were denied. Consequently, the admission of the evidence would not have a detrimental impact upon the trial process. This set of factors, then, strongly favours the admission of the heroin into evidence.

Seriousness of the *Charter* Violation

The second group of factors to be considered in a determination of the admissibility of evidence pursuant to s. 24(2) can be grouped together under the general heading of the "seriousness of the *Charter* violation". Unlike Lamer J., I do not find these factors to be dispositive of this appeal. Rather, in my view, they generally favour the admissibility of the evidence.

I agree with Lamer J. that the question whether the R.C.M.P. had "reasonable and probable grounds" for their belief that the accused was in possession of a narcotic is fundamental to the analysis. First, if grounds for that belief were present, then the police were lawfully entitled to arrest the appellant in respect of a narcotics offence pursuant to s. 450 (now s. 495) of the *Criminal Code*, R.S.C. 1970, c. C-34. Once lawfully arrested, the police indisputably were entitled to conduct a search of the appellant's person for narcotics, on the basis of the legislative authority in s. 450: *Cloutier v. Langlois*, [1990] 1 S.C.R. 158. Thus, if the belief held by the police that the appellant was in possession of heroin is found to be reasonably based, the search itself is "clothed in legality", to use the respondent's turn of phrase, and the failure to arrest for the proper offence can be characterized as a trivial violation of the appellant's *Charter* rights.

Furthermore, authority for the search can be found in the arrest made subsequent to the finding

Je trouve que ces derniers arrêts s'appliquent directement à l'espèce. Bien que la violation de la *Charte* en cause en l'espèce soit qualifiée d'atteinte aux droits de l'appelant à l'assistance d'un avocat, la preuve est de nature matérielle et il ne s'agit pas de déclarations incriminantes que les autorités ont soutirées à l'accusé pendant qu'on lui niait ses droits à l'assistance d'un avocat. En conséquence, l'utilisation de cette preuve n'aurait pas de répercussions négatives sur le procès. Ce groupe de facteurs milite fortement en faveur de l'utilisation en preuve de l'héroïne.

La gravité de la violation de la *Charte*

Le deuxième groupe de facteurs à examiner pour déterminer l'admissibilité de la preuve en vertu du par. 24(2) réunit ceux qui peuvent s'inscrire sous la rubrique générale de la «gravité de la violation de la *Charte*». Contrairement au juge Lamer, je ne considère pas que ces facteurs sont déterminants en l'espèce. J'estime plutôt qu'ils favorisent de manière générale l'admissibilité de la preuve.

Je suis d'accord avec le juge Lamer pour dire qu'il est essentiel pour les fins de l'analyse de savoir si la GRC avait «des motifs raisonnables et probables» de croire que l'accusé avait de l'héroïne en sa possession. Premièrement, si ces motifs de croire existaient, alors les policiers avaient, en vertu de l'art. 450 (maintenant l'art. 495) du *Code criminel*, S.R.C. 1970, ch. C-34, le droit d'arrêter l'appelant en rapport avec une infraction relative à des stupéfiants. Après avoir légalement arrêté l'appelant, les policiers avaient certainement le droit, en vertu de l'autorité que leur conférait l'art. 450, de lui faire subir une fouille personnelle à la recherche de stupéfiants: *Cloutier c. Langlois*, [1990] 1 R.C.S. 158. Donc, si les motifs qu'avaient les policiers de croire que l'appelant avait de l'héroïne en sa possession sont considérés raisonnables, la fouille elle-même est [TRADUCTION] «empreinte de légalité» selon l'expression même de l'intimée, et l'omission d'arrêter l'appelant pour la bonne infraction peut être qualifiée de violation anodine des droits garantis à l'appelant par la *Charte*.

En plus, la justification de la fouille peut découler de l'arrestation subséquente à la découverte de

of the drugs—an arrest which was made with due regard for all of the appellant's *Charter* rights. In *R. v. Debot*, *supra*, Martin J.A. in the Ontario Court of Appeal recognized the possibility that a search undertaken prior to an arrest may still be incidental to the subsequent arrest, provided that reasonable and probable grounds for the prior search existed (at p. 225):

What constitutes a search incident to arrest is a question of law . . . I do not think that the fact that the respondent would not have been arrested if drugs had not been found in his possession, precludes the prior search from being incident to the arrest that followed the finding of the drug. This is provided, always, that the officer had reasonable grounds, prior to the search, for arresting the respondent under s. 450 of the *Code*.

I agree with Martin J.A.'s approach and I find his analysis directly applicable to the facts at bar. If reasonable and probable grounds for an arrest prior to the search existed, then that search is legal in terms of s. 450 of the *Criminal Code*, despite the fact that the accused was not charged with possession of narcotics at the time. The arrest for outstanding traffic warrants, therefore, becomes irrelevant.

The issue of reasonable and probable grounds also is central to a determination of the reasonableness of the search and seizure in terms of compliance with s. 8 of the *Charter*, which demands that a search be carried out under lawful, in this case statutory, authority (see *Collins*, *supra*, at p. 278). The question of what constitutes "reasonable and probable grounds" has been the subject of considerable judicial comment since the enactment of the *Charter*, much of it stemming from the judgment of this Court in *Hunter v. Southam Inc.*, *supra*. In that case, the facts of which are now well known, the Court considered the constitutionality of a warrantless search and held that, at a minimum, "reasonable and probable grounds", established upon oath, to believe that an offence has been committed and that there is evidence to be found at the place of the search, constitutes the minimum standard consistent with

la drogue—arrestation qui a été faite dans le respect de tous les droits dont l'appelant jouissait en vertu de la *Charte*. Dans l'arrêt *R. v. Debot*, précité, le juge Martin, de la Cour d'appel de l'Ontario, a reconnu la possibilité qu'une fouille commencée avant une arrestation soit considérée encore accessoire à l'arrestation qui la suit, pourvu qu'il y ait eu des motifs raisonnables et probables de procéder d'abord à la fouille (à la p. 225):

[TRADUCTION] Ce qui constitue une fouille accessoire à une arrestation est une question de droit. [...] Je ne crois pas que le fait que l'intimé n'aurait pas été mis en état d'arrestation s'il n'avait pas été trouvé en possession de drogue empêche la fouille antérieure d'être accessoire à l'arrestation qui a suivi la découverte de la drogue. Cela est vrai pourvu, dans tous les cas, que l'agent de police ait, avant la fouille, des motifs raisonnables de mettre l'intimé en état d'arrestation en vertu de l'art. 450 du *Code*.

Je souscris à l'avis du juge Martin et je considère que son analyse est directement applicable aux faits de l'espèce. S'il existait des motifs raisonnables et probables de procéder à l'arrestation avant la fouille, alors la fouille est légale en vertu de l'art. 450 du *Code criminel*, même si l'accusé n'était pas inculpé de possession de stupéfiants à ce moment-là. L'arrestation en vertu de mandats inexécutés relativement à des infractions à la circulation devient donc non pertinente.

La question des motifs raisonnables et probables est aussi cruciale pour déterminer le caractère raisonnable de la fouille et de la saisie en fonction du respect de l'art. 8 de la *Charte* qui exige qu'une fouille soit autorisée par la loi, une disposition législative en l'espèce (voir l'arrêt *Collins*, précité, à la p. 278). Ce qui constitue «des motifs raisonnables et probables» a fait l'objet d'une jurisprudence abondante depuis l'adoption de la *Charte*, jurisprudence qui découle en grande partie de l'arrêt de notre Cour *Hunter c. Southam Inc.*, précité. Dans cette affaire, dont les faits sont maintenant bien connus, notre Cour a examiné la constitutionnalité d'une perquisition sans mandat et elle a statué que l'existence de motifs raisonnables et probables, établie sous serment, de croire qu'une infraction a été commise et que des éléments de preuve se trouvent à l'endroit de la perquisition, constitue le critère minimal, compatible avec l'art. 8 de la

s. 8 of the *Charter* for authorizing a search and seizure. In this regard, I propounded the general principle that “[t]he state’s interest in detecting and preventing crime begins to prevail over the individual’s interest in being left alone at the point where credibly-based probability replaces suspicion” (p. 167).

The preconditions to a finding that reasonable and probable grounds for a warrantless search existed have been expanded upon in subsequent cases before this Court, most recently in the context of a warrantless drug search in the case earlier mentioned, *R. v. Debot*, *supra*. In that case, Wilson J., writing for a majority of this Court on this issue, elaborated upon the threshold that must be met before this type of search can be justified (at p. 1168):

In my view, there are at least three concerns to be addressed in weighing evidence relied on by the police to justify a warrantless search. First, was the information predicting the commission of a criminal offence compelling? Second, where that information was based on a “tip” originating from a source outside the police, was that source credible? Finally, was the information corroborated by police investigation prior to making the decision to conduct the search? I do not suggest that each of these factors forms a separate test. Rather, I concur with Martin J.A.’s view that the “totality of the circumstances” must meet the standard of reasonableness. Weaknesses in one area may, to some extent, be compensated strengths in the other two.

I agree with Wilson J. that the “totality of the circumstances” must be examined in order to determine whether reasonable grounds exist for a search and that no one factor should dominate the analysis.

In the instant case, the R.C.M.P. received a “tip” from an informer and, after background investigation, the police believed that the appellant was returning to Calgary, Alberta on a Canadian Pacific flight from Amsterdam, Holland on March 11, 1984. On the basis of the confidential information and follow-up investigation, they had grounds to believe that the appellant was in possession of

Charte, qui s’applique à l’autorisation d’une fouille, d’une perquisition ou d’une saisie. À cet égard, j’ai énoncé le principe général selon lequel «[l]e droit de l’État de déceler et de prévenir le crime commence à l’emporter sur le droit du particulier de ne pas être importuné lorsque les soupçons font place à la probabilité fondée sur la crédibilité» (pp. 167 et 168).

Les conditions préalables qui permettent de conclure à l’existence de motifs raisonnables et probables de procéder à une fouille ou perquisition sans mandat ont été précisées dans des arrêts subséquents de notre Cour, le plus récent étant une affaire de fouille sans mandat à la recherche de drogue, *R. c. Debot*, précité. Dans cet arrêt, le juge Wilson, s’exprimant au nom de la majorité sur ce point, a expliqué le seuil qu’il faut franchir pour que ce genre de fouille soit justifié (à la p. 1168):

À mon avis, il faut répondre à trois questions au moins pour évaluer les éléments de preuve qui ont amené les policiers à décider de procéder à une fouille sans mandat. Premièrement, les renseignements permettant de prévoir la perpétration d’une infraction criminelle étaient-ils convaincants? Deuxièmement puisque ces renseignements reposaient sur un tuyau provenant d’une source extérieure à la police, cette source était-elle fiable? Enfin, l’enquête de la police confirmait-elle ces renseignements avant que les policiers décident de procéder à la fouille? Je n’affirme pas que chacune de ces questions constitue un critère distinct. Je me range plutôt à l’avis du juge Martin d’après lequel [TRADUCTION] «l’ensemble des circonstances» doit satisfaire au critère du caractère raisonnable. La valeur des renseignements sous deux aspects peut, dans une certaine mesure, compenser leur faiblesse sous le troisième.

Je partage l’avis du juge Wilson qu’il faut examiner «l’ensemble des circonstances» pour déterminer s’il existe des motifs raisonnables de procéder à une fouille et qu’aucun facteur ne devrait dominer à lui seul l’analyse.

En l’espèce, la GRC a reçu un «tuyau» d’un informateur et, après avoir effectué une enquête sur les antécédents, les policiers ont cru que l’appellant reviendrait à Calgary, en Alberta, à bord d’un vol du Canadien Pacifique en provenance d’Amsterdam, en Hollande, le 11 mars 1984. Sur la foi de ces renseignements confidentiels et de l’enquête complémentaire, ils avaient des motifs de croire

heroin. In fact, that belief was so strongly held that when the flight was diverted to Edmonton, Alberta, because of weather conditions, customs inspectors at the Edmonton International Airport were instructed to ensure that the appellant did not leave the aircraft during that unscheduled stop. While I agree with Lamer J. that it would be useful if more detail was present on the record as to the confidential information, and the nature and extent of the background investigation, this is not a case where there was no evidence at all. The evidence indicates that the R.C.M.P. intended to arrest the appellant one week before his flight's arrival, and that they were aware of the flight and its arrival time. They possessed the description of the appellant, the clothing that he was supposed to be wearing and they were aware of the fact that he was expected to be carrying heroin. This was entirely a result of information received and background investigation by the R.C.M.P. Solely from the fact that little was put in evidence as to the reliability of the informant, who in fact proved reliable, I am not prepared to draw the inference that there did not exist reasonable and probable grounds for the belief that the appellant was in possession of heroin.

In addition, as I stated at the outset, in my opinion regard must be had for the fact that the search of the appellant occurred in March 1984. As the respondent correctly submits, the *Charter* was in its infancy at that time. This Court had not yet pronounced its decision in *Hunter v. Southam Inc.*, *supra*; nor had the Court yet had the opportunity to deal with the threshold of reasonable and probable grounds in the context of confidential informant information. In *Simmons*, *supra*, a majority of this Court recognized that the fact that *Charter* breaches "occurred not long after the *Charter* came into force" (p. 535) was relevant to an analysis of the seriousness of the *Charter* violations and, in particular, to a determination of the good faith of the authorities. Given the jurisprudential vacuum that existed at the time of the search in question, I am unwilling to conclude, based upon the totality of the circumstances of this case, that the R.C.M.P. did not have reasonable and probable grounds for their belief that the

que l'appelant avait de l'héroïne en sa possession. En réalité, ils en étaient si convaincus que lorsque le vol a été détourné sur Edmonton, en Alberta, à cause des conditions météorologiques, les inspecteurs des douanes de l'aéroport international d'Edmonton ont reçu instruction de veiller à ce que l'appelant ne descende pas de l'avion pendant cette escale imprévue. Bien que je sois d'accord avec le juge Lamer qu'il aurait été utile d'avoir plus de détails au dossier sur les renseignements confidentiels ainsi que sur la nature et l'étendue de l'enquête sur les antécédents, il ne s'agit pas d'un cas où il y a absence totale de preuve. La preuve indique que la GRC avait l'intention d'arrêter l'appelant une semaine avant l'arrivée de son vol et qu'elle savait à bord de quel vol et à quelle heure il arriverait. Elle avait une description de l'appelant, des vêtements qu'il devait porter et elle savait qu'il était censé transporter de l'héroïne. Cela découlait entièrement des renseignements reçus par la GRC et de l'enquête sur les antécédents qu'elle avait effectuée. Uniquement parce qu'on a mis en preuve peu de choses sur la fiabilité de l'informateur, qui s'est en fait révélé fiable, je ne suis pas prêt à conclure qu'il n'existait pas de motifs raisonnables et probables de croire que l'appelant avait de l'héroïne en sa possession.

De plus, comme je l'ai mentionné au départ, il faut, à mon avis, tenir compte du fait que la fouille de l'appelant a eu lieu en mars 1984. Comme l'intimée l'a à juste titre souligné, la *Charte* en était à ses tout débuts à l'époque. Notre Cour n'avait pas encore rendu l'arrêt *Hunter c. Southam Inc.*, précité, non plus qu'elle n'avait encore eu l'occasion de se prononcer sur le seuil des motifs raisonnables et probables dans le contexte des renseignements confidentiels fournis par des informateurs. Dans l'arrêt *Simmons*, précité, la Cour a reconnu à la majorité que le fait que les violations «[s'étaient] produites peu après l'entrée en vigueur de la *Charte*» (p. 535) entraînait en ligne de compte dans l'examen de la gravité des violations de la *Charte* et, plus particulièrement, dans la détermination de la bonne foi des autorités. En raison du vide jurisprudentiel qui existait au moment de la fouille en cause, je ne suis pas prêt à conclure, vu l'ensemble des circonstances de l'es-pèce, que la GRC n'avait pas de motifs raisonna-

appellant was in the possession of heroin. Instead, in hindsight, I think that the police did all that reasonably could be expected of them in following up the confidential information with a background investigation before making a determination to search and arrest the appellant. Consequently, I would not reverse the finding of the trial judge, which was upheld by a majority of the Alberta Court of Appeal, that the police had reasonable and probable grounds.

Having reached this conclusion, unlike Lamer J., I am not prepared to draw an inference that the police acted in "bad faith" in arresting the appellant for outstanding traffic violations. Although this course of action was stupid, the police did have reasonable and probable grounds for arresting the appellant on the charge of importing a narcotic. Indeed, if fault must be placed on anyone, my view is that it lies with Crown counsel who led evidence which provided less than a robust description of the background investigation conducted by the police force. The failure of Crown counsel to properly adduce and emphasize the evidence of reasonable and probable grounds should not, in my opinion, result in the exclusion of evidence necessary to convict a manifestly culpable accused.

It is also important to recall the early date in the history of the *Charter* of the events in question when one examines whether the violations of the appellant's rights formed part of a pattern of disregard of the *Charter*. Lamer J. suggests that it is relevant that in conducting a strip search of the appellant the customs inspectors failed to inform the appellant of the reason for his detention or of his right to retain and instruct counsel without delay. Once again, while this earlier violation of the appellant's *Charter* rights is not unimportant, these facts arose before the judgment of this Court in *Simmons*, *supra*, wherein the Court held that an accused was detained within the meaning of s. 10 of the *Charter* when she was required to undergo a secondary search at customs. In fact, the search occurred prior to this Court's decision in *R.*

bles et probables de croire que l'appellant avait de l'héroïne en sa possession. Je crois plutôt, après coup, que les policiers ont fait tout ce qu'on pouvait raisonnablement attendre d'eux en vérifiant les renseignements confidentiels par une enquête sur les antécédents avant de décider de fouiller et d'arrêter l'appellant. En conséquence, je n'infirmes pas la conclusion du juge du procès, confirmée par la Cour d'appel de l'Alberta, à la majorité, que les policiers avaient des motifs raisonnables et probables.

