Ce document préliminaire a été préparé par la Section de recherche de la Commission de réforme du droit du Canada, responsable du droit de la preuve. Il est distribué dans le but d'obtenir des critiques et commentaires. Les recommandations qui s'y trouvent n'engagent pas la Commission.

LA PREUVE

10. L'EXCLUSION DE LA PREUVE ILLÉGALEMENT OBTENUE

La Commission de réforme du droit du Canada souhaite qu'on lui fasse parvenir toute communication avant le 1er avril 1975.
Prière d'adresser toute correspondance à:
Me Jean Côté, Secrétaire,
Commission de réforme du droit du Canada,
130, rue Albert,
Ottawa, Ontario.
K1A 0L6

1974

LAW REFORM COMMISSION

COMMISSION DE RÉFORME DU DROIT

DEPT. OF JUSTICE
JAN 10 1975
LIBRARY
CANADA

LA PREUVE

10. L'EXCLUSION DE LA PREUVE ILLÉGALEMENT OBTENUE

Document préliminaire de la

Section de recherche sur le droit de la preuve

1974

130, rue Albert
Ottawa, Canada
K1A 0L6

98277—1

©
Information Canada
Ottawa, 1974
N° de cat.: J-32-3/10

TABLE DES MATIÈRES

	Pages
INTRODUCTION	5
L'ÉTAT ACTUEL DU DROIT CANADIEN	9
ÉLÉMENTS DE DROIT COMPARÉ	15
ANALYSE DES PRINCIPAUX ARGUMENTS RELATIFS À L'ADMISSION DE LA RÈGLE D'EXCLUSION	21
CRITIQUES ET RECOMMANDATIONS	29
BIBLIOGRAPHIE	35
RENVOIS	37

INTRODUCTION

La question de la preuve illégalement recueillie a déjà fait couler beaucoup d'encre et demeure encore très controversée.[1] Auteurs et jurisprudence avancent des arguments solides en faveur de l'une ou l'autre des positions représentées et typifiées dans un certain sens par le droit américain d'une part, qui exclut la preuve illégalement recueillie et toute autre preuve découlant de celle-ci, et par la common law canadienne et anglaise traditionnelles d'autre part qui, au contraire, ne fait pas en principe de la légalité du mode d'obtention de la preuve une condition de son admissibilité.

Les controverses de la littérature juridique et les prises de positions judiciaires, parfois même teintées d'une certaine émotivité que le sujet a suscitées montrent bien que toute solution législative, quelle qu'elle puisse être, ne saurait en aucun cas rallier toutes les opinions et provoquera nécessairement de vives discussions.

La principale raison de ce phénomène réside dans le fait qu'à travers la solution à apporter à ce problème juridique d'ordre particulier, c'est un peu l'orientation de l'ensemble du système pénal qui est en jeu. C'est devenu un lieu commun d'affirmer en droit pénal et plus particulièrement en matière de preuve, que le législateur doit réaliser un compromis entre impératifs de la répression du crime et préservation des droits fondamentaux de la personne, entre efficacité de la répression et équité pour l'individu, entre contrôle du crime et respect des libertés du citoyen, entre découverte pleine et entière de la vérité et sauvegarde de certaines valeurs fondamentales. Le problème de la validité de la preuve illégalement obtenue soulève ces mêmes questions et oblige donc à définir les priorités à accorder à l'un ou à l'autre des aspects apparemment contradictoires de la justice pénale dans la société.

Une seconde difficulté vient du fait que la question de l'admissibilité de la preuve illégalement obtenue n'est abordée souvent que sous l'angle de certaines de ses applications particulières, alors que l'on donne une vocation générale aux solutions dégagées à ce propos. On se prononce ainsi pour ou contre la règle d'exclusion dans son ensemble à la suite d'une étude restreinte au droit des saisies, des fouilles ou des perquisitions, au droit des aveux et des confessions, à celui des arrestations, illégales etc . . . La tentation de généraliser certains arguments et donc certaines solutions, sans tenir compte nécessairement de l'ensemble du problème, reste donc constamment présente.