Étant arrivé à cette conclusion, je ne suis pas prêt, comme le juge Lamer le fait, à conclure que les policiers ont agi «de mauvaise foi» en arrêtant l'appellant en vertu de mandats inexécutés relativement à des infractions à la circulation. Bien que cette façon d'agir ait été inepte, les policiers avaient des motifs raisonnables et probables d'arrêter l'appellant relativement à l'accusation d'importation d'un stupéfiant. En réalité, s'il faut imputer la faute à quelqu'un, j'estime qu'elle revient au substitut du procureur général qui a soumis une preuve plutôt mince de l'enquête sur les antécédents menée par le corps de police. L'omission du substitut du procureur général de soumettre et de souligner, comme il se devait, la preuve des motifs raisonnables et probables ne devrait pas, à mon avis, entraîner l'exclusion des éléments de preuve nécessaires pour faire déclarer coupable un accusé manifestement coupable.

Il est aussi important de se rappeler que les événements en cause se sont produits au début de l'application de la *Charte* quand on examine si les violations des droits de l'appellant constituent un mépris systématique des dispositions de la *Charte*. Le juge Lamer laisse entendre qu'il faut tenir compte du fait qu'au moment de procéder à la fouille à nu de l'appellant les inspecteurs des douanes n'ont pas informé l'appellant du motif de sa détention ni de son droit d'avoir recours sans délai à l'assistance d'un avocat. Encore une fois, même si cette première violation des droits garantis à l'appellant en vertu de la *Charte* n'est pas anodine, ces faits sont survenus avant l'arrêt de notre Cour dans *Simmons*, précité, dans lequel nous avons statué qu'un accusé est détenu au sens de l'art. 10 de la *Charte* quand il est forcé de subir une fouille

v. *Therens*, *supra*, the first case which dealt with the meaning of "detention" in s. 10 of the *Charter*. Consequently, in my view, the failure to inform the appellant of his counsel rights provides no evidence of "bad faith" on the part of the customs inspectors nor can it properly be considered part of a pattern of disregard for *Charter* rights.

Furthermore, I find it impossible to conclude that the conduct of the authorities amounted to a "pattern of disregard" given that the appellant was informed that he had a right to retain and instruct counsel without delay before he was taken to the hospital for the body cavity search. Although in so doing the police violated the appellant's s. 10(a) *Charter* right, the infringement surely would be far more grievous if no counsel warning had been given at all. As well, the fact that the appellant was advised of his right to retain and instruct counsel in my view provides evidence that the police acted in "good faith" in their dealings with the appellant.

Finally, there is no evidence of malice on the part of the authorities towards the appellant nor is there any evidence of mistreatment. Had any of these factors been present, I would be more inclined to find a deliberate or flagrant abuse of the *Charter* rights of the appellant by the conduct of the authorities.

Given my determination that the R.C.M.P. had reasonable grounds to arrest and search the appellant, and that, as a consequence, the search of the appellant which uncovered heroin was conducted under lawful authority; and considering all of the circumstances of this case and in particular the fact that it occurred at an early stage in the *Charter*'s history, I conclude that the seriousness of the violations to the appellant's rights are not of such a magnitude as to favour exclusion of the real evidence.

Effect on the System

The final set of factors for review in a consideration of whether evidence is admissible pursuant to

secondaire aux douanes. En fait, cette fouille a eu lieu avant l'arrêt de notre Cour *R. c. Therens*, précité, qui est le premier arrêt à préciser le sens du mot «détention» à l'art. 10 de la *Charte*. En conséquence, j'estime que l'omission d'informer l'appelant de son droit à l'assistance d'un avocat ne constitue pas une preuve de «mauvaise foi» de la part des inspecteurs des douanes, et qu'on ne peut pas non plus vraiment la relier à un mépris systématique des droits garantis par la *Charte*.

En outre, je suis incapable de conclure que la conduite des autorités a constitué «un mépris systématique» puisque l'appelant a été informé de son droit d'avoir recours sans délai à l'assistance d'un avocat avant d'être amené à l'hôpital pour la fouille des cavités corporelles. Même si, en agissant comme ils l'ont fait, les policiers ont violé les droits garantis à l'appelant en vertu de l'al. 10a) de la *Charte*, la violation aurait été beaucoup plus grave si on avait complètement omis d'aviser l'appelant de son droit à l'assistance d'un avocat. De plus, le fait d'aviser l'appelant de son droit à l'assistance d'un avocat fournit la preuve, à mon avis, que les agents de police ont agi de «bonne foi» dans leurs rapports avec l'appelant.

Enfin, il n'y a aucune preuve de malveillance de la part des autorités envers l'appelant ni aucune preuve de mauvais traitement. Si l'un ou l'autre de ces facteurs avait été présent, je serais plus porté à qualifier la conduite des policiers d'abus flagrant et délibéré des droits garantis à l'appelant par la *Charte*.

Ayant conclu que la GRC avait des motifs raisonnables d'arrêter et de fouiller l'appelant et que, par conséquent, la fouille de l'appelant qui a permis de découvrir de l'héroïne était autorisée par la loi, compte tenu de l'ensemble des circonstances de l'espèce, notamment du fait que l'affaire date des débuts de l'application de la *Charte*, je conclus que les violations des droits de l'appelant ne sont pas graves au point de justifier l'exclusion de la preuve matérielle.

Les conséquences sur le système

Le dernier groupe de facteurs à considérer pour déterminer si la preuve est admissible en vertu du

s. 24(2) is the impact upon the reputé of the legal system of the admission or exclusion of the evidence. As I indicated in *Jacoy, supra*, at p. 559, "[t]he administration of justice may be brought into disrepute by excluding evidence essential to substantiate the charge where the breach of the *Charter* was trivial". Furthermore, in that case, I stated that in the context of real evidence of narcotics found during a customs search, exclusion of the evidence in general is unjustifiable (at p. 560):

The offence with which the appellant was charged constitute serious social evils. The narcotics are an essential piece of evidence to substantiate the charge.... In my view, the decision to exclude the evidence in light of all the circumstances would do violence to the reputé of the justice system.

Similarly, in *R. v. Strachan*, [1988] 2 S.C.R. 980, a majority of the Court held that as a general principle (at pp. 1008-9):

... where the breach of the right to counsel was inadvertent and where there was no mistreatment of the accused, exclusion of the evidence rather than its admission would tend to bring the administration of justice into disrepute.

I find these passages equally applicable to the case at bar. In my view, the manifest culpability of the appellant weighs heavily in favour of the admission of the real evidence. I believe that the reasonable person would be shocked and appalled to learn that an accused, unquestionably guilty of importing a sizable amount of heroin, was acquitted of all charges because of what amounted to a slip of the tongue by a police officer when the accused was arrested and read his s. 10 counsel rights. I agree fully with McClung J.A. in the Court of Appeal below that:

... a substantial majority of ... Canadians, concerned with the contagion of serious crime and the social devastation directly traceable to the trade in heroin, would be querulous that the Canadian Charter of Rights and Freedoms ruled out the evidence in this case.

((1988), 57 Alta. L.R. (2d) 161, at p. 168.)

par. 24(2) est celui qui porte sur l'effet qu'aura l'utilisation ou l'exclusion de la preuve sur la considération dont jouit le système judiciaire. Comme je l'ai dit dans *Jacoy*, précité, à la p. 559, «[l']administration de la justice est susceptible d'être déconsidérée par l'exclusion d'éléments de preuve essentiels pour justifier l'accusation, lorsque la violation de la *Charte* est anodine». De plus, dans cette affaire, j'ai dit que dans le cas d'une preuve matérielle composée de stupéfiants découverts pendant une fouille douanière, l'exclusion de la preuve en général est injustifiable (à la p. 560):

L'infraction dont est accusé l'appelant est la source de nombreux maux pour la société. Les stupéfiants constituent un élément de preuve essentiel pour justifier l'accusation. [...] À mon sens, la décision d'écarter les éléments de preuve, eu égard aux circonstances, aurait pour effet de déconsidérer le système judiciaire.

De même, dans l'arrêt *R. c. Strachan*, [1988] 2 R.C.S. 980, notre Cour, à la majorité, a statué qu'en règle générale dans le cas (aux pp. 1008 et 1009):

... où la violation du droit à l'assistance d'un avocat a été commise par inadvertance et où l'accusé n'a pas subi de mauvais traitement, c'est l'exclusion des éléments de preuve plutôt que leur utilisation qui serait susceptible de déconsidérer l'administration de la justice.

Je considère que ces passages sont également applicables à l'espèce. À mon avis, la culpabilité manifeste de l'appelant fait fortement pencher la balance en faveur de l'utilisation de la preuve matérielle. Je crois qu'une personne raisonnable serait consternée et scandalisée d'apprendre qu'un accusé, indubitablement coupable d'avoir importé une assez grande quantité d'héroïne, a été acquitté relativement à tous les chefs d'accusation parce qu'un agent de police a fait un lapsus au moment d'arrêter l'accusé et de l'aviser de ses droits à l'assistance d'un avocat en vertu de l'art. 10. Je partage entièrement l'avis du juge McClung de la Cour d'appel quand il dit:

[TRADUCTION] ... une grande majorité de [...] Canadiens, qui s'inquiètent de la prolifération des crimes graves et des désordres sociaux directement attribuables au commerce de l'héroïne, constateraient avec colère que la Charte canadienne des droits et libertés a permis d'écarter les éléments de preuve en l'espèce.

((1988), 57 Alta. L.R. (2d) 161, à la p. 168.)

To my mind, this type of infringement of the constitutional rights of an accused amounts to the kind of "technical" violation which the general public in the United States frequently derides when an unquestionably culpable accused in that country is acquitted of very serious charges. In this country, the legislature deliberately chose a different rule for the exclusion of evidence, one which allows the courts to avoid the bringing into disrepute of the system of justice that often results from the automatic exclusion of evidence. The instant case provides a graphic example of a situation where the rule should lead to the opposite result from the disposition that might be reached had these facts been governed by the American Bill of Rights, as it has been interpreted in the past by the Supreme Court of the United States: *Mapp v. Ohio*, 367 U.S. 643 (1961).

Conclusion

In conclusion, then, I find that the integrity of the legal system strongly favours the admission of this evidence. Furthermore, I have determined that there are no concerns relating to the fairness of the trial raised by the admission of this evidence, and that the *Charter* violations were technical in nature and an example of minor police stupidity. Therefore, the seriousness of the violations does not militate against the admission of the real evidence.

Consequently, I would uphold the decision of the majority of the Court of Appeal of Alberta to admit the evidence and to enter a conviction for importing a narcotic into Canada contrary to s. 5(1) of the *Narcotic Control Act*, R.S.C. 1970, c. N-1. Accordingly, I would dismiss the appeal.

The judgment of Lamer, Wilson, La Forest and Gonthier JJ. was delivered by

LAMER J.—

Facts

This is a case in which this Court must decide whether the cumulative effect of violations of ss. 8 and 10 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* warrants the exclusion of evidence pur-

Selon moi, ce genre de violation des droits constitutionnels garantis à un accusé équivaut au genre de violation «formelle» dont le grand public aux États-Unis se moque souvent quand un accusé indubitablement coupable est acquitté de très graves accusations. Ici, le législateur a délibérément choisi une règle d'exclusion de preuve différente qui permet aux tribunaux d'éviter le discrédit sur le système judiciaire qu'entraîne souvent l'exclusion automatique des éléments de preuve. L'espèce fournit un exemple concret de situation où la règle devrait entraîner le résultat opposé à celui qui pourrait découler de l'application du *Bill of Rights* des États-Unis aux mêmes faits, selon l'interprétation qu'en a déjà donnée la Cour suprême des États-Unis: *Mapp v. Ohio*, 367 U.S. 643 (1961).

Conclusion

En définitive, je conclus que l'intégrité du système judiciaire commande l'utilisation de cette preuve. De plus, j'ai constaté que l'équité du procès n'est pas mise en jeu par l'utilisation de cette preuve et que les violations de la *Charte* étaient de nature formelle et constituent un exemple de bourde policière sans gravité. En conséquence, la gravité des violations ne milite pas contre l'utilisation de la preuve matérielle.

En conséquence, je suis d'avis de confirmer l'arrêt de la Cour d'appel de l'Alberta, à la majorité, qui a conclu à l'admissibilité de la preuve et à l'inscription d'une déclaration de culpabilité d'importation d'un stupéfiant au Canada contrairement au par. 5(1) de la *Loi sur les stupéfiants*, S.R.C. 1970, ch. N-1. En conséquence, je suis d'avis de rejeter le pourvoi.

Version française du jugement des juges Lamer, Wilson, La Forest et Gonthier rendu par

LE JUGE LAMER—

Les faits

Dans le présent pourvoi, cette Cour doit décider si l'effet cumulatif des violations des art. 8 et 10 de la *Charte canadienne des droits et libertés* justifie l'exclusion de la preuve conformément au par.

suant to s. 24(2) of the *Charter*. On March 11, 1984, the appellant landed at Calgary on Canadian Pacific flight 383 originating in Amsterdam. Canada Customs at the Calgary International Airport had been alerted by the R.C.M.P. that there was confidential information that the appellant was returning to Calgary from Holland in possession of an unknown quantity of heroin. Customs Inspector France, who was in charge of conducting primary customs inspections, referred the appellant to other customs agents for secondary inspection. The appellant proceeded to the secondary search area where Customs Inspector Lee conducted a search of the appellant's luggage. He found no drugs nor any other illegal or suspicious items. After the search was completed Customs Superintendent McQuay decided, based on information received from the R.C.M.P., to conduct a personal search. The appellant was taken to a private room by Customs Inspectors Lee and Yick, and was informed that a body search was to be done. There was a poster on the wall of the room indicating that a person who does not wish to be searched has the right to have the proposed search reviewed by a justice of the peace, police magistrate or a Senior Customs Officer. There is no evidence that the appellant saw or read the poster. Further, he was not informed of his right to retain and instruct counsel. In fairness to the Customs Inspectors, I note that the facts of this case arose before this Court's judgment in *R. v. Simmons*, [1988] 2 S.C.R. 495. The appellant's clothing was examined. His body was examined and a visual examination was done of the appellant's rectum by asking him to bend over. He was not touched during the examination, which lasted from five to ten minutes. No evidence of drugs was found as a result of the search.

After the personal search, the appellant was taken to an adjoining room. Inspector Yick advised R.C.M.P. Constables Ingraham and Hammond of the results of the search. Constable Hammond testified that at about 5:24 p.m. he entered the room and advised the appellant of his arrest for importing heroin into Canada. Constable Hammond further testified that the appellant was advised of his right to retain and instruct counsel

24(2) de la *Charte*. Le 11 mars 1984, l'appelant a atterri à Calgary à bord du vol 383 du Canadien Pacifique en provenance d'Amsterdam. Les douanes canadiennes de l'aéroport international de Calgary avaient été avisées par la GRC que, selon des renseignements confidentiels, l'appelant revenait de la Hollande en possession d'une quantité indéterminée d'héroïne. L'inspecteur des douanes France, qui était responsable des inspections primaires, a confié l'appelant à d'autres agents des douanes pour qu'ils effectuent l'inspection secondaire. L'appelant a été conduit dans une aire d'inspection secondaire où l'inspecteur des douanes Lee a fouillé les bagages de l'appelant. Il n'y a trouvé ni drogue, ni autre objet illégal ou suspect. Après la fouille des bagages, le surintendant des douanes McQuay a décidé, à cause des renseignements fournis par la GRC, de procéder à une fouille personnelle. Les inspecteurs Lee et Yick ont conduit l'appelant dans une pièce retirée et l'ont informé qu'il serait soumis à une fouille corporelle. Il y avait, sur le mur de la pièce, une affiche indiquant qu'une personne qui refuse d'être fouillée a le droit de faire vérifier la fouille projetée par un juge de paix, un magistrat de police ou un agent supérieur des douanes. Il n'y a rien dans la preuve qui indique si l'appelant a vu ou lu cette affiche. De plus, il n'a pas été avisé de son droit d'avoir recours à l'assistance d'un avocat. Par souci d'équité pour les inspecteurs des douanes, je souligne que les faits de l'espèce se sont produits avant l'arrêt de notre Cour *R. c. Simmons*, [1988] 2 R.C.S. 495. Les vêtements de l'appelant ont été examinés. On a soumis l'appelant à un examen corporel et à un examen visuel du rectum en le faisant pencher par en avant. Il n'a pas été touché pendant cet examen qui a duré de cinq à dix minutes. L'examen n'a pas permis de trouver trace d'une drogue.

Après cette fouille personnelle, l'appelant a été conduit dans une pièce adjacente. L'inspecteur Yick a fait part aux agents Ingraham et Hammond de la GRC des résultats de l'examen. L'agent Hammond a témoigné que vers 17 h 24 il est entré dans la pièce et a informé l'appelant qu'il le mettait en état d'arrestation pour importation d'héroïne au Canada. L'agent Hammond a aussi témoigné qu'on avait avisé l'appelant de son droit

without delay and that he was not obliged to say anything unless he wished to do so. The appellant indicated that he understood. Despite Constable Hammond's testimony that he told the appellant he was being arrested for importing heroin, the officer's notes made at the time do not specify the reason for the arrest:

Wayne and I went into interview room and I sectioned 10 (secondary warning) right to counsel, et cetera. Greffe stated he understood.

By contrast, Constable Ingraham's notes in relation to the arrest read as follows:

Me and Hammond enter secondary room and take custody of Greffe for the traffic warrants. [Emphasis added.]

Constable Ingraham testified that it was fair to say that if the appellant had been arrested at the airport on a charge of importing narcotics, then his notes would probably have said so. Constable Hammond stated that he was aware that there were traffic warrants outstanding for the appellant, and that he mentioned them to him in passing. The Constable did state, however, that he had an independent recollection that he told the appellant he was being arrested for "importing narcotics", although he could not explain why he did not place the reason for the arrest in his notes.

Before leaving the airport Constable Hammond advised the appellant that he would be the subject of a body search by a doctor at a hospital, and was asked if he had any comments to make about any drugs on his person. The appellant made no comment. Upon arriving at the hospital at about 6:05 p.m., the appellant's clothes were removed, and he put on a hospital gown. Dr. Pow arrived at 6:16 p.m., explained the procedure to the appellant and began the examination. A matron and the two R.C.M.P. constables were present in addition to the doctor. A rectal examination was conducted with the doctor's finger and with a sigmoidoscope. The sigmoidoscope was inserted 8 inches into the

d'avoir recours sans délai à l'assistance d'un avocat et qu'il n'était pas tenu de dire quoi que ce soit, s'il ne voulait pas le faire. L'appelant a indiqué qu'il comprenait. Malgré le témoignage de l'agent Hammond selon lequel celui-ci a dit à l'appelant qu'il était mis en état d'arrestation pour importation d'héroïne, les notes prises par l'agent à ce moment ne mentionnent pas le motif de l'arrestation:

[TRADUCTION] Wayne et moi sommes allés dans la salle d'interrogatoire et j'ai donné l'avis selon l'art. 10 du droit à l'assistance d'un avocat (mise en garde secondaire), etc. Greffe a déclaré qu'il comprenait.

Par contre, les notes de l'agent Ingraham disent ceci au sujet de l'arrestation:

[TRADUCTION] Hammond et moi sommes entrés dans la pièce secondaire et avons pris la garde de Greffe en raison des mandats relatifs à des infractions à la circulation. [Je souligne.]

L'agent Ingraham a témoigné qu'il était raisonnable de conclure que si l'appelant avait été mis en état d'arrestation à l'aéroport relativement à une inculpation d'importation de stupéfiants, ses notes en auraient probablement fait état. L'agent Hammond a déclaré qu'il savait qu'il existait des mandats en vigueur contre l'appelant pour infractions à la circulation et qu'il le lui a dit en passant. L'agent a cependant témoigné qu'il se rappelait très bien avoir dit à l'appelant qu'il était mis en état d'arrestation pour «importation de stupéfiants», quoiqu'il n'ait pas pu expliquer pourquoi il avait omis de mentionner le motif de l'arrestation dans ses notes.

Avant de quitter l'aéroport, l'agent Hammond a informé l'appelant qu'il serait soumis à une fouille corporelle par un médecin, dans un hôpital, et lui a demandé s'il avait quelque chose à dire au sujet de drogues qu'il pourrait avoir sur sa personne. L'appelant n'a rien dit. À leur arrivée à l'hôpital, vers 18 h 05, l'appelant a enlevé ses vêtements et a enfilé une chemise d'hôpital. Le Dr. Pow est arrivé vers 18 h 16, il a expliqué la procédure à l'appelant et il a commencé à pratiquer l'examen. Outre le médecin, il y avait dans la pièce une infirmière et les deux agents de la GRC. Le médecin a effectué l'examen rectal avec son doigt et à l'aide d'un rectoscope. Le rectoscope a été inséré par l'anus à

appellant's anal canal into the rectum. A Kelly grasping forceps was used to remove two articles from the appellant's lower bowel. Dr. Pow removed a condom containing two plastic baggies and tape together with about 40 grams of heroin 33 percent pure by weight. The appellant co-operated during the search though he appeared to express some discomfort according to Constable Hammond. The first time that Constable Hammond's notes refer to the appellant's being charged with a narcotics offence is at 6:32 p.m., after the rectal search was completed and the drugs recovered:

Depart hospital—R T O when we got in the car I told Greffe that he would be charged with importing a narcotic and would be given the opportunity if he wished to phone a lawyer when we got to the office.

The first reference in Constable Ingraham's notes to charging the appellant with a narcotics offence is similarly at 6:32 p.m., a time after the rectal search, and after the earlier notation in the Constable's notes about arresting the appellant for outstanding traffic warrants. The appellant was ultimately charged with two counts under the *Narcotic Control Act*, R.S.C. 1970, c. N-1, one of unlawfully importing heroin and one of being in unlawful possession of heroin for the purpose of trafficking.

The Trial

The appellant was tried before Waite J. of the Court of Queen's Bench of Alberta. At the conclusion of the Crown's presentation of its case, the defence indicated that it was not leading any evidence. The focal point of the trial was the admissibility of the heroin as evidence on the two counts against the appellant. The defence submitted, in closing argument, that the evidence should be excluded pursuant to s. 24(2) of the *Charter* since it was obtained as a result of infringements of the appellant's rights under ss. 8 and 10 of the *Charter*. In the course of his reasons, the learned trial judge made certain key observations and findings of fact. Waite J. found that the appellant was arrested at the airport for the outstanding traffic

environ 8 pouces de profondeur dans le rectum de l'appelant. On a utilisé une pince de Kelly pour extraire deux objets du gros intestin de l'appelant. Le Dr Pow a retiré un condom contenant deux petits sacs de plastique attachés ensemble au moyen d'un ruban adhésif, qui contenaient environ 40 grammes d'héroïne pure à 33 pour 100. L'appelant a coopéré à l'examen bien qu'il ait semblé donner des signes d'inconfort selon l'agent Hammond. Selon les notes de l'agent Hammond, l'appelant a été accusé pour la première fois d'une infraction relative à des stupéfiants à 18 h 32, après que la fouille rectale eut été terminée et la drogue récupérée:

[TRADUCTION] Départ de l'hôpital—retour au poste—quand nous sommes montés dans la voiture j'ai dit à Greffe qu'il serait accusé d'avoir importé un stupéfiant et qu'il aurait la possibilité d'appeler un avocat, s'il voulait le faire, dès que nous arriverions au poste.

D'après les notes de l'agent Ingraham, l'appelant a été accusé pour la première fois d'une infraction relative à des stupéfiants à 18 h 32 également, après la fouille rectale et après la mention, déjà portée dans les notes de l'agent, que l'appelant était arrêté en vertu de mandats inexécutés relativement à des infractions à la circulation. Deux chefs d'accusation ont finalement été déposés contre l'appelant en vertu de la *Loi sur les stupéfiants*, S.R.C. 1970, ch. N-1: il a été accusé d'importation illégale d'héroïne et de possession illégale d'héroïne en vue d'un trafic.

Le procès

L'appelant a subi son procès devant le juge Waite de la Cour du Banc de la Reine de l'Alberta. À la fin de la présentation de la preuve du ministère public, la défense a mentionné qu'elle ne soumettrait pas de preuve. Le procès a été axé sur l'admissibilité en preuve de l'héroïne relativement aux deux chefs d'accusation déposés contre l'appelant. La défense a soutenu, en concluant sa plaidoirie, qu'il fallait écarter cette preuve en vertu du par. 24(2) de la *Charte* puisqu'elle a été obtenue par suite d'une violation des droits garantis à l'appelant par les art. 8 et 10 de la *Charte*. Dans ses motifs de jugement, le juge du procès a formulé certaines observations et conclusions de fait fondamentales. Le juge Waite a conclu que l'appelant a

warrants. He based this conclusion in part on the absence of any indication of the reasons for arrest in Constable Hammond's notes, and the reference in Constable Ingraham's notes to the effect that the arrest was for outstanding traffic warrants. Further, the trial judge noted that the first reference in either officer's notes to an arrest on the importing charge appears after the rectal exam, and after the heroin was recovered. Waite J. then states the following:

The reasonable conclusion on all of the evidence is that the accused was arrested at the airport on traffic warrants. By that time the accused and his personal property had been thoroughly searched. No narcotics had been found. The traffic warrants proved to be a convenient artifice to keep the accused in custody until the ultimate bodily searches could be conducted. But everything that flowed from that arrest was improper. It is apparent that the police had confidential and reliable information concerning the accused and his suspected attempt to import heroin. That is clear from the recovery of the heroin itself. It is unclear why the accused was not properly arrested at the airport on the correct charge. [Emphasis added.]

I should note, at this point, that it is clear from the trial judge's statement that he based his assessment of the reliability of the confidential information on an *ex post facto* analysis; he reasoned, incorrectly in my view, that the information received by the R.C.M.P. must have been reliable because the search resulted in the recovery of the heroin. With respect, a conclusion that the police had reliable information about the appellant's attempt to import heroin must be based on more than the fact of a subsequent recovery of the drugs. There must be an independent inquiry into the source and reliability of the confidential information in order to determine whether, in the totality of the circumstances, there existed reasonable and probable grounds to believe the appellant was carrying the heroin or whether there was mere suspicion. Relevant to this inquiry is whether the information received contains sufficient detail to

été mis en état d'arrestation à l'aéroport en raison de mandats inexécutés relativement à des infractions à la circulation. Il a justifié cette conclusion en partie par l'absence d'indication des motifs de l'arrestation dans les notes de l'agent Hammond et par la mention, dans les notes de l'agent Ingraham, que l'arrestation découlait de mandats inexécutés relativement à des infractions à la circulation. De plus, le juge du procès a souligné que la première mention, dans les notes de l'un et l'autre agent, de l'arrestation relative à une accusation d'importation de stupéfiants, survient après l'examen rectal et après la récupération de l'héroïne. Le juge Waite dit alors ceci:

[TRADUCTION] La conclusion raisonnable à tirer de toute la preuve est que l'accusé a été arrêté à l'aéroport en vertu de mandats relatifs à des infractions à la circulation. À ce moment, l'accusé et ses bagages avaient été soigneusement fouillés. Aucun stupéfiant n'avait été découvert. Les mandats relatifs à des infractions à la circulation étaient un artifice commode pour garder l'accusé sous garde jusqu'à ce que les fouilles corporelles ultimes puissent être faites. Mais tout ce qui a découlé de l'arrestation a été irrégulier. Il appert que les policiers avaient des renseignements confidentiels et sûrs au sujet de l'accusé et de sa tentative d'importer de l'héroïne. Cela ressort clairement de la récupération de l'héroïne elle-même. Il n'est pas clair pourquoi l'appellant n'a pas été régulièrement arrêté à l'aéroport relativement à la bonne accusation. [Je souligne.]

Je dois souligner ici qu'il ressort nettement de l'affirmation du juge du procès que son évaluation de la fiabilité des renseignements confidentiels repose sur une analyse après le fait; il a conclu, à tort selon moi, que les renseignements communiqués à la GRC devaient être sûrs puisque la fouille a permis de récupérer l'héroïne. En toute déférence, la conclusion que la police avait des renseignements sûrs au sujet de la tentative de l'appellant d'importer de l'héroïne doit être fondée sur quelque chose de plus que la découverte subséquente de la drogue. Il doit y avoir une analyse indépendante de la source des renseignements confidentiels et de leur fiabilité afin de déterminer si, vu l'ensemble des circonstances, il existait des motifs raisonnables et probables de croire que l'appellant transportait de l'héroïne ou s'il n'existait que de simples soupçons. Il importe, pour les fins de cette analyse, de déterminer si les renseignements reçus

ensure that it is based on more than mere rumour or gossip, whether the source or means of knowledge is revealed and whether there is any indicia of the reliability of the source of the information, such as the supplying of reliable information in the past: see *R. v. Debot* (1986), 30 C.C.C. (3d) 207, (Ont. C.A.), at p. 219 affirmed by this Court, [1989] 2 S.C.R. 1140. I shall return to this aspect of the trial judge's reasons in my analysis of the legal issues arising out of this appeal.

On the basis of his findings, the trial judge drew the following conclusions:

1. The airport arrest was spurious. The reason given for it was false.

2. The right to retain and instruct counsel was tainted. There are vast differences in the seriousness between the two charges mentioned in court. There are equally vast differences in the need that an accused might feel to retain counsel with respect to such diverse charges. As counsel for the accused put it, the right to counsel is relative to what an accused is told. The latter can determine the exercise of the former. Improper advice can vitiate or infringe the charter right to counsel, and it does so in this case.

3. The violation of Sections 10(a) and 10(b) resulted in a gross infringement of the accused's rights pursuant to 8 to be secure against an unreasonable search. It is ludicrous to state it, but state it I must, the rectal search on an arrest for outstanding traffic warrants is totally unreasonable. The accused accordingly is in the same position as he would have been in if his rights under Section 8, Section 10(a) and Section 10(b) had been totally ignored.

In respect of the analysis pursuant to s. 24(2) of the *Charter*, the trial judge relied on the authority of *R. v. Therens*, [1985] 1 S.C.R. 613, specifically the judgment of Estey J., to exclude the evidence. The trial judge quoted directly the following passage from Estey J.'s reasons in *Therens*, *supra*, at pp. 621-22, which he felt applied to each of the *Charter* violations in the case at bar:

comportent suffisamment de détails pour assurer qu'ils s'appuient quelque chose de plus que de simples rumeurs ou racontars, si la source ou l'origine des renseignements est indiquée et s'il y a des indices de fiabilité de la source des renseignements, comme la fourniture de renseignements sûrs dans le passé: voir *R. v. Debot* (1986), 30 C.C.C. (3d) 207 (C.A. Ont.), à la p. 219, confirmé par notre Cour, [1989] 2 R.C.S. 1140. Je reviendrai sur cet aspect des motifs du juge du procès dans l'analyse que je ferai des questions de droit en litige dans le présent pourvoi.

En raison de ses constatations, le juge du procès est arrivé aux conclusions suivantes:

[TRADUCTION] 1. L'arrestation à l'aéroport a été truquée. Le motif invoqué était faux.

2. Le droit d'avoir recours à l'assistance d'un avocat a été violé. Les deux accusations mentionnées devant le tribunal diffèrent énormément sur le plan de leur gravité. Il y a également une énorme différence sur le plan du besoin qu'un accusé peut ressentir d'avoir recours à l'assistance d'un avocat face à des accusations de nature aussi différente. Ainsi que l'avocat de l'accusé l'a dit, le droit à l'assistance d'un avocat varie en fonction de ce qui est dit à l'accusé. Ce qui est dit à l'accusé peut avoir une influence sur l'exercice de ce droit. Une indication inadéquate peut porter atteinte au droit à l'assistance d'un avocat garanti par la Charte, comme c'est le cas en l'espèce.

3. La violation des alinéas 10a) et 10b) a entraîné une atteinte grave aux droits qu'a l'accusé, en vertu de l'article 8, à la protection contre les fouilles abusives. Il est ridicule de le dire, mais je dois le faire: la fouille rectale effectuée à la suite d'une arrestation en vertu de mandats inexécutés relativement à des infractions à la circulation est tout à fait abusive. En conséquence, l'accusé est exactement dans la même situation que si les droits que lui garantissent l'article 8 et les alinéas 10a) et 10b) avaient été totalement ignorés.

Quant à l'analyse effectuée en vertu du par. 24(2) de la *Charte*, le juge du procès s'est fondé sur l'arrêt *R. c. Therens*, [1985] 1 R.C.S. 613, plus précisément sur les motifs du juge Estey, pour écarter les éléments de preuve. Le juge du procès a cité expressément le passage suivant des motifs du juge Estey dans l'arrêt *Therens*, précité, aux pp. 621 et 622, qui, à son avis, s'appliquait à chacune des violations de la *Charte* commises en l'espèce:

Here the police authority has flagrantly violated a *Charter* right without any statutory authority for so doing. Such an overt violation as occurred here must, in my view, result in the rejection of the evidence thereby obtained. We are here dealing only with direct evidence or evidence thereby obtained directly and I leave to another day any consideration of evidence thereby indirectly obtained. To do otherwise than reject this evidence on the facts and circumstances in this appeal would be to invite police officers to disregard *Charter* rights of the citizens and to do so with an assurance of impunity. If s. 10(b) of the *Charter* can be offended without any statutory authority for the police conduct here in question and without the loss of admissibility of evidence obtained by such a breach then s. 10(b) would be stripped of any meaning and would have no place in the catalogue of "legal rights" found in the *Charter*.

The violation by the police authority of a fundamental *Charter* right, which transpired here, will render this evidence inadmissible. Admitting this evidence under these circumstances would clearly "bring the administration of justice into disrepute".

As a result, the trial judge excluded the heroin, and, since there was no longer any evidence before the court to support the charges, found the appellant not guilty on each count.

The Court of Appeal

A majority of the Court of Appeal of Alberta, McClung J.A. with Haddad J.A. concurring, held that the trial judge erred in excluding the evidence pursuant to s. 24(2) of the *Charter*. Harradence J.A. dissented. The majority was of the view that despite the finding by the trial judge that the police arrested the appellant for outstanding traffic warrants, the appellant was fully aware of the reason for the police investigation of him:

The [appellant] was in no doubt about the realities of his situation from about 5:40 p.m. onward. He had already been strip searched. He had been told of his right to consult counsel. He expressed no wish to do so. Patently, his own awareness of his possession of narcot-

En l'espèce, les policiers ont violé de façon flagrante un droit garanti par la *Charte* sans avoir le pouvoir légal de le faire. Une violation aussi manifeste que celle qui a été commise en l'espèce doit, à mon avis, entraîner le rejet des éléments de preuve ainsi obtenus. En l'espèce, nous nous intéressons seulement aux éléments de preuve directs ou aux éléments de preuve obtenus directement par ce moyen et je n'ai pas ici à examiner la question des éléments de preuve obtenus indirectement par ce moyen. Ne pas rejeter ces éléments de preuve, compte tenu des faits et des circonstances de l'espèce, reviendrait à inviter les policiers à ne pas tenir compte des droits que garantit aux citoyens la *Charte*, et à le faire en étant assuré de l'impunité. Si la police pouvait, par sa conduite, violer l'al. 10b) de la *Charte* sans avoir le pouvoir légal de le faire, comme c'est le cas en l'espèce, et sans que cela n'entraîne l'inadmissibilité des éléments de preuve obtenus grâce à cette violation, l'al. 10b) serait alors dénué de tout sens et n'aurait plus sa place dans la liste des «garanties juridiques» que l'on trouve dans la *Charte*.