Pour atténuer cette seconde difficulté, il n'est peut-être pas inutile, en s'adressant au lecteur non averti, de tenter, en quelques lignes, de replacer le problème dans un contexte plus général. La philosophie fondamentale du droit de la preuve

veut que le tribunal, dans sa recherche de la vérité, ait devant lui les éléments lui permettant de se rendre compte de la situation de fait à partir de laquelle il aura à tirer un certain nombre de conséquences sur le plan juridique. Tout élément de preuve pertinent au litige doit donc normalement être admis et le critère de la pertinence devient ainsi l'un des critères de base de l'admissibilité. Il n'est cependant pas le seul, car il représente une condition nécessaire mais non suffisante de cette admissibilité. D'autres facteurs entrent en effet en ligne de compte. Dans l'optique de base de notre système pénal, la recherche et la découverte de la vérité ne doivent pas se faire à n'importe quel prix. C'est pourquoi la loi et la jurisprudence les subordonnent à la sauvegarde d'autres valeurs jugées d'intérêt social ou moral supérieur. Un exemple suffit à illustrer ce phénomène. Les révélations faites par l'accusé à son avocat constitueraient probablement une preuve pertinente dans la recherche judiciaire de la culpabilité ou de la non-culpabilité de l'accusé. Pourtant la loi les traite comme des communications confidentielles et privilégiées et exclut la preuve à ce sujet, estimant plus important de sauvegarder les droits fondamentaux de la défense et le libre exercice de la profession d'avocat.

Le critère de la crédibilité est également retenu. Une preuve pertinente peut en effet être affectée sur le plan qualitatif par le fait qu'elle est peu digne de foi. Ainsi en est-il, du moins dans l'analyse classique traditionnelle, d'une confession illégalement obtenue. Elle est exclue du débat judiciaire parce que sa crédibilité peut sérieusement être mise en doute lorsqu'elle a été extorquée par des menaces ou des promesses. On peut cependant, dans ce dernier cas, ajouter une autre raison à l'irrecevabilité: tenir compte d'un aveu dans de telles circonstances n'est-il pas rendre le tribunal qui l'accepte complice indirect et au sens large du terme de l'illégalité? En donnant un effet juridique à l'aveu, le tribunal ne donne-t-il pas un effet juridique à une illégalité réprouvée par la loi? N'est-ce pas également renier le principe de la non-incrimination personnelle?

Le problème de la preuve illégalement obtenue s'étend aux deux catégories classiques de preuves: la preuve dite «matérielle» ou «réelle» et la preuve dite «personnelle». Pour ce qui est de la preuve personnelle, tel est le cas des confessions et aveux, l'exclusion d'une preuve illégalement obtenue peut se justifier par d'autres principes (privilèges de non-incrimination et absence de crédibilité). Les règles dégagées par les affaires *Ibrahim v. R.*[2] et *Boudreau v. R.*[3] montrent bien cette pluralité de fondements. Au contraire pour ce qui est de la preuve réelle, l'illégalité commise ne rend pas la preuve obtenue moins digne de foi ou moins pertinente. Il n'existe à ce niveau aucune différence entre le cas où, par exemple, la police saisit un stock important de stupéfiants à la suite d'une descente illégale et accompagnée de violence, et celui où elle a procédé conformément à la loi et selon les termes d'un mandat régulier, lorsqu'il s'agit de prouver la possession par l'accusé de ces stupéfiants. Cette distinction a été mise en lumière dans l'affaire *Procureur Général de la Province de Québec v. Bégin*[4].