La violation par les policiers d'un droit fondamental garanti par la *Charte*, tel qu'il ressort en l'espèce, rend ces éléments de preuve inadmissibles. L'utilisation de ces éléments de preuve dans ces circonstances serait nettement susceptible de «déconsidérer l'administration de la justice».

En conséquence, le juge du procès a écarté l'héroïne, et, comme il n'y avait plus devant le tribunal aucun élément de preuve susceptible d'étayer les accusations, il a prononcé l'acquittement de l'accusé relativement à chaque chef d'accusation.

La Cour d'appel

La Cour d'appel de l'Alberta, à la majorité, composée des juges McClung et Haddad, a statué que le juge du procès avait commis une erreur en écartant la preuve conformément au par. 24(2) de la *Charte*. Le juge Harradence était dissident. La majorité a estimé que même si le juge du procès a conclu que les policiers ont arrêté l'appellant en vertu de mandats inexécutés relativement à des infractions à la circulation, l'appellant connaissait très bien le motif de l'enquête menée par les policiers à son égard:

[TRADUCTION] Il [l'appellant] n'avait aucun doute sur l'état de sa situation à compter de 17 h 40. Il avait déjà subi une fouille à nu. On lui avait fait part de son droit de recourir à l'assistance d'un avocat. Il n'a pas exprimé le désir d'en consulter un. Manifestement, il savait fort

ics, quite severable from any police advice, preceded his arrest.

((1988), 57 Alta. L.R. (2d) 161, at p. 167.)

This is the context in which the majority discuss the exclusion of the evidence as a consequence of the s. 10(a) violation. According to McClung J.A., the fact of the constitutionally deficient arrest did not warrant exclusion of the evidence. He held that:

... exclusion only lies when the accused supplies a material fact and it is clear, at least on the civil standard of proof, that the fact would not have emerged had the Charter been observed.

In this regard, McClung J.A. reasoned that since the violation of s. 10(a) of the *Charter* did not create the narcotics, exclusion is not warranted. As regards the seriousness of the violation, the majority concluded at p. 168 that:

... the false information, equated by the trial judge to a breach of s. 10(a), was not so serious that exclusion was demanded. I say so because it is clear from the record that the misinformation from the R.C.M.P., amounting to a Charter breach, pales when compared to Greffe's own duplicity in attempting to gain entry into Canada, posing as a routine traveller.

In addition McClung J.A. refers specifically to the judgment of Martin J.A. of the Ontario Court of Appeal in *R. v. Debot*, *supra*, in which it was held that an on-the-spot drug search prior to advising a suspect of the right to retain and instruct counsel did not prejudice any interest protected by s. 10 of the *Charter*. Martin J.A. cited the ease with which drugs may be disposed of as support for this proposition. McClung J.A. was of the view that Martin J.A.'s reasoning in respect of s. 10(b) of the *Charter* was equally applicable to s. 10(a) (at p. 169):

... on-the-spot drug searches, that are fortified by the existence of reasonable and probable grounds of belief that the possessory offence is continuing, do not become unreasonable, and legally vulnerable, by the absence of

bien qu'il avait des stupéfiants en sa possession bien avant son arrestation, quoi que les policiers aient pu dire.

a ((1988), 57 Alta. L.R. (2d) 161, à la p. 167.)

Ce sont là les circonstances dans lesquelles la majorité a examiné l'exclusion de la preuve en raison de la violation de l'al. 10a). Selon le juge McClung, le vice constitutionnel de l'arrestation ne justifiait pas l'exclusion de la preuve. Il a conclu que:

[TRADUCTION] ... il y a lieu à exclusion seulement quand l'accusé dévoile un fait substantiel et qu'il est manifeste, au moins selon la norme de preuve en matière civile, que ce fait n'aurait pas été découvert si la Charte avait été respectée.

À cet égard, le juge McClung a déduit que, puisque la violation de l'al. 10a) de la *Charte* n'avait pas créé les stupéfiants, l'exclusion de cette preuve n'était pas justifiée. Quand à la gravité de la violation, la majorité a conclu ceci, à la p. 168:

[TRADUCTION] ... les faux renseignements, que le juge du procès a considérés comme une violation de l'al. 10a) n'étaient pas graves au point d'exiger l'exclusion de la preuve. J'affirme cela parce qu'il est manifeste, d'après le dossier, que les renseignements erronés fournis par la GRC, qui constituent une violation de la Charte, ne sont rien comparé à la duplicité dont Greffe lui-même a fait preuve en tentant de rentrer au Canada en se présentant comme un voyageur ordinaire.

De plus, le juge McClung a mentionné expressément les motifs rédigés par le juge Martin de la Cour d'appel de l'Ontario dans l'affaire *R. v. Debot*, précitée, dans lesquels il a conclu qu'une fouille sur place à la recherche de drogues, avant d'aviser un suspect de son droit d'avoir recours à l'assistance d'un avocat, n'avait porté atteinte à aucun droit garanti par l'art. 10 de la *Charte*. Le juge Martin a mentionné la facilité avec laquelle on peut se débarrasser de drogues pour étayer son affirmation. Le juge McClung a estimé que le raisonnement du juge Martin à l'égard de l'al. 10b) de la *Charte* s'appliquait aussi à l'al. 10a) (à la p. 169):

[TRADUCTION] ... les fouilles sur place à la recherche de drogues qui s'appuient sur des motifs raisonnables et probables de croire à la continuation de l'infraction de possession ne deviennent pas abusives et légalement

prior compliance with s. 10(a) of the Charter of Rights and Freedoms, without more.

On the issue of the search itself, the majority found comfort in s. 10 of the *Narcotic Control Act*, which at the time provided as follows:

10. (1) A peace officer may, at any time,
 (a) without a warrant enter and search any place other than a dwelling-house ... in which he reasonably believes there is a narcotic ...
 (b) search any person found in such place;

McClung J.A. held that an airport is a "place" for the purposes of the Act, and that the appellant was a "person found in such place". He then concluded at p. 170 that:

If traffic warrants entered the arrest picture, they were only, as the trial judge found, "a convenient artifice". Artifice may not be fatal to the use of evidence subsequently recovered—subject to the operation of Charter s. 24(2). *Rothman v. R.*, [1981] 1 S.C.R. 640 ...

Anything recovered pursuant to the search was admissible, therefore, provided that the search itself was reasonable.

In terms of the search itself, the majority notes that a search will be reasonable if it is authorized by law, if the law itself is reasonable and it is carried out in a reasonable manner. In assessing the reasonableness of the search in this case, the majority referred to, and applied the guidelines expressed in *R. v. Collins*, [1987] 1 S.C.R. 265, and those of the Alberta Court of Appeal in *R. v. Heisler* (1984), 11 C.C.C. (3d) 475 which adopted the approach in the American case of *Bell v. Wolfish*, 441 U.S. 520 (1979). The majority considered the following four factors: (i) the scope of the intrusion (ii) the manner in which the search was conducted (iii) the justification for initiating it and (iv) the place in which it was conducted. In respect of the intrusiveness of the search, McClung J.A. first noted that the appellant freely decided to "bury" the drugs in his own body cavity. He was, therefore, the first to profane his own bodily integ-

vulnérables en raison de la seule omission de se conformer d'abord à l'al. 10a) de la Charte des droits et libertés.

Sur la question de la fouille elle-même, la majorité s'est appuyée sur l'art. 10 de la *Loi sur les stupéfiants* qui, à l'époque, était ainsi conçu:

10. (1) Un agent de la paix peut, à toute époque,
 a) sans mandat, entrer et perquisitionner dans tout endroit autre qu'une maison d'habitation [...] où il croit, en se fondant sur des motifs raisonnables, qu'il se trouve un stupéfiant ...
 b) fouiller toute personne trouvée dans un semblable endroit;

Le juge McClung a conclu qu'un aéroport est un «endroit» pour les fins de cette loi et que l'appelant était une «personne trouvée dans un semblable endroit». Il conclut alors, à la p. 170, que:

- [TRADUCTION] Si les mandats relatifs à des infractions à la circulation ont eu quelque chose à voir avec l'arrestation, ce n'était, comme le conclut le juge du procès, qu'un «artifice commode». Un artifice n'empêche pas forcément d'utiliser des éléments de preuve découverts par la suite—sous réserve de l'application du par. 24(2) de la Charte: *Rothman c. La Reine*, [1981] 1 R.C.S. 640 ...

Tout ce que la fouille a permis de trouver était donc admissible pourvu que la fouille elle-même soit raisonnable.

Quant à la fouille elle-même, la majorité souligne qu'une fouille est raisonnable si elle est autorisée par la loi, si la loi elle-même est raisonnable et si la fouille a été exécutée d'une manière raisonnable. Pour déterminer si la fouille avait été raisonnable ou non en l'espèce, la majorité a mentionné et appliqué les directives données dans l'arrêt *R. c. Collins*, [1987] 1 R.C.S. 265, et celles données par la Cour d'appel de l'Alberta dans l'arrêt *R. v. Heisler* (1984), 11 C.C.C. (3d) 475, qui, elle-même, s'était inspirée de la méthode adoptée dans l'arrêt américain *Bell v. Wolfish*, 441 U.S. 520 (1979). La majorité a tenu compte des quatre facteurs suivants: (i) l'ampleur de l'envahissement, (ii) la façon dont la fouille a été exécutée, (iii) sa justification et (iv) l'endroit où elle a été exécutée. Quand au caractère envahissant de la fouille, le juge McClung a commencé par faire observer que l'appelant avait lui-même décidé de son plein gré

rity to try to avoid detection and to discourage the possibility of an internal search because of its repellant nature. McClung J.A. concluded that the appellant chanced the medical intrusion which followed by hiding the drugs where he did, and thereby defined the scope of the intrusion. The search was conducted by an experienced doctor in a hospital, and was done at least without resistance from the appellant if not with his consent. The justification for conducting the search can be found in the reasonable and probable grounds the police had for believing that Greffe had heroin on his person. These grounds existed despite the police misinforming the accused as to the real reason for his arrest. As McClung J.A. put it, at p. 172:

The arrest may have been infirm from the standpoint of the advice escorting it but that does not erase the justification for initiating it. Moreover, the common law obligation to advise a suspect of the reason for his arrest is eased if the surrounding circumstances make that reason clear. Here, the [appellant] knew throughout the precise offence being committed by him and why he was being searched.

Finally, McClung J.A. reiterated that the procedure, though distasteful, took place in a hospital and under medical safeguard.

In sum then, the majority concluded that the evidence should not have been excluded for the following reasons. First, the *Charter* violations did not create, or result in, evidence of the appellant's guilt. Second, the admission of the evidence would not have negatively affected the adjudicative fairness of the appellant's trial. Third, there was no reason for the court to disassociate itself from the conduct of the police; the search was the consequence of reasonable and probable grounds of belief in the existence of the offence, and the search did not arise under mere suspicion or other arbitrary motivation. Fourth, the alternative of a "bedpan vigil" was not realistic. Waiting for the heroin to pass through the appellant's system ignores the fact that before the actual recovery, the police did not know the amount of heroin involved, its strength, its location in the appellant's

de cacher la drogue dans son propre corps. Il a donc été le premier à violer son intégrité corporelle en voulant éviter la détection et diminuer le risque de fouille corporelle en raison de sa nature répugnante. Le juge McClung conclut que l'appellant a risqué l'intrusion médicale qui s'est produite en cachant les drogues où il les a cachées et qu'il a ainsi déterminé l'ampleur de l'envahissement. La fouille a été exécutée par un médecin d'expérience dans un hôpital et elle a été faite tout au moins sans résistance de la part de l'appellant, si ce n'est avec son consentement. La justification de la fouille peut résider dans les motifs raisonnables et probables qu'avait la police de croire que Greffe transportait de l'héroïne sur sa personne. Ces motifs existaient même si les policiers ont mal renseigné l'accusé sur le véritable motif de son arrestation. Le juge McClung s'exprime ainsi, à la p. 172:

[TRADUCTION] L'arrestation peut avoir été viciée du point de vue de la mise en garde qui l'a accompagnée, mais cela ne lui enlève pas sa justification. De plus, l'obligation de common law d'informer un suspect du motif de son arrestation est moins impérieuse si les circonstances qui l'entourent rendent ce motif évident. En l'espèce, [l'appellant] savait à tout instant quelle infraction il commettait et pourquoi il était fouillé.

Enfin, le juge McClung répète que, même si elle était repoussante, la procédure s'est déroulée à l'hôpital sous surveillance médicale.

En résumé, la majorité a donc conclu qu'il n'y avait pas lieu d'écarter les éléments de preuve pour les motifs suivants. Premièrement, les violations de la *Charte* n'ont ni créé, ni entraîné la preuve de la culpabilité de l'accusé. Deuxièmement, l'utilisation de cette preuve n'aurait pas porté atteinte à l'équité du procès de l'appellant. Troisièmement, il n'y avait pas de motif pour la cour de désavouer la conduite des policiers: la fouille découlait de motifs raisonnables et probables de croire à la perpétration de l'infraction et elle ne découlait pas de simples soupçons ou de quelque autre motif arbitraire. Quatrièmement, la solution de rechange, attendre l'œuvre de la nature, était irréaliste. Avoir attendu que l'appellant élimine l'héroïne n'aurait pas tenu compte du fait qu'avant de la recouvrer, les policiers ne savaient pas quelle quantité d'héroïne était en cause, quelle était sa teneur,

alimentary canal or whether the heroin had been protected against accidental dissemination. Therefore, the majority would have admitted the evidence, and thereby allowed the appeal, set aside the verdict of not guilty and directed the entry of a conviction for importing a narcotic into Canada. A conditional stay was entered on the count alleging possession of a narcotic for the purpose of trafficking. The case was remitted to the Court of Queen's Bench for sentencing.

Harradence J.A., in dissent, would have dismissed the appeal. After reviewing the facts, he stated as follows (at pp. 175-76):

With deference to the learned trial judge, regardless of the motive for the execution of the traffic warrants, the arrest was valid and the [appellant] was taken into lawful custody. However, it is not without significance that prior to the bodily search the [appellant] was not taken before the "officer in charge" to determine his eligibility for release on the traffic charges, as provided for in s. 453.1 of the Criminal Code. I have some difficulty relating the strip search carried out by the customs officers to traffic warrants and it is not an unreasonable inference to conclude that the search was instigated as a result of information received from the police with respect to the [appellant's] involvement with narcotics . . . Where a lawful arrest is used as the cornerstone of a ploy, as it was in this case, to deny an individual his Charter rights in connection with a serious criminal offence, that is the epitome of bad faith. If the police officers were of the view that their advice with respect to Charter rights given on the execution of the traffic warrants was blanket coverage for the narcotic charges upon which they also detained the [appellant], why then did they find it necessary to give the advice on completion of the rectal search?

In the view of Harradence J.A., there was a "gross infringement" of the appellant's *Charter* rights by the deliberate failure of the police to inform him of his right to retain and instruct counsel without delay in connection with his detention related to the narcotics offence, a detention which gave rise

où elle se trouvait dans le système digestif de l'appelant ou s'il y avait un risque que l'héroïne se répande accidentellement. La majorité aurait donc utilisé la preuve et elle a, en conséquence, accueilli l'appel, annulé le verdict d'acquiescement et ordonné l'inscription d'une déclaration de culpabilité d'importation d'un stupéfiant au Canada. Un arrêt conditionnel des procédures a été ordonné relativement au chef d'accusation de possession d'un stupéfiant pour des fins de trafic. Le dossier a été renvoyé à la Cour du Banc de la Reine pour détermination de la peine.

Le juge Harradence, dissident, aurait rejeté l'appel. Après avoir relaté les faits, il dit ceci (aux pp. 175 et 176):

[TRADUCTION] En toute déférence pour le juge du procès, quel qu'ait été le motif d'exécuter les mandats relatifs aux infractions à la circulation, l'arrestation a été faite régulièrement et [l'appellant] a légalement été mis sous garde. Cependant, il n'est pas sans conséquence que [l'appellant] n'ait pas été conduit, avant la fouille corporelle, devant le «fonctionnaire responsable» pour faire décider s'il pouvait être mis en liberté relativement aux accusations d'infraction à la circulation, conformément à l'art. 453.1 du Code criminel. Je trouve difficile de faire le lien entre la fouille à nu exécutée par les inspecteurs des douanes et les mandats relatifs aux infractions à la circulation et il n'est pas déraisonnable de conclure que la fouille a été faite à cause des renseignements reçus de la police au sujet des activités de [l'appellant] en matière de stupéfiants . . . Quand on a recours à une arrestation légale comme astuce, comme on l'a fait en l'espèce, dans le but de priver quelqu'un des droits que la Charte lui garantit en rapport avec une infraction criminelle grave, c'est le comble de la mauvaise foi. Si les agents de police estimaient que la mise en garde concernant les droits garantis par la Charte qu'ils ont faite lors de l'exécution des mandats relatifs aux infractions à la circulation servait de protection générale pour ce qui est des accusations en matière de stupéfiants pour lesquelles ils ont aussi détenu [l'appellant], pourquoi ont-ils jugé nécessaire de lui donner la mise en garde après la fouille rectale?

De l'avis du juge Harradence, il y a eu [TRADUCTION] «violation flagrante» des droits garantis à l'appellant en vertu de la *Charte* en raison de l'omission délibérée des policiers de l'aviser de son droit d'avoir recours sans délai à l'assistance d'un avocat à l'égard de sa détention pour une infrac-

to "significant legal consequences". The police, in telling the appellant he was being arrested for traffic warrants, were aiming at executing a search they feared they might not have been able to execute if the appellant consulted counsel.

In respect of s. 10 of the *Narcotic Control Act*, Harradence J.A. stated that the police entered the airport to execute a warrant pertaining to traffic charges (at p. 179):

Whatever other purpose they had in mind, it was not to search the Calgary International Airport pursuant to s. 10(1)(a) and it was only if they entered the airport for that purpose that they would be entitled to search the [appellant] pursuant to s. 10(1)(b). As Martin J.A. says in *R. v. Rao* (1984), 46 O.R. (2d) 80 . . . :

. . . s. 10(1)(b) of the *Narcotic Control Act* empowers a peace officer who has entered a place without a warrant pursuant to the section to search persons in the premises, there is no power conferred by s. 10 to search a person on the street on reasonable suspicion that he has a narcotic drug in his possession. [Emphasis added by Harradence J.A.]

In these circumstances, the [appellant] was in the same position as a "person on the street".

Nor can it be said that in the circumstances of this case, there was a degree of urgency that required the search to be conducted before the [appellant] was placed under valid arrest.

The appellant was, according to Harradence J.A., not the subject of a valid arrest with respect to the narcotics offences, and as a result the search was unlawful.

Harradence J.A. then applied the principles developed by this Court in *Collins*, *supra*, and would have excluded the evidence for the following reasons. Although a rectal search is not *per se* unreasonable, in this case it was because it was unlawful; therefore the evidence was obtained as a result of an unlawful and unreasonable search. There was no evidence to support the view that the evidence might have been lost or destroyed. Time alone ensured the recovery of the substance by the authorities. The evidence obtained in this case was

tion en matière de stupéfiants, détention qui avait des «conséquences juridiques importantes». En disant à l'appellant qu'il était arrêté pour des mandats relatifs à des infractions à la circulation, les policiers cherchaient à exécuter une fouille qu'ils craignaient ne pouvoir exécuter si l'appellant avait recours à l'assistance d'un avocat.

Quant à l'art. 10 de la *Loi sur les stupéfiants*, le juge Harradence affirme que les policiers se sont présentés à l'aéroport pour exécuter un mandat relatif à des infractions à la circulation (à la p. 179):

[TRADUCTION] Quelles que soient les autres fins qu'ils aient pu avoir à l'esprit, ce n'était pas dans le but de perquisitionner dans l'aéroport international de Calgary en vertu de l'al. 10(1)a) et ils n'auraient pu fouiller [l'appellant] en vertu de l'al. 10(1)b) que s'ils étaient entrés à l'aéroport dans ce but. Comme l'affirme le juge Martin dans l'arrêt *R. v. Rao* (1984), 46 O.R. (2d) 80 . . . :

. . . l'al. 10(1)b) de la *Loi sur les stupéfiants* autorise un agent de la paix qui est entré dans un endroit sans mandat conformément à cet article à fouiller les personnes qui s'y trouvent; l'art. 10 n'autorise pas à fouiller une personne dans la rue si on a des motifs raisonnables de croire qu'elle a un stupéfiant en sa possession. [Les italiques sont du juge Harradence.]

Dans ces circonstances, [l'appellant] était dans la même situation qu'une «personne dans la rue».

On ne peut pas non plus affirmer que dans les circonstances de l'espèce, il était si urgent de procéder à la fouille qu'il fallait le faire avant de mettre [l'appellant] en état d'arrestation régulièrement.

D'après le juge Harradence, l'appellant n'a pas été mis en état d'arrestation régulièrement pour des infractions en matière de stupéfiants de sorte que la fouille a été illégale.

Le juge Harradence a ensuite appliqué les principes dégagés par notre Cour dans l'arrêt *Collins*, précité, et il aurait écarté les éléments de preuve pour les motifs suivants. Bien qu'une fouille rectale ne soit pas abusive en soi, elle l'est en l'espèce parce qu'elle était illégale; en conséquence, les éléments de preuve avaient été obtenus grâce à une fouille illégale et abusive. Il n'y a rien au dossier qui permette d'affirmer qu'il y avait danger de perte ou de destruction des éléments de preuve. L'écoulement du temps aurait, à lui seul, permis

real evidence, and would not render the appellant's trial unfair. However, the administration of justice would be brought into greater disrepute if the court did not disassociate itself from the conduct of the police by excluding the evidence. The police actions amounted to deliberate, flagrant and serious violations of the appellant's *Charter* rights in circumstances where there was no sense of urgency or necessity. Therefore, Harradence J.A. would have excluded the evidence, and dismissed the appeal.

Analysis

At the outset, I note that the respondent conceded in her factum and in oral argument the violations to ss. 8 and 10(a) and (b) of the *Charter*, especially in light of this Court's decisions in *R. v. Ross*, [1989] 1 S.C.R. 3, and *R. v. Black*, [1989] 2 S.C.R. 138. The only remaining issue to be considered is whether the evidence ought to be excluded pursuant to s. 24(2) of the *Charter*. Section 24(2) of the *Charter* provides as follows:

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.

I note that it is not the proper function of this Court, absent some apparent error as to the applicable principles or rules of law, or absent a finding that is unreasonable, to review findings of courts below in respect of s. 24(2) of the *Charter* and substitute its opinion for that arrived at by the Court of Appeal: see *R. v. Duguay*, [1989] 1 S.C.R. 93, at p. 98. In *Collins*, *supra*, a majority of this Court examined the factors to be balanced in determining whether the admission of evidence in the proceedings would bring the administration of justice into disrepute. These factors, as this Court noted in *Simmons*, *supra*, can be organized into three categories. The first set of factors are those relevant to the fairness of the trial. The

aux autorités de recouvrer la substance. La preuve obtenue en l'occurrence était une preuve matérielle et elle n'aurait pas rendu le procès de l'appelant inéquitable. Cependant, l'administration de la justice serait davantage déconsidérée si la cour ne se dissociait pas de la conduite des policiers en n'écartant pas cette preuve. Les actes des policiers ont constitué des violations délibérées, flagrantes et graves des droits garantis à l'appelant par la *Charte* dans des circonstances où il n'y avait aucun sentiment d'urgence ou de nécessité. En conséquence, le juge Harradence aurait écarté la preuve et rejeté l'appel.

Analyse

Je souligne dès le début que l'intimée a reconnu, dans son mémoire et dans son argumentation orale, l'existence des violations de l'art. 8 et des al. 10(a) et b) de la *Charte*, compte tenu particulièrement des arrêts de notre Cour *R. c. Ross*, [1989] 1 R.C.S. 3, et *R. c. Black*, [1989] 2 R.C.S. 138. La seule question en litige qui reste à trancher est de savoir si la preuve aurait dû être écartée conformément au par. 24(2) de la *Charte*. Ce paragraphe est ainsi conçu:

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.

Je souligne qu'en l'absence d'erreur manifeste quant aux principes ou aux règles de droit applicables, ou en l'absence de conclusion déraisonnable, il n'appartient pas vraiment à notre Cour de réviser les conclusions tirées par les tribunaux d'instance inférieure en vertu du par. 24(2) de la *Charte* et de substituer son opinion à celle de la Cour d'appel: voir *R. c. Duguay*, [1989] 1 R.C.S. 93, à la p. 98. Dans l'arrêt *Collins*, précité, notre Cour, à la majorité, a examiné les facteurs à soupeser pour déterminer si l'utilisation d'éléments de preuve dans une instance est susceptible de déconsidérer l'administration de la justice. Ces facteurs, comme l'a souligné notre Cour dans l'arrêt *Simmons*, précité, peuvent se classer en trois

second set of factors concerns the seriousness of the *Charter* violations as defined by the conduct of the law enforcement authorities. The third set of factors recognizes the possibility that the administration of justice could be brought into disrepute by excluding the evidence despite the fact that it was obtained in a manner that infringed the *Charter*. In general terms, the purpose of the section is to prevent having the administration of justice brought into further disrepute by the admission of the evidence in the proceedings. As I stated in *Collins*, *supra*, at p. 281, this further disrepute results from the admission of evidence that would deprive the accused of a fair hearing or from judicial condonation of unacceptable conduct by the investigatory and prosecutorial agencies. As well, and this is a point that bears repetition especially when a very serious crime might go unpunished because of the exclusion of evidence, it is the long-term consequences of regular admission or exclusion of the evidence on the repute of the administration of justice that must be considered. In other words, while I, and surely most people, would like to see the appellant convicted and punished severely for the offences with which he is charged, the long-term effect of admitting evidence obtained in a manner that infringed the *Charter* on the basis that the offence is a very serious one, would lead to the result that s. 24(2) will only be used to exclude evidence when less serious crimes are involved.

Before explicitly addressing the issue of whether the evidence should be excluded, I find it necessary to at some length review the nature of the violations in this case and the parties' positions. On the issue of the s. 8 violation, the appellant submits that the finding of the trial judge to the effect that he was arrested at the airport on outstanding traffic warrants was based on a finding as to the credibility of the two police witnesses, Constables Hammond and Ingraham. The appellant further submits that the search did not fall within the statutory authority given by s. 10 of the *Narcotic Control Act* because the airport, being a public place, is not a "place" for the purposes of the Act:

catégories. Le premier ensemble de facteurs comprend ceux qui portent sur l'équité du procès. Le second ensemble de facteurs concerne la gravité des violations de la *Charte*, appréciée en fonction de la conduite des autorités chargées d'appliquer la loi. Le troisième ensemble de facteurs reconnaît la possibilité que l'administration de la justice soit déconsidérée par l'exclusion de la preuve en dépit du fait qu'elle a été obtenue d'une manière contraire à la *Charte*. En général, l'article a pour objet d'empêcher que l'administration de la justice ne soit davantage déconsidérée par l'utilisation d'éléments de preuve dans une instance. Comme je l'ai déjà dit dans l'arrêt *Collins*, précité, à la p. 281, cette déconsidération additionnelle découlerait de l'utilisation des éléments de preuve qui priveraient l'accusé d'un procès équitable ou de l'absolution judiciaire d'une conduite inacceptable de la part des organismes d'enquête et de poursuite. De même, il vaut la peine de le répéter, surtout quand un crime très grave pourrait rester impuni à cause de l'exclusion de la preuve, il faut considérer les conséquences à long terme de l'utilisation ou de l'exclusion régulière de la preuve sur la considération dont jouit l'administration de la justice. En d'autres termes, bien que j'aimerais, comme la plupart des gens certainement, voir l'appelant déclaré coupable et puni sévèrement pour les infractions dont il est inculpé, utiliser la preuve obtenue d'une manière contraire à la *Charte*, pour le motif qu'il s'agit d'une infraction très grave, aurait pour conséquence à long terme que le par. 24(2) servirait à écarter la preuve seulement dans le cas d'infractions moins graves.

Avant d'aborder explicitement la question de savoir s'il faut écarter la preuve, j'estime nécessaire de m'attarder quelque peu sur la nature des violations de la *Charte* en l'espèce et les arguments des parties. Au sujet de la violation de l'art. 8, l'appelant soutient que la conclusion du juge du procès selon laquelle il a été mis en état d'arrestation à l'aéroport en vertu de mandats inexécutés relativement à des infractions à la circulation dépend d'une conclusion sur la crédibilité des deux témoins policiers, les agents Hammond et Ingraham. L'appelant soutient de plus que la fouille ne relevait pas du pouvoir que confère l'art. 10 de la *Loi sur les stupéfiants* parce que l'aéroport, qui est

R. v. Stevens (1983), 7 C.C.C. (3d) 260 (N.S.C.A.), and *R. v. Rao* (1984), 46 O.R. (2d) 80 (C.A.); *contra*: *R. v. Morrison* (1983), 6 C.C.C. (3d) 256 (B.C. Co. Ct.) Finally, the appellant submits that this case can be distinguished from *Debot*, *supra*, because the trial judge found that the search followed a "spurious" arrest for traffic warrants, a holding based on an assessment of credibility. The appellant states that the trial judge implicitly found that the officers did not have reasonable and probable grounds for the importation charge, or in the alternative, did not fully address the issue of reasonable and probable grounds for the arrest in respect of the possession of the heroin. It was precisely the lack of evidence on the issue of reasonable and probable grounds, it is said, that led this Court to order a new trial in the *Collins* case.

In respect of the right to counsel violations, the appellant states that whatever knowledge he had in respect of the heroin on his person, this does not relieve the police from complying with s. 10(a) and (b) of the *Charter*. The appellant submits that his s. 10(a) and (b) *Charter* rights were infringed by Customs Inspectors Lee and Yick, that his s. 10(a) right to be informed promptly of the reason for his arrest was infringed by Constables Hammond and Ingraham, and, having regard to the trial judge's finding as to the s. 10(a) breach, that his s. 10(b) right to counsel was infringed by the two Constables.

On the application of s. 24(2) of the *Charter* to these violations, the appellant is of the view that the majority of the Court of Appeal erred as to the applicable principles and rules of law. The appellant notes that the majority erred in holding that exclusion only lies where the accused supplies a material fact which would not have been discovered in the absence of the *Charter* violation. In this regard, the majority dealt only with the set of factors relating to the fairness of the hearing and ignored the other two sets of factors relating to the

un lieu public, n'est pas un «endroit» au sens de cette loi: *R. v. Stevens* (1983), 7 C.C.C. (3d) 260 (C.A.N.-É.), et *R. v. Rao* (1984), 46 O.R. (2d) 80 (C.A.); *contra*: *R. v. Morrison* (1983), 6 C.C.C. (3d) 256 (C. cté C.-B.) Enfin, l'appelant soutient que l'espèce se distingue de l'arrêt *Debot*, précité, parce que le juge du procès a conclu que la fouille faisait suite à une arrestation «truquée» en vertu de mandats relatifs à des infractions à la circulation, conclusion qui était fondée sur une évaluation de la crédibilité. L'appelant affirme que le juge du procès a implicitement conclu que les agents de police n'avaient pas de motifs raisonnables et probables au sujet de l'inculpation d'importation, ou, à titre subsidiaire, que le juge du procès n'a pas complètement examiné la question des motifs raisonnables et probables de l'arrestation à l'égard de la possession d'héroïne. C'est précisément l'absence de preuve sur la question des motifs raisonnables et probables, dit-on, qui a amené notre Cour à ordonner un nouveau procès dans l'affaire *Collins*.

Relativement aux violations du droit à l'assistance d'un avocat, l'appelant affirme que même s'il savait qu'il avait de l'héroïne sur sa personne, ce fait ne dispense pas les policiers de se conformer aux al. 10(a) et b) de la *Charte*. L'appelant soutient que les inspecteurs des douanes Lee et Yick ont violé les droits que lui garantissaient les al. 10(a) et b) de la *Charte*, que les agents Hammond et Ingraham ont violé son droit d'être informé dans les plus brefs délais des motifs de son arrestation et qu'en raison de la conclusion du juge du procès relativement à la violation de l'al. 10(a), les deux agents de police ont violé son droit à l'assistance d'un avocat en vertu de l'al. 10(b).

Quant à l'application du par. 24(2) de la *Charte* à ces deux violations, l'appelant estime que la Cour d'appel, à la majorité, a commis une erreur quant aux principes et aux règles de droit applicables. L'appelant souligne que la majorité a commis une erreur en affirmant qu'il n'y a lieu à exclusion que si l'accusé a dévoilé un fait substantiel qui n'aurait pas été découvert s'il n'y avait pas eu de violation de la *Charte*. À cet égard, la majorité a tenu compte uniquement de la première catégorie de facteurs, ceux qui ont trait à l'équité du procès, et

seriousness of the violation and the overall effects of exclusion versus admission. In addition, the approach of the majority imposes a notion of a causal link expressly rejected by this Court in *R. v. Strachan*, [1988] 2 S.C.R. 980.

The appellant addresses the seriousness of the violations in respect of the rectal search as follows. He submits that the violation of a person's body is the most serious violation and the standard under s. 24(2) may well be different. As support for this proposition, the appellant cites this Court's decisions in *Hunter v. Southam Inc.*, [1984] 2 S.C.R. 145; *R. v. Pohoretsky*, [1987] 1 S.C.R. 945; *Simmons*, *supra*, and *R. v. Jacoy*, [1988] 2 S.C.R. 548. The appellant therefore, argues that the evidence ought to be excluded for the following reasons. The finding of the trial judge as to what the accused was told upon his arrest at the airport establishes bad faith on the part of the police. More specifically, the use of the traffic warrants as a "convenient artifice" to keep the appellant in custody was a wilful, deliberate, blatant and flagrant violation. The violations cannot be described as inadvertent since they began in fact with the Customs Inspectors, and formed, therefore, a large pattern of disregard for the appellant's rights. Finally, a rectal search incident to a "spurious arrest" for traffic warrants is a serious violation that ought not to receive judicial condonation especially without an express finding of reasonable and probable grounds at trial.