Lors donc que l'illégalité commise affecte directement la crédibilité de la preuve, le problème peut être évité puisque la preuve peut en effet être exclue non en raison de l'illégalité commise mais bien parce qu'elle n'est pas digne de foi. L'exclusion reste alors fondée principalement sur la qualité et la crédibilité de la preuve et non sur la sanction de l'illégalité. Toutefois, le problème d'ensemble n'est

pas pour autant résolu, le critère de la crédibilité n'étant pas forcément applicable à la preuve découlant de celle-ci. Si, à la suite d'une confession obtenue par la violence, la police découvre une preuve matérielle incriminant l'accusé, par exemple l'arme du crime dont l'emplacement a été indiqué par celui-ci, doit-on admettre cet objet en preuve et allant plus loin, puisque cette découverte corrobore au moins une partie de l'aveu de l'accusé, donner effet à cette partie de la confession?[5]

En résumé donc, le problème auquel cette étude veut tenter d'apporter des éléments de solution est le suivant: que doit faire le droit pénal face aux preuves illégalement recueillies? Doit-il, si elles sont pertinentes et fiables, les admettre indépendamment des illégalités commises pour les obtenir, et donc laisser à d'autres techniques (sanctions pénales, civiles ou disciplinaires) le soin de réprimer ces actes illégaux? Doit-il au contraire placer la loyauté au principe de la légalité au-dessus des considérations d'efficacité et exclure ces preuves, alors même qu'elles sont pertinentes et fiables, pour montrer clairement sa réprobation pour les actes illégaux d'une part, et affirmer la suprématie du respect de certaines règles fondamentales sur la découverte de la vérité d'autre part?

L'ÉTAT ACTUEL DU DROIT CANADIEN

La ligne de conduite générale du droit canadien est empruntée au droit anglais. L'illégalité des moyens utilisés pour se procurer une preuve n'a pas en principe d'influence sur sa recevabilité.

Si, par exemple une perquisition est effectuée chez un individu et que celle-ci est illégale parce que faite sans mandat, ou sans cause raisonnable et probable, la victime accusée par la suite pourra s'en plaindre, réclamer au besoin des dommages-intérêts contre les autorités policières, exiger des sanctions disciplinaires ou même parfois pénales. Toutefois, la preuve recueillie contre elle au cours de cette perquisition, ainsi que toute autre preuve dérivée de celle-ci demeurera recevable. De même, si par suite de menaces ou de violence un prévenu avoue être l'auteur d'un meurtre et désigne aux policiers l'emplacement de l'arme qui lui a servi à commettre le crime, le témoignage des policiers à l'effet que cet instrument a été découvert à l'endroit indiqué par l'accusé, et toute la preuve tenant à démontrer qu'il s'agit là de l'arme du crime, est recevable même si la confession elle-même ne l'est pas parce que non volontaire et libre au sens de la loi. Au Canada donc, la preuve matérielle obtenue par des moyens illégaux, de même que la preuve découlant de ceux-ci est admissible, malgré la déloyauté commise par les forces policières dans sa recherche.

Cette règle du droit canadien a été dégagée à la suite d'une évolution jurisprudentielle dont le couronnement est marqué par une décision de la Cour suprême en 1970. Il est significatif que dans cette décision, l'arrêt *R. v. Wray*[6], la Cour suprême du Canada ait étudié et discuté à fond la situation de la common law anglaise représentée notamment par les arrêts *Kuruma v. R.*[7], *Noor Mohamed v. R.*[8], *Callis v. Gunn*[9], mais ait fait peu de cas de celle du droit américain sur le sujet.

La position générale traditionnelle du droit canadien avait été affirmée par la Cour d'appel de l'Ontario dès 1886, dans l'affaire *Doyle*[10]. L'accusé dans cette espèce invoquait l'irrégularité d'une perquisition effectuée chez lui et qui avait révélé la présence d'une certaine quantité de boissons alcooligues, le tout contrairement à la loi. La Cour d'Appel de l'Ontario, prenant pour base un précédent anglais, refusa de renverser la décision du tribunal de première instance qui avait trouvé l'accusé coupable, au seul motif que la preuve de sa culpabilité avait été le fruit d'une perquisition faite contrairement aux règles imposées par la loi.