Despite conceding the violations of ss. 8 and 10 of the *Charter*, the respondent does make two preliminary points in respect of the violations. First, this was not a case where the presence or assistance of counsel at the time of the commission of the offence could have affected the appellant's position. The respondent argues that the police had reasonable and probable grounds to arrest the appellant on the narcotics offence, and although the stratagem used by the police affected the

a laissé de côté les deux autres catégories qui ont trait, l'une à la gravité de la violation et l'autre aux conséquences globales de l'exclusion de la preuve par rapport à son utilisation. De plus, le point de vue de la majorité fait appel à une notion de lien de causalité que cette Cour a expressément rejetée dans l'arrêt *R. c. Strachan*, [1988] 2 R.C.S. 980.

L'appelant parle de la gravité des violations liées à la fouille rectale dans les termes suivants. Il soutient que la violation de l'intimité physique d'une personne est la violation la plus grave qui soit et que la norme à appliquer en vertu du par. 24(2) pourrait bien être différente. Pour étayer son affirmation, l'appelant invoque les arrêts de notre Cour *Hunter c. Southam Inc.*, [1984] 2 R.C.S. 145; *R. c. Pohoretsky*, [1987] 1 R.C.S. 945; *Simmons*, précité, et *R. c. Jacoy*, [1988] 2 R.C.S. 548. L'appelant soutient donc que les éléments de preuve devraient être écartés pour les motifs suivants. La conclusion du juge du procès quant à ce qui a été dit à l'accusé lors de son arrestation à l'aéroport établit la mauvaise foi des policiers. Plus précisément, le recours aux mandats relatifs à des infractions à la circulation comme [TRADUCTION] «artifice commode» pour garder l'appelant sous garde constituait une violation volontaire, délibérée, criante et flagrante. On ne peut pas dire que ces violations ont été commises par inadvertance puisqu'elles ont commencé en fait par celle des inspecteurs des douanes et qu'elles ont pris, par la suite, la forme d'un mépris systématique des droits de l'appelant. Enfin, la fouille rectale incidente à «l'arrestation truquée» en vertu de mandats relatifs à des infractions à la circulation constitue une violation grave que la justice doit condamner, surtout en l'absence au procès de conclusion expresse à l'existence de motifs raisonnables et probables.

Même si elle reconnaît les violations des art. 8 et 10 de la *Charte*, l'intimée fait deux remarques préliminaires à leur sujet. Premièrement, il ne s'agit pas d'un cas où la présence ou l'assistance d'un avocat au moment de la perpétration de l'infraction aurait pu modifier la situation de l'appelant. L'intimée soutient que les agents de police avaient des motifs raisonnables et probables de procéder à l'arrestation de l'appelant pour une infraction en matière de stupéfiants et que, même

appellant's *Charter* rights, it did not affect the lawfulness of the search. Once lawfully arrested, the police were entitled, as incident thereto, to search the appellant's person for narcotics. The recovery of the heroin was inevitable. Second, the irony of this case, in the respondent's view, is that the police did have reasonable and probable grounds to conduct the search. No ruse was necessary in the first place. Their story to him about the traffic warrants has, in hindsight, provided the appellant with a "technical" basis upon which to impugn the evidence.

The respondent submits that the majority of the Court of Appeal correctly articulated and applied the principles under s. 24(2) of the *Charter*. In respect of the fairness of the trial, it is said that the admission of the evidence would not affect the appellant's trial because the evidence is real evidence that was not obtained as a result of the participation of the accused. With respect to the seriousness of the violations, the respondent makes the following points. There was a need to proceed expeditiously with the search. Narcotics are easily disposed of, and the police had to act quickly to preserve the evidence. The rectal search was only conducted as a last resort, and indeed was the final stage of a process that began with a simple luggage search. At all times the appellant was treated courteously and with proper regard for his dignity. The appellant's knowledge that he was carrying the heroin is, in the respondent's view, significant. The failure to provide him with the proper reason for the arrest, though foolish, was not as serious in light of the fact that the appellant knew he had the drugs, and fully understood the reason for the police attention to him.

The respondent would distinguish cases like *Pohoretsky*, *supra*, and *R. v. Genest*, [1989] 1 S.C.R. 59, where this Court excluded real evidence. In *Pohoretsky* the police seized a blood sample of an accused without consent and while he was unconscious. In *Genest*, a number of police

si le stratagème employé par les policiers violait les droits que l'appelant avait en vertu de la *Charte*, il ne portait pas atteinte à la légalité de la fouille. Une fois qu'ils l'avaient arrêté légalement, les policiers pouvaient, accessoirement à l'arrestation, fouiller l'appelant à la recherche de stupéfiants. La récupération de l'héroïne était inévitable. Deuxièmement, l'ironie du cas tient à ce que, d'après l'intimée, les policiers avaient des motifs raisonnables et probables de procéder à la fouille. Il n'était pas nécessaire au départ de recourir à la ruse. Ce que les policiers ont dit à l'appelant au sujet des mandats relatifs à des infractions à la circulation lui a fourni, après coup, un moyen «technique» de contester la preuve.

L'intimée soutient que la Cour d'appel, à la majorité, a correctement exposé et appliqué les principes qui découlent du par. 24(2) de la *Charte*. Pour ce qui est de l'équité du procès, on soutient que l'utilisation de la preuve ne porterait pas atteinte à l'équité du procès de l'appelant parce qu'il s'agit d'une preuve matérielle qui n'a pas été obtenue grâce à la participation de l'accusé. Au sujet de la gravité des violations, l'intimée présente les arguments suivants. Il était nécessaire de procéder à la fouille rapidement. Il est facile de se débarrasser de stupéfiants et les policiers devaient agir rapidement pour préserver les éléments de preuve. La fouille rectale n'a été effectuée qu'en dernier recours et, en fait, elle a constitué la dernière étape d'un processus qui avait commencé par une simple fouille de bagages. L'appelant a toujours été traité avec courtoisie et avec tout le respect qui lui était dû. Le fait que l'appelant savait qu'il transportait de l'héroïne est important, selon l'intimée. L'omission de lui donner le véritable motif de l'arrestation, quoiqu'elle ait constitué une bêtise, n'était pas tellement grave si on considère que l'appelant savait qu'il transportait de la drogue et qu'il saisissait parfaitement pourquoi les policiers s'intéressaient à lui.

L'intimée ferait la distinction d'avec les arrêts *Pohoretsky*, précité, et *R. c. Genest*, [1989] 1 R.C.S. 59, dans lesquels cette Cour a écarté des éléments de preuve matérielle. Dans l'affaire *Pohoretsky*, les policiers avaient saisi un échantillon du sang d'un accusé sans son consentement

officers executed a defective warrant on a house by smashing in a door without warning. The respondent submits that in both those cases, unlike the case at bar, the police had no lawful authority to do what they did. In the case at bar, the police searched incident to a lawful arrest, though the search was tainted by the *Charter* violations. Finally, this is not a case where the integrity of the judicial system would be impugned if the evidence is admitted. The exclusion would suppress the truth and lead to an acquittal of a person knowingly involved in a "serious social evil". Therefore, the respondent submits that there was no basis for excluding the evidence.

In my view the key component of the *Collins* "test" to determine the admissibility of evidence in this appeal is the second set of factors, namely the seriousness of the violations of ss. 8 and 10 of the *Charter*. In respect of the first factor, the fairness of the trial, it is apparent that what is involved here is real evidence, the existence of which did not depend on the *Charter* violations. Therefore, the admission of the evidence at trial would not, generally speaking, render the trial unfair.

On the question of the seriousness of the violations, there is disagreement between the parties as to the nature of the violations although both sides agree that there were violations of ss. 8 and 10 of the *Charter*. In my view, the core difference centres on whether the police had reasonable and probable grounds to believe that the appellant was in possession, and therefore trying to import into Canada, an illegal narcotic. In some respects the case at bar may be seen as somewhat analogous to the *Collins* case where the disposition was based in part on the need to clarify the existence of reasonable and probable grounds of the police. I find it necessary then, to refer to the record of the case at bar to assess the existence of such grounds in order to better evaluate the seriousness of the *Charter* violations.

At trial, Customs Inspector Lee testified that he was given an "alert" regarding the appellant, more

alors qu'il était inconscient. Dans l'affaire *Genest*, plusieurs agents de police avaient exécuté un mandat de perquisition entaché de vices en fracassant la porte de l'habitation sans avertissement.

a L'intimée soutient que dans ces deux affaires, à la différence de l'espèce, les policiers n'étaient pas légalement autorisés à faire ce qu'ils avaient fait. En l'espèce, la fouille faite par la police était accessoire à une arrestation légale, même si elle a été viciée par des violations de la *Charte*. Enfin, il ne s'agit pas d'un cas où l'intégrité du système judiciaire pourrait être ternie si la preuve était utilisée. L'exclusion de la preuve masquerait la vérité et aboutirait à l'acquittement d'une personne qui a sciemment participé à un «fléau social grave». En conséquence, l'intimée fait valoir qu'il n'y a pas de motif d'écarter la preuve.

d À mon avis, l'élément clé du «critère» de l'arrêt *Collins* applicable pour déterminer l'admissibilité de la preuve en l'espèce est le second ensemble de facteurs, c'est-à-dire la gravité des violations des art. 8 et 10 de la *Charte*. Pour ce qui est du premier facteur, l'équité du procès, il est manifeste que nous sommes ici en présence d'une preuve matérielle dont l'existence ne dépend pas des violations de la *Charte*. Donc, l'utilisation de la preuve au procès n'aurait pas pour effet généralement de le rendre inéquitable.

Quant à la gravité des violations, les parties ne s'accordent pas sur la nature de ces violations, quoiqu'elles reconnaissent toutes les deux qu'il y a eu violation des art. 8 et 10 de la *Charte*. À mon avis, la différence fondamentale tient à savoir si les policiers avaient des motifs raisonnables et probables de croire que l'appelant avait un stupéfiant illégal en sa possession et qu'il tentait, en conséquence, de l'importer au Canada. Sous certains aspects, on peut trouver des ressemblances entre l'espèce et l'affaire *Collins*, où il a été notamment nécessaire, pour statuer sur le pourvoi, de clarifier l'existence de motifs raisonnables et probables de la part des policiers. J'estime donc nécessaire de me référer au dossier de l'espèce pour déterminer s'il existait de tels motifs afin de mieux évaluer la gravité des violations de la *Charte*.

j Au procès, l'inspecteur des douanes Lee a témoigné qu'il avait reçu un avertissement au sujet de

specifically that he was coded as "hot". This advice was in the form of an R.C.M.P. "lookout" that the appellant "may be carrying some narcotic". Customs Inspector France, the primary customs inspector, also testified that he was given the same "lookout" sheet that included the name and description of the appellant. Constable Hammond testified that on the basis of "confidential information received and background investigation" he had "grounds to believe . . . that he [Grefe] was going to be in possession of an unknown amount of heroin". After that statement, the following important exchange took place at the trial:

Mr. Scott [Defence Counsel]: My Lord, I admit that statement only for the obvious purpose that that is the basis.

The Court: It's information to him and nothing more.

Mr. Scott: Very good, I just wanted to put that on the record. Thank you.

Mr. Fenwick [Crown Counsel]: That's right, My Lord. I might state on the record that the reasonable and probable grounds are an issue and that is what the evidence directed towards not the fact or the contents. [Emphasis added.]

Significantly in my view, although the Crown conceded that reasonable and probable grounds to believe that the appellant was in possession of the heroin was a live issue, the Crown at no point in the trial established that those grounds existed or even led evidence in support of their existence. The only other references to the grounds were indirect. Constable Hammond in cross-examination stated that "[i]t was my intention for the entire week prior that he [Grefe] would be arrested upon his arrival for importing narcotics". Constable Ingraham said the following in his testimony:

The matter of—of being at the airport at the time of the incident was to investigate a drug related matter to begin with and not the traffic warrants.

There are no further references, explicit or implicit, to reasonable and probable grounds.

l'appelant et, plus précisément, qu'il était considéré comme [TRADUCTION] «fortement susceptible d'enfreindre la loi». Cet avertissement consistait en un avis de guêt de la GRC indiquant que l'appelant «pouvait transporter des stupéfiants». L'inspecteur des douanes France, chargé des inspections primaires, a aussi témoigné qu'il avait reçu le même avis de guêt qui donnait le nom et le signalement de l'appelant. L'agent Hammond a témoigné qu'en raison [TRADUCTION] «de renseignements confidentiels reçus et d'une enquête sur les antécédents», il avait «des motifs de croire qu'il [Grefe] serait en possession d'une quantité indéterminée d'héroïne». Voici l'échange de propos important qui a suivi cette affirmation au procès:

[TRADUCTION] M^e Scott [avocat de la défense]: Votre Honneur, j'accepte ce témoignage évidemment parce qu'il constitue la raison.

La Cour: Ce sont des renseignements qu'il avait et rien de plus.

M^e Scott: Très bien, je voulais seulement le faire noter au dossier. Merci.

M^e Fenwick [substitut du procureur général]: C'est juste, votre Honneur. Je pourrais ajouter, pour les fins du dossier, que la question des motifs raisonnables et probables est encore en litige et c'est ce qui était visé par la preuve et non les faits ou la substance. [Je souligne.]

J'estime qu'il est révélateur que, même si la poursuite a reconnu que la question des motifs raisonnables et probables de croire que l'appelant avait de l'héroïne en sa possession était encore en litige, à aucun moment durant le procès, elle n'a prouvé l'existence de ces motifs, ni présenté quelque preuve tendant à prouver leur existence. Les seules autres mentions des motifs ont été indirectes. En contre-interrogatoire, l'agent Hammond a affirmé: [TRADUCTION] «[j']ai eu l'intention, pendant toute la semaine précédente, de le [Grefe] faire arrêter pour importation de stupéfiants à son arrivée». L'agent Ingraham a dit ceci dans sa déposition:

[TRADUCTION] La raison pour laquelle nous étions à l'aéroport au moment de cet incident était d'abord de faire enquête au sujet d'une affaire de drogue et non de faire enquête au sujet des mandats relatifs à des infractions à la circulation.

Il n'y a pas d'autre mention explicite ou implicite des motifs raisonnables et probables.

In his reasons, the trial judge drew the conclusion that the police had confidential and reliable information concerning the appellant's attempt to import the heroin. This was clear, the trial judge stated, from the recovery of the heroin itself. As I noted above, the trial judge erred in engaging in this type of *ex post facto* analysis. It was incumbent upon the Crown to establish at trial, if it could, the basis upon which the police claimed to have reasonable and probable grounds to believe that the appellant was in possession of the heroin. This would have been done through an inquiry into the source and reliability of the "confidential information" in the possession of the police. At the appellate level, the majority of the Court of Appeal relied on the trial judge's finding to conclude that the police had reasonable and probable grounds to believe the appellant was in possession of the heroin.

In my view, nowhere in the procedural history of this case is there any proper inquiry into the basis on which the police originally formed the opinion that the appellant was carrying the heroin. Obviously, in retrospect they were right, and the trial judge points this out, but this is simply looking to the result of the search as confirmation. What should have happened is that the police should have been asked at trial about the confidential information to determine if, in the totality of the circumstances, there existed reasonable and probable grounds to believe the accused was carrying the heroin. The absence of this inquiry is extremely important since it goes to the assessment of the seriousness of the *Charter* violations, and more specifically the element of good or bad faith on the part of the police in conducting the search.

With reference to confidential information received by the police, the recent decision of the Saskatchewan Court of Appeal in *R. v. Cheecham* (1989), 51 C.C.C. (3d) 498 is of some note. In that case, the police seized "certain plant material" after a warrantless search of a truck driven by the accused. The search was based on a tip received by a confidential informant that the

Dans ses motifs, le juge du procès a conclu que les policiers avaient des renseignements confidentiels et sûrs au sujet de la tentative de l'appellant d'importer de l'héroïne. Cela ressortait clairement, d'après le juge du procès, de la récupération de l'héroïne elle-même. Comme je l'ai déjà souligné, le juge du procès a commis une erreur en procédant à ce genre d'analyse après le fait. Le ministère public avait l'obligation de prouver au procès, s'il le pouvait, la raison pour laquelle les policiers soutenaient avoir des motifs raisonnables et probables de croire que l'appellant avait de l'héroïne en sa possession. Cette preuve aurait été faite sous forme d'examen de la source et de la fiabilité des «renseignements confidentiels» que la police détenait. À l'étape de l'appel, la Cour d'appel, à la majorité, s'est fondée sur la constatation du juge du procès pour conclure que les policiers avaient des motifs raisonnables et probables de croire que l'appellant avait de l'héroïne en sa possession.

À mon avis, il n'y a nulle part, dans le déroulement des procédures en l'espèce, d'examen suffisant de la raison pour laquelle les policiers ont cru au départ que l'appellant transportait de l'héroïne. Manifestement, après coup, ils avaient raison et le juge du procès le souligne, mais c'est simplement prendre le résultat de la fouille à titre de confirmation. Ce qui aurait dû se produire c'est que les policiers auraient dû être interrogés, lors du procès, au sujet des renseignements confidentiels afin de déterminer si, compte tenu de l'ensemble des circonstances, il existait des motifs raisonnables et probables de croire que l'accusé transportait l'héroïne. L'omission de poser ces questions est extrêmement importante puisqu'elle touche l'évaluation de la gravité des violations de la *Charte* et, plus précisément, l'élément de bonne ou de mauvaise foi des policiers au moment de procéder à la fouille.

Pour ce qui est des renseignements confidentiels que la police avait reçus, il vaut la peine de mentionner l'arrêt récent de la Cour d'appel de la Saskatchewan *R. v. Cheecham* (1989), 51 C.C.C. (3d) 498. Dans cette affaire, les policiers avaient saisi [TRADUCTION] «certaines matières végétales» après avoir fouillé sans mandat un camion conduit par l'accusé. La fouille faisait suite à un renseigne-

accused was in possession of marijuana. The Court of Appeal upheld the trial judge's determination that the search was unreasonable and that the evidence ought to be excluded. Tallis J.A. quoted the following passage from the trial judge's reasons at p. 501:

In the instant case I know nothing whatsoever about the informer. For reasons never disclosed to me, I was not favoured with the presence of Cst. Volek [the police officer who passed on the "tip" to the arresting officer] in the witness-box. As a result, it is impossible to make any judicial determination as to the veracity or reliability of the informer. Since I cannot make such a determination, it is equally impossible for me to make a determination, whether reasonable and probable grounds existed. This being so, it follows that the Crown has failed to demonstrate the existence of the necessary grounds and the search must be held unlawful and a violation of . . . s. 8 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*.

At page 502 of the judgment, Tallis J.A. continues with another significant quote from the trial judge about the respective roles of the Crown, the police and the court:

It is not for the court to determine what evidence the Crown will adduce, but equally the court will not act upon a deficiency of evidence. Nor will it embark upon speculation.

When police officers act on information which is hearsay two or three times removed it is not correct to ask a court to endorse those actions without making available to the court all of the preceding facts and circumstances. Were a court to simply accept what is stated by the last person in the chain as reliable and accurate would be to abdicate to the police the judicial function.

The leading case in the area of assessing confidential information is *Debot, supra*, a decision by Martin J.A. of the Ontario Court of Appeal. The Court of Appeal held that information supplied by a reliable informant may provide the "reasonable and probable grounds to believe" in order to justify the granting of a search warrant. That reasoning is applied by the court when the issue is reasonable and probable grounds to justify a warrantless search, as in the case at bar. The test for

ment confidentiel donné par un informateur selon lequel l'accusé avait de la marijuana en sa possession. La Cour d'appel a confirmé la conclusion du juge du procès que la fouille avait été abusive et qu'il fallait écarter cette preuve. Le juge Tallis cite l'extrait suivant des motifs du juge du procès, à la p. 501:

[TRADUCTION] En l'espèce, je ne sais absolument rien de l'informateur. Pour des raisons qui ne m'ont pas été données, je n'ai jamais eu l'occasion de voir l'agent Volek [l'agent de police qui a communiqué le renseignement à l'agent qui a procédé à l'arrestation] à la barre. En conséquence, il m'est impossible de juger de façon judiciaire de la fiabilité ou de la crédibilité de l'informateur. N'étant pas en mesure de procéder à cette évaluation, il m'est aussi impossible de déterminer s'il existait des motifs raisonnables et probables. Dans ces conditions, il s'ensuit que la poursuite a omis de faire la preuve de l'existence des motifs nécessaires et que la fouille doit être déclarée illégale et contraire à [. . .] l'art. 8 de la *Charte canadienne des droits et libertés*.

À la page 502 de l'arrêt, le juge Tallis reproduit un autre passage important des motifs du juge du procès, au sujet des rôles respectifs du ministère public, de la police et des cours de justice:

[TRADUCTION] Il n'appartient pas aux tribunaux de décider quelle preuve le ministère public présentera, mais les tribunaux ne suppléeront pas aux déficiences de preuve. Ils ne se livreront pas non plus à des spéculations.

Quand les agents de police agissent en fonction de renseignements qui constituent du oui-dire, à deux ou trois niveaux, il ne convient pas de demander au tribunal d'entériner cette conduite sans qu'on lui expose tous les faits et toutes les circonstances qui l'ont précédée. Si le tribunal se contentait de tenir pour fiables et exacts les propos de la dernière personne de la chaîne, il renoncerait à sa fonction judiciaire en faveur de la police.

L'arrêt de principe sur l'évaluation des renseignements confidentiels est l'arrêt *Debot*, précité, du juge Martin de la Cour d'appel de l'Ontario. La Cour d'appel a statué que les renseignements fournis par un informateur fiable peuvent fournir les «motifs raisonnables et probables de croire» exigés pour la délivrance d'un mandat de perquisition. La cour applique ce raisonnement quand il s'agit de décider s'il existe des motifs raisonnables et probables de procéder à une fouille sans mandat comme

assessing the information is as follows, at pp. 218-19:

I am of the view that such a mere conclusory statement made by an informer to a police officer would not constitute reasonable grounds for conducting a warrantless search Highly relevant . . . are whether the informer's "tip" contains sufficient detail to ensure it is based on more than mere rumour or gossip, whether the informer discloses his or her source or means of knowledge and whether there are any *indicia* of his or her reliability, such as the supplying of reliable information in the past or confirmation of part of his or her story by police surveillance.

In the case at bar all that is on the record is a bald statement by the officer in respect of "confidential information received and background investigation". The Crown conceded at trial that the existence of reasonable and probable grounds was an issue, and yet they did not put on the record anything on which the trial judge could have assessed if the confidential information gave rise to reasonable and probable grounds. If the confidential information did not meet the standard set out by Martin J.A. in *Debot*, then the subsequent misinformation regarding the reason for the arrest takes on a more serious complexion, indeed in my view a fatal one, than it otherwise would if reasonable and probable grounds for the officers to believe that the appellant was carrying heroin existed. In my view, this case is not like that of *Collins, supra*, where an erroneous ruling by the trial judge following a clearly unfounded objection by the defence prevented the Crown from leading evidence to support the existence of reasonable and probable grounds. In the case at bar the Crown had every opportunity to elicit from the police the kind of information referred to by Martin J.A. in *Debot*, information that may have substantiated the claim that the police had reasonable and probable grounds to believe the appellant was carrying heroin. For whatever reason, no such evidence was led, and as a result the only way the trial judge could reach the conclusion that the reasonable and probable grounds existed was to refer to the results of the search, a chain of reasoning that is, with respect, in error. Unlike in *Collins*, where this Court resolved the uncertainty as regards the

en l'espèce. Le critère qui sert à évaluer les renseignements est ainsi formulé, aux pp. 218 et 219:

[TRADUCTION] Je suis d'avis que la simple affirmation non étayée par un informateur à un agent de police ne constitue pas un motif raisonnable de procéder à une fouille sans mandat. [...] Parmi les questions très pertinentes [...] il y a celles de savoir si le renseignement communiqué par l'informateur comporte suffisamment de détails pour assurer qu'il s'appuie sur quelque chose de plus que de simples rumeurs ou racontars, si l'informateur a révélé la source ou l'origine des renseignements et s'il y a des indices de fiabilité de l'informateur, comme le fait d'avoir fourni, dans le passé, des renseignements sûrs ou la confirmation d'une partie de ses renseignements par la surveillance policière.

En l'espèce, tout ce que nous avons au dossier est une simple affirmation de l'agent de police au sujet «de renseignements confidentiels reçus et d'une enquête sur les antécédents». Le ministère public a reconnu au procès que la question des motifs raisonnables et probables était encore en litige, mais il n'a pourtant rien produit au dossier qui aurait pu permettre au juge du procès de déterminer si les renseignements confidentiels suscitaient des motifs raisonnables et probables. Si les renseignements confidentiels ne satisfaisaient pas à la norme énoncée par le juge Martin dans l'arrêt *Debot*, alors le faux renseignement quant au motif de l'arrestation revêt un caractère plus grave et même, à mon avis, décisif, qu'il n'aurait pas si les agents de police avaient eu des motifs raisonnables et probables de croire que l'appelant transportait de l'héroïne. À mon avis, l'espèce diffère de l'affaire *Collins*, précitée, dans laquelle une décision erronée du juge du procès suite à une opposition manifestement mal fondée de la part de la défense a empêché le ministère public de présenter des éléments de preuve visant à établir l'existence de motifs raisonnables et probables. En l'espèce, le ministère public a eu tout le loisir de demander aux policiers le genre de renseignements dont parle le juge Martin dans l'arrêt *Debot*, lesquels renseignements auraient pu établir le bien-fondé de la prétention des agents de police qu'ils avaient des motifs raisonnables et probables de croire que l'appelant transportait de l'héroïne. Pour une raison ou une autre, ces éléments de preuve n'ont pas été présentés et, en conséquence, la seule façon dont le juge du procès pouvait conclure qu'il existait des motifs

existence of reasonable and probable grounds by ordering a new trial, in the case at bar I would resolve the doubt against the Crown, which had the burden of persuasion, and did not meet that burden. As I stated in *Collins*, at p. 278, reiterating the words of Dickson J. (as he then was) in *Hunter v. Southam Inc.*, *supra*, at p. 161:

... once the appellant has demonstrated that the search was a warrantless one, the Crown has the burden of showing that the search was, on a balance of probabilities, reasonable.

In *Collins* it was the incorrect ruling of the trial judge that prevented the Crown from leading evidence of the basis for the police officer's grounds for searching Ms. Collins. In the case at bar the Crown simply did not lead the necessary evidence to establish the existence of reasonable and probable grounds. The consequences of this failing of the Crown must rest with it, since it is the Crown's obligation to establish those grounds. Since the trial judge in this case erred in law by concluding that the police had reasonable and probable grounds based on the results of the search, and since the record reveals no evidence to support the existence of the grounds beyond a conclusory statement by the police, I find myself unfortunately given no other choice but to proceed on the premise that the search proceeded as incident to an arrest for outstanding traffic warrants and not on the basis of reasonable and probable grounds of belief that the appellant was in possession of heroin. This, in my view, is the most determinative factor in this case.

In assessing the seriousness of the *Charter* violations in this case, one must not disregard the fact that the appellant's rights were infringed even before the rectal exam took place. Indeed, it is necessary to briefly refer to the strip search that

raisonnables et probables consistait à invoquer les résultats de la fouille, une façon de raisonner qui, à mon avis, est erronée. À la différence de l'arrêt *Collins* où notre Cour a levé le doute au sujet de l'existence de motifs raisonnables et probables en ordonnant un nouveau procès, en l'espèce, je lèverais le doute en concluant contre le ministère public qui avait le fardeau de persuasion et qui ne s'est pas acquitté de ce fardeau. Comme je l'ai dit dans l'arrêt *Collins*, à la p. 278, après avoir cité les propos du juge Dickson (maintenant Juge en chef) dans l'arrêt *Hunter c. Southam Inc.*, précité, à la p. 161:

... du moment que l'appellant démontre qu'il s'agissait d'une fouille sans mandat, il incombe à la poursuite de prouver que, selon la prépondérance des probabilités, cette fouille n'était pas abusive.

Dans l'affaire *Collins*, c'était la décision erronée du juge du procès qui avait empêché le ministère public de présenter des éléments de preuve relativement aux motifs que les policiers avaient eu de fouiller M^{me} Collins. En l'espèce, le ministère public a simplement omis de présenter les éléments de preuve requis pour établir l'existence de motifs raisonnables et probables. Le ministère public doit supporter les conséquences de cette omission puisque c'est lui qui est tenu de prouver l'existence de ces motifs. Puisque le juge du procès en l'espèce a commis une erreur de droit en concluant que les policiers avaient des motifs raisonnables et probables à cause des résultats de la fouille et que le dossier ne comporte aucun élément de preuve établissant l'existence de ces motifs, hormis l'affirmation non étayée des policiers, je n'ai malheureusement pas d'autre choix que de présumer que la fouille a été exécutée accessoirement à l'arrestation en vertu des mandats inexécutés relativement à des infractions à la circulation et non en fonction des motifs raisonnables et probables de croire que l'appellant avait de l'héroïne en sa possession. C'est à mon avis, le facteur le plus déterminant dans la présente affaire.

Pour évaluer la gravité des violations de la *Charte* commises en l'espèce, il faut se rappeler que les droits de l'appellant ont été violés avant même qu'on procède à la fouille rectale. En fait, il est nécessaire de mentionner brièvement la fouille

took place at the airport, conducted by Customs Inspectors Lee and Yick. It is clear that in conducting a secondary search of this kind, the customs inspectors detained the appellant. As the Chief Justice noted in *Simmons, supra*, at p. 521:

... when a person is taken out of the normal course and forced to submit to a strip search that person is detained within the meaning of s. 10.

In the case at bar, the appellant was not informed of the reason for the detention nor was he informed of the right to retain and instruct counsel without delay. In the case of a customs strip search, the *Customs Act* provides for a review of the search before it takes place by a police magistrate, justice of the peace or a chief officer at the border who shall, if there is no reasonable cause for the search, discharge the person. The importance of being given the opportunity to retain counsel in such a situation was underscored by the Chief Justice in *Simmons, supra*, at p. 531:

Counsel could also have ensured that the statutory standard of reasonable cause to suppose had been satisfied and assured the appellant that there were proper grounds to warrant a search. In my view, the denial of the appellant's right to counsel cannot avoid having an impact on the reasonableness of the subsequent search of the appellant.

Although the Court has not been asked to decide the point, I am of the view that the denial of the right to counsel in this case in conjunction with the absence of any explanation to the appellant of her rights under the *Customs Act* rendered the search unreasonable. The violation of the right to counsel deprived the appellant of her ability to exercise a legal right provided in the *Customs Act*. A search that might not have been conducted had the appellant had the benefit of legal advice was performed in circumstances in which the appellant was ignorant of her legal position. [Emphasis added.]

Even before the rectal exam took place then, the appellant, if given the reason for the detention and the right to counsel, might have afforded himself an opportunity to contact counsel to have the "confidential information" on which the search allegedly was based tested to see if there were indeed reasonable and probable grounds to conduct the strip search let alone the rectal exam. The

à nu exécutée à l'aéroport par les inspecteurs des douanes Lee et Yick. Il est manifeste qu'en procédant à un examen secondaire de ce genre, les inspecteurs des douanes ont détenu l'appelant.

^a Comme le dit le Juge en chef dans l'arrêt *Simmons*, précité, à la p. 521:

... une personne à qui l'on cesse d'appliquer la procédure normale et que l'on force à subir une fouille à nu est détenue au sens de l'art. 10.

^b

En l'espèce, l'appelant n'a pas été informé du motif de sa détention, ni de son droit d'avoir recours sans délai à l'assistance d'un avocat. Dans le cas d'une fouille à nu effectuée aux douanes, la

^c *Loi sur les douanes* prévoit, avant qu'elle n'ait lieu, une vérification de la fouille par un magistrat

de police, un juge de paix ou un préposé en chef du bureau de douane qui doit mettre la personne en liberté s'il n'y a pas de motifs raisonnables de procéder à la fouille. Le Juge en chef a souligné, dans l'arrêt *Simmons*, précité, l'importance d'avoir la possibilité de recourir à l'assistance d'un avocat dans ces circonstances, à la p. 531:

^e L'avocat aurait pu également s'assurer que l'on avait satisfait à la norme des motifs raisonnables de supposer fixée par la Loi et certifier à l'appelante qu'il existait des motifs légitimes de procéder une fouille. À mon avis, il est impossible que la négation du droit de l'appelante d'avoir recours à l'assistance d'un avocat n'influe pas sur le caractère raisonnable de la fouille qu'on lui a fait subir par la suite.

^g Bien qu'on n'ait pas demandé à la Cour de trancher cette question, je suis d'avis que la négation du droit à l'assistance d'un avocat en l'espèce, conjuguée à l'omission d'expliquer à l'appelante ses droits en vertu de la *Loi sur les douanes*, a rendu la fouille abusive. La violation du droit à l'assistance d'un avocat a empêché l'appelante d'exercer un droit conféré par la *Loi sur les douanes*. Une fouille, qui n'aurait peut-être pas eu lieu si l'appelante avait bénéficié des conseils d'un avocat, a été effectuée dans des circonstances où l'appelante ne connaissait pas ses droits. [Je souligne.]

ⁱ Même avant l'examen rectal, si l'appelant avait connu le motif de sa détention et eu la possibilité de recourir à l'assistance d'un avocat, il aurait peut-être profité de cette possibilité de communiquer avec un avocat pour faire vérifier les «renseignements confidentiels» qui justifiaient, a-t-on dit, la fouille afin de déterminer s'il existait des motifs raisonnables et probables de procéder à la fouille à

case at bar is one where, as I stated in *R. v. Debot*, *supra*, at pp. 1147-48 the violation of s. 10 of the *Charter* goes to the very reasonableness of the search. In my view, the relationship in this case between the violations of ss. 8 and 10 of the *Charter* renders the violations more serious than if the breach of s. 10 was very remote from the strip search.

A further consideration in assessing the seriousness of the *Charter* violations is the nature of the searches in this case, which progressed from the search of baggage and frisk of outer clothing to the strip search to, finally, the rectal examination. In respect of the body cavity type of search, the Chief Justice in *Simmons*, *supra*, stated the following at p. 517:

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.

I hasten to add that in this case the fact that a rectal examination was conducted as incident to an arrest for traffic warrants and absent any evidence on the record of reasonable and probable grounds for the belief that the appellant was in possession of heroin, makes the unreasonable search an extremely serious violation of the appellant's *Charter* rights. Indeed, it is the intrusive nature of the rectal search and considerations of human dignity and bodily integrity that demand the high standard of justification before such a search will be reasonable. To paraphrase somewhat my statement in *Collins*, *supra*, at p. 288, we cannot accept that police officers subject persons to rectal examinations incident to arrests for traffic warrants when they do not have reasonable and probable grounds to believe that those people are actually in possession of drugs. It is imperative that the Court,

nu et surtout à l'examen rectal. La présente affaire est un cas où, comme je l'ai mentionné dans l'arrêt *R. c. Debot*, précité, aux pp. 1147 et 1148, la violation de l'art. 10 de la *Charte* entache le caractère raisonnable même de la fouille. À mon avis, le lien qui existe en l'espèce entre les violations des art. 8 et 10 de la *Charte* rend ces violations plus graves que si celle de l'art. 10 avait été très étrangère à la fouille à nu.

Un autre facteur à considérer dans l'évaluation de la gravité des violations de la *Charte* est la nature des fouilles pratiquées en l'espèce qui ont progressé de la fouille des bagages, à la fouille par palpation des vêtements extérieurs, à la fouille à nu pour finir par l'examen rectal. Au sujet de l'examen des cavités corporelles, voici ce que dit le Juge en chef dans l'arrêt *Simmons*, précité, à la p. 517:

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.

Je m'empresse d'ajouter qu'en l'espèce le fait qu'un examen rectal ait été exécuté accessoirement à une arrestation en vertu de mandats relatifs à des infractions à la circulation et en l'absence totale au dossier de preuve de l'existence de motifs raisonnables et probables de croire que l'appellant avait de l'héroïne en sa possession, transforme la fouille abusive en une violation extrêmement grave des droits garantis à l'appellant par la *Charte*. En réalité, ce sont le caractère envahissant de la fouille rectale et les considérations relatives au respect de la dignité humaine et de l'intégrité corporelle qui commandent une norme sévère de justification pour qu'une telle fouille soit raisonnable. Pour paraphraser ce que j'ai déjà dit dans l'arrêt *Collins*, précité, à la p. 288, je dirai que nous ne pouvons accepter que les agents de police soumettent des personnes à un examen rectal

having regard for the long-term consequences of admitting evidence obtained in these circumstances, dissociate itself from the conduct of the police in this case which, always on the assumption that they merely had suspicions, was a flagrant and serious violation of the rights of the appellant. Indeed, in this case the absence of proof of reasonable and probable grounds, or even of "objective articulable facts" to support the officer's suspicions, makes the unreasonable search a more serious *Charter* violation: see *Simmons*, *supra*, at p. 535, and *Jacoy*, *supra*, at p. 560.

Further, I am not persuaded that there was any urgency or immediate necessity to conduct the rectal search to prevent the loss or destruction of the evidence. If indeed there were reasonable and probable grounds for the police to believe that the appellant was a drug courier, grounds that were never established by the Crown, then surely the detention of the accused in order to facilitate the recovery of the drugs through the normal course of nature would have been reasonable. Finally, and this is an important consideration in this case, it should be noted there was more than one *Charter* violation at issue. The breaches of the appellant's *Charter* rights were not isolated errors of judgment by the police, but rather were part of a larger pattern of disregard for the appellant's *Charter* rights: see *Genest*, *supra*, at p. 87. In sum then, I conclude that the violations of the appellant's *Charter* rights were very serious. On the record as it now stands, we have violations of ss. 8 and 10(a) based on the finding that the appellant was subjected to a rectal search incident to an arrest for traffic warrants. Added to this there is the violation of s. 10(b) of the *Charter* by the Customs Inspectors who failed to advise the appellant of the right to retain and instruct counsel before they subjected him to the strip search at the airport. This is a situation, as I noted above, where there is a link between the violation of the right to counsel and the reasonableness of the subsequent search

accessoirement à une arrestation en vertu de mandats relatifs à des infractions à la circulation quand ils n'ont pas de motifs raisonnables et probables de croire que ces mêmes personnes ont réellement de la drogue en leur possession. Compte tenu des conséquences à long terme de l'utilisation des éléments de preuve obtenus dans ces conditions, il est impérieux que notre Cour réproouve la conduite que les policiers ont adoptée en l'espèce, laquelle, toujours en supposant qu'ils n'avaient que des soupçons, a constitué une violation flagrante et grave des droits de l'appelant. En réalité, l'absence de motifs raisonnables et probables en l'espèce, ou même de «faits objectifs précis» qui auraient étayé les soupçons des agents de police, fait de la fouille abusive une violation plus grave de la *Charte*: voir les arrêts *Simmons*, précité, à la p. 535, et *Jacoy*, précité, à la p. 560.

De plus, je ne suis pas convaincu qu'il était urgent, ou même nécessaire dans l'immédiat, de procéder à la fouille rectale pour éviter la perte ou la destruction de la preuve. Si, en réalité, les policiers avaient eu des motifs raisonnables et probables de croire que l'appelant transportait de la drogue, motifs dont le ministère public n'a jamais prouvé l'existence, il aurait certainement été raisonnable de détenir l'appelant dans le but de récupérer la drogue en attendant que la nature fasse son œuvre. Enfin, et c'est un facteur important en l'espèce, il faut souligner que plus d'une violation de la *Charte* est en cause. Les violations des droits que l'appelant avait en vertu de la *Charte* n'ont pas été le fruit d'erreurs de jugement isolées de la part des policiers, mais elles sont plutôt le résultat d'un mépris systématique des droits que la *Charte* garantissait à l'appelant: voir l'arrêt *Genest*, précité, à la p. 87. En résumé, je conclus que les violations des droits garantis à l'appelant en vertu de la *Charte* sont très graves. Le dossier, dans son état actuel, révèle l'existence de violations de l'art. 8 et de l'al. 10a) étant donné la conclusion que l'appelant a été soumis à une fouille rectale accessoirement à une arrestation en vertu de mandats relatifs à des infractions à la circulation. En plus, il y a la violation de l'al. 10b) de la *Charte* dont les inspecteurs des douanes se sont rendus coupables en n'avisant pas l'appelant de son droit d'avoir recours à l'assistance d'un avocat avant de le sou-

since counsel may have had a role to play in seeking a review of the grounds for the search before it took place. In short then, this case can be described as one where the seriousness of the cumulative effect of the *Charter* violations militates in favour of excluding the evidence.

I say this in full recognition of the fact that the evidence recovered was real evidence that existed irrespective of the *Charter* violations, and whose admission therefore would not negatively affect the adjudicative fairness of the appellant's trial. It must be recalled, however, that in addition to the consideration of a fair trial, the Court must also consider whether by admitting the evidence it would be condoning unacceptable conduct by the police. It is in that context that I now turn to a consideration of the third set of factors, namely the effect of exclusion as opposed to admission of the evidence. There is no doubt that what is at issue in this case is a serious offence, indeed a serious social evil, the possession and importation of drugs. Further, there is no doubt that but for the exclusion of the evidence, the appellant would be convicted of the counts against him. It must not be forgotten, however, that the inquiry under s. 24(2) cannot be focussed solely on the specific prosecution at issue; it is the long-term consequences of regular admission or exclusion of this type of evidence on the repute of the administration of justice which must be considered. As the Chief Justice noted in *Genest, supra*, at p. 82:

While the purpose of the rule is not to allow an accused to escape conviction, neither should it be interpreted as available only in those cases where it has no effect at all on the result of the trial. The consideration whether to exclude evidence should not be so closely tied to the ultimate result in a particular case.

In balancing the long-term consequences of regularly admitting the evidence in this case in the light of how it was obtained against the consequences of excluding it, I conclude that the bal-

mettre à une fouille à nu à l'aéroport. Il s'agit d'un cas où, comme je l'ai déjà fait remarquer, il existe un lien entre la violation du droit à l'assistance d'un avocat et le caractère raisonnable ou non de la fouille subséquente puisqu'un avocat aurait pu jouer un rôle en demandant un examen des motifs de procéder à la fouille avant que celle-ci n'ait lieu. Bref, on peut dire qu'en l'espèce la gravité de l'effet cumulatif des violations de la *Charte* appelle l'exclusion des éléments de preuve.

Je le dis en étant parfaitement conscient que la preuve obtenue constituait une preuve matérielle qui existait indépendamment des violations de la *Charte* et dont l'utilisation ne porterait donc pas atteinte à l'équité du procès de l'appelant. Il faut cependant se rappeler qu'en plus de tenir compte de l'équité du procès, notre Cour doit aussi se demander si l'utilisation de la preuve aurait pour effet d'excuser une conduite inacceptable de la part des policiers. C'est dans ce contexte que j'aborderai l'examen de la troisième catégorie de facteurs, savoir l'effet de l'exclusion de la preuve par rapport à celui de son utilisation. À n'en pas douter, nous sommes ici en présence d'une infraction grave et même d'un fléau social grave, soit la possession et l'importation de drogues. De plus, il ne fait pas doute que, n'était-ce de l'exclusion de la preuve, l'appelant serait déclaré coupable relativement aux chefs d'accusation retenus contre lui. Il faut cependant se rappeler que l'analyse fondée sur le par. 24(2) ne peut se limiter à la poursuite immédiatement en cause; il faut tenir compte des conséquences à long terme qu'aura sur la considération dont jouit l'administration de la justice l'utilisation ou l'exclusion régulière de ce genre de preuve. Comme le Juge en chef le fait observer dans l'arrêt *Genest*, précité, à la p. 82:

Bien que la règle ne vise pas à permettre à un accusé d'échapper à une déclaration de culpabilité, il faut aussi éviter de lui donner une interprétation selon laquelle on ne peut s'en prévaloir que lorsqu'elle n'a aucune incidence sur l'issue du procès. La décision d'exclure des éléments de preuve ne devrait pas être si étroitement liée à l'issue d'une cause.

En comparant les conséquences à long terme de l'utilisation régulière des éléments de preuve obtenus de la même manière que ceux de l'espèce à celles de leur exclusion, j'arrive à la conclusion

ance tips in favour of exclusion. The administration of our system of justice will be brought into greater disrepute if this Court were to condone, taking the record as it is given to us by the police and the prosecution, the practice of using an arrest for traffic warrants as an artifice to conduct a rectal exam of an accused who the police do not have reasonable and probable grounds to believe is carrying drugs. In fact, even if reasonable and probable grounds existed, support for which was not established by the Crown, there is still the admission by the Crown that the police deliberately failed to provide the appellant with the proper reason for the arrest, thereby infringing his rights under s. 10(a) of the *Charter*. The Crown refers to this as "foolish" and a "blunder", but in fact, it amounts to the police deliberately misleading the appellant and using that deception as an artifice to conduct a highly invasive rectal search. Whatever the motives for this deception, it can only lead to an inference of extreme bad faith on the part of the police in that they wilfully circumvented the *Charter*, a factor which further supports the exclusion of the evidence in this case. This is especially so when what is involved is a violation of the right to counsel as well as a violation of the right to be secure against unreasonable searches. It would be easy, but at the same time very dangerous, to allow the knowledge that the appellant must have had in respect of his possession of the drugs, to influence this Court's assessment of whether the evidence should be excluded. To do so would be to import an *ex post facto* chain of reasoning that finds no place in an inquiry pursuant to s. 24(2) of the *Charter*.

I would further note that a majority of this Court has, in two appeals in which judgment has recently been pronounced, *R. v. Duarte*, [1990] 1 S.C.R. 30, and *R. v. Wiggins*, [1990] 1 S.C.R. 62, admitted evidence of recorded conversations obtained in violation of s. 8 of the *Charter*. Those cases are, however, clearly distinguishable from the case at bar. In both *Duarte* and *Wiggins* the

qu'il vaut mieux les écarter. L'administration de notre système de justice serait davantage déconsidérée si notre Cour excusait, compte tenu du dossier présenté par la police et le ministère public, la pratique du recours à une arrestation en vertu de mandats relatifs à des infractions à la circulation comme artifice pour faire subir un examen rectal à un accusé au sujet duquel les policiers n'ont pas de motifs raisonnables et probables de croire qu'il transporte de la drogue. En réalité, même s'il existait des motifs raisonnables et probables, dont le ministère public n'a pas tenté de prouver l'existence, il reste quand même l'aveu, par le ministère public, que les policiers ont délibérément omis de donner à l'appelant le véritable motif de son arrestation, enfreignant ainsi les droits que lui garantissait l'al. 10a) de la *Charte*. Le ministère public qualifie cette omission de «bêtise» ou de «bourde», mais ce qui s'est produit en réalité, c'est que les policiers ont délibérément induit l'appelant en erreur et se sont servis de cette supercherie pour procéder à une fouille rectale extrêmement envahissante. Quels que soient les motifs de cette supercherie, elle ne peut qu'amener à conclure qu'il y a eu mauvaise foi exceptionnelle de la part des policiers du fait qu'ils ont délibérément contourné la *Charte*, ce qui constitue un motif supplémentaire d'écarter la preuve en l'espèce. Il en est particulièrement ainsi quand il y a eu violation du droit à l'assistance d'un avocat en plus de celle du droit à la protection contre les fouilles abusives. Il serait facile, mais en même temps très dangereux, de laisser le fait que l'appelant devait savoir qu'il avait de la drogue en sa possession, influencer la décision de notre Cour d'utiliser ou d'écarter les éléments de preuve. Agir ainsi reviendrait à s'en remettre à une forme de raisonnement après le fait qui n'a pas sa place dans une analyse fondée sur le par. 24(2) de la *Charte*.

Je soulignerai en outre que dans deux arrêts récents, *R. c. Duarte*, [1990] 1 R.C.S. 30, et *R. c. Wiggins*, [1990] 1 R.C.S. 62, notre Cour à la majorité a déclaré admissibles des conversations interceptées contrairement à l'art. 8 de la *Charte*. Cependant, ces arrêts se distinguent nettement de l'espèce. Dans les deux affaires, *Duarte* et *Wiggins*, les policiers avaient agi de bonne foi en

police acted in good faith reliance on a statutory provision of the *Criminal Code*, specifically s. 178.11(2)(a), which they, very reasonably, believed permitted them to act as they did. In this regard also see my judgment in *R. v. Hamill*, [1987] 1 S.C.R. 301, at p. 308, a case dealing with police reliance on writs of assistance. The case at bar, however, is completely different. There is no element of good faith reliance by the police on a previously unchallenged procedure. Indeed, on the record as it now stands before this Court, there can only be an inference of bad faith in light of the rectal search incident to an arrest for outstanding traffic warrants.

Therefore, and not without great hesitation given the manifest culpability of the appellant, of a crime that I consider heinous, I conclude that the integrity of our criminal justice system and the respect owed our *Charter* are more important than the conviction of this offender. Accordingly, the evidence obtained as a result of the *Charter* violations should be excluded, and the appellant's acquittal at trial restored. I reach this conclusion based on the seriousness of the cumulative effect of the various violations of ss. 8 and 10(a) and (b) of the *Charter*, and especially in the absence in the evidence of proof for the claim that the police had reasonable and probable grounds for the belief that the appellant was in possession of drugs, the proof of which rested with the Crown. To admit the evidence in this case would be tantamount to stating that the Crown has satisfied its burden in establishing reasonable and probable grounds for a warrantless search when the police testify that those grounds are based on "confidential information received and background investigation". To adopt this position would, in my view, be an abdication of the proper judicial function to the police, and would be dangerously regressive especially in this case where what is at issue is a highly invasive rectal search. To repeat, this Court cannot condone rectal searches incident to an arrest for outstanding traffic warrants. I would, accordingly,

s'appuyant sur une disposition du *Code criminel*, précisément l'al. 178.11(2)a), qui, d'après ce qu'ils ont cru très raisonnablement, les autorisait à agir comme ils l'ont fait. À cet égard, on peut consulter mes motifs de jugement dans l'affaire *R. c. Hamill*, [1987] 1 R.C.S. 301, à la p. 308; il s'agit d'une affaire d'utilisation par les policiers de mandats de main-forte. L'espèce est tout à fait différente. Il n'y a pas d'élément de recours de bonne foi par les policiers à une procédure qui n'a jamais été contestée. En réalité, selon le dossier soumis à notre Cour, nous ne pouvons conclure qu'à la mauvaise foi en raison de la fouille rectale accessoire à une arrestation découlant de mandats inexécutés relativement à des infractions à la circulation.

En conséquence, mais non sans beaucoup d'hésitation étant donné que l'appellant est manifestement coupable d'une infraction que je trouve odieuse, je conclus que l'intégrité de notre système de justice criminelle et le respect que nous devons à la *Charte* importent davantage que la déclaration de culpabilité de ce contrevenant. En conséquence, il y a lieu d'écarter les éléments de preuve obtenus par suite des violations de la *Charte* et de rétablir l'acquittement de l'appellant prononcé au procès. J'arrive à cette conclusion à cause de la gravité de l'effet cumulatif des diverses violations de l'art. 8 et des al. 10a) et b) de la *Charte*, et surtout à cause de l'absence de tout élément de preuve étayant l'affirmation selon laquelle les policiers avaient des motifs raisonnables et probables de croire que l'appellant avait de la drogue en sa possession, affirmation dont la preuve incombait au ministère public. Utiliser cette preuve en l'espèce reviendrait à dire que le ministère public s'est acquitté du fardeau de preuve qui lui incombait à l'égard des motifs raisonnables et probables d'exécuter une fouille sans mandat quand les policiers ont témoigné que ces motifs reposaient sur «de[s] renseignements confidentiels reçus et d'une enquête sur les antécédents». Adopter cette position reviendrait, selon moi, à renoncer en faveur des policiers à l'exercice de la fonction judiciaire légitime, ce qui serait dangereusement rétrograde, surtout en l'espèce où l'objet du litige est une fouille rectale très envahissante. Encore une fois, notre Cour ne peut excuser les fouilles rectales

allow the appeal, exclude the evidence and restore the appellant's acquittal.

Appeal allowed, DICKSON C.J. and L'HEUREUX-DUBÉ and CORY JJ. dissenting.

Solicitors for the appellant: Singleton Urquhart, Calgary.

Solicitor for the respondent: John C. Tait, Ottawa.

accessoires à une arrestation découlant de mandats inexécutés relativement à des infractions à la circulation. En conséquence, je suis d'avis d'accueillir le pourvoi, d'écarter la preuve et de rétablir l'acquiescement de l'appelant.

Pourvoi accueilli, le juge en chef DICKSON et les juges L'HEUREUX-DUBÉ et CORY sont dissidents.

Procureurs de l'appelant: Singleton Urquhart, Calgary.

Procureur de l'intimée: John C. Tait, Ottawa.