Nombre de décisions subséquentes sont venues, au cours des années, réaffirmer le principe de l'admissibilité de la preuve illégalement recueillie du moment qu'elle est pertinente.[10a] En 1949 la High Court d'Ontario, par la bouche du juge McRuer, établissait, dans l'affaire *R. v. St. Lawrence*[11] que les faits découverts à la

98277—2

suite des déclarations contenues dans une confession non admissible étaient, eux, admissibles en preuve. En 1955, dans l'affaire *Procureur Général de la Province de Québec v Bégin*,[12] la Cour suprême, à propos d'une question d'expertise sanguine, se basait sur un arrêt anglais, l'affaire *Kuruma*[13], pour admettre qu'une preuve, même illégalement obtenue, devait être admise lorsque pertinente et faisait siens les critères énoncés par le Conseil privé pour conclure à l'admissibilité.

Dans l'espèce, une prise de sang avait été obtenue sans qu'une mise en garde n'ait été adressée conformément à la loi à l'accusé, mais toutefois sans violence.

Le juge Fauteux s'exprimait d'ailleurs ainsi à cet égard:

> Sans doute, la méthode employée pour l'obtention de certaines de ces preuves peut, dans certains cas, être illégale et même donner lieu à des recours d'ordre civil ou même criminel contre ceux qui l'ont utilisée, mais on ne discute plus de la proposition voulant qu'en ces cas, l'illégalité entachant la méthode d'obtention de la preuve, n'affecte pas *per se* l'admissibilité de cette preuve au procès.[13a]

De l'ensemble des décisions antérieures à l'arrêt *Wray* on peut, semble-t-il, conclure que le droit canadien permettait l'admission au procès d'une preuve réelle, découverte à la suite d'une confession non admissible, de même que de la partie d'une confession non volontaire corroborée, malgré les illégalités commises dans la recherche de cette preuve. L'arrêt *Bégin* établissait aussi un jalon important dans le conflit entre l'admissibilité d'une confession non volontaire et la preuve obtenue par un procédé illégal. L'expertise sanguine, dans l'esprit de la Cour, est un fait objectif et la règle soumise ne s'applique donc qu'à la preuve dite «réelle» ou «physique».

En 1970 la Cour suprême, dans l'affaire *R. v. Wray*[14], qui a fait l'objet de nombreux commentaires et de nombreuses critiques[15], a été saisie du problème. Wray, accusé de meurtre, avait fait une confession jugée inadmissible par le juge de première instance et dans laquelle il déclarait avoir jeté l'arme du crime dans un marécage. La police, guidée par l'accusé, trouva la carabine, qui fut déposée comme pièce à conviction et la Couronne chercha également à faire admettre en preuve cette partie de la confession corroborée par la découverte de l'arme du crime. La Cour d'appel d'Ontario, confirmant d'ailleurs la décision du juge de première instance, écarta cette prétention, au motif qu'un tribunal a discrétion pour rejeter une preuve pertinente et par ailleurs admissible parce que probante, s'il estime que son admission serait injuste à l'endroit de l'accusé ou de nature à discréditer l'administration de la justice[16]. L'affaire fut portée à la Cour suprême qui se prononça en faveur de l'admissibilité de la preuve de la découverte de l'arme et aussi de la portion de la confession de l'accusé à l'effet qu'il avait lui-même jeté l'arme à l'endroit où la police devait la découvrir. La majorité représentée par les juges Martland et Judson, réaffirma tout d'abord la règle édictée par l'affaire *R. v. St. Lawrence*[17], puis, après une analyse détaillée de l'arrêt *Kuruma*[18], en vint à la conclusion que le juge de première instance n'a pas le pouvoir, d'après la common law, d'exclure une preuve par ailleurs admissible au seul motif que cette admission risquerait de discréditer l'administration de la justice:

> Cette évolution de la notion d'un pouvoir discrétionnaire illimité d'écarter une preuve recevable n'est pas justifiée par la jurisprudence sur laquelle elle prétend s'appuyer. L'aphorisme de Lord Goddard dans l'affaire *Kuruma* paraît fondé sur l'affaire *Noor*

> *Mohamed* et on l'a, à mon avis, beaucoup trop élargie dans certaines affaires subséquentes. Il reconnaît un pouvoir discrétionnaire d'écarter une preuve lorsque l'application stricte des règles de recevabilité serait inéquitable envers l'accusé. Même si l'on accepte cet énoncé, de la façon dont il est formulé, il n'y a lieu pour le juge de première instance d'exercer ce pouvoir discrétionnaire que s'il y est inéquitable de recevoir la preuve . . .
>
> C'est seulement le fait de recevoir une preuve fortement préjudiciable à l'accusé et dont la recevabilité tient à une subtilité, mais dont la valeur probante à l'égard de la question fondamentale en litige est insignifiante qui peut être considéré comme inéquitable.[19]

Le juge Judson, quant à lui, favorise l'admission de la preuve illégalement recueillie, mais opte pour une interprétation moins extensive.[20] Il est d'avis que l'arrêt *St. Lawrence* trouve son application en l'espèce, que la raison d'être de l'exclusion d'une preuve illégalement obtenue est qu'elle n'est pas fiable (untrustworthy) et donc que toute preuve réelle ou partie de confession corroborée par une preuve réelle est légalement admissible parce que digne de foi. Il refuse toutefois d'admettre en preuve la partie de la confession portant que l'accusé lui-même a jeté l'arme à l'endroit où elle fut découverte par les policiers, au motif que cette proposition n'est pas indubitablement confirmée par la découverte de la carabine.

L'arrêt *Wray* contient une très forte dissidence du juge en chef Cartwright et de ses collègues les juges Hall et Spence.[21] Considérant le précédent dans une autre affaire *DeClercq v. R.*[22], l'opinion dissidente du juge en chef se base sur une rationalisation différente de la règle d'exclusion d'une confession involontaire. La confession n'est pas inadmissible simplement parce qu'elle n'est pas digne de foi, puisqu'alors, dès qu'elle est confirmée par une autre preuve, elle devrait normalement être admise.[23] C'est plus dans le principe de la non-incrimination (*memo tenetur seipsum accusare*), que se trouve la véritable raison d'être de la règle d'exclusion.

Si donc la confession est forcée et doit être rejetée, la découverte d'une preuve confirmant partie de celle-ci ne doit pas avoir pour effet de la rendre admissible en tout ou en partie.

> La solution qui semblerait s'imposer si l'exclusion se fonde sur la maxime (*memo tenetur seipsum accusare*), serait qu'on ne peut aucunement se servir d'une confession forcée, même vérifiée par une preuve découverte subséquemment.[24]

Le juge en chef est également d'avis qu'il existe en common law un pouvoir discrétionnaire d'exclure une preuve, même si elle a une valeur probante substantielle, suivant les critères avancés par la Cour d'appel de l'Ontario. Quant au juge Hall, il met en doute pour sa part le bien fondé de l'arrêt *R. v. St. Lawrence* et, sans émettre d'avis définitif, estime qu'il n'est peut-être pas raisonnable de diviser ainsi une confession et d'en admettre une partie en preuve parce que corroborée si, lors du voir-dire, l'ensemble de cette même confession a été jugé irrecevable parce qu'involontaire.[25]

Trois critiques principales ont été adressées par les commentateurs à la décision de la Cour suprême.[25a] En premier lieu l'affaire *Kuruma*, sur laquelle s'appuie l'opinion majoritaire n'aurait peut-être pas dû, étant donné les faits et circonstances exceptionnelles de la cause, être élevée au rang de décision de principe.[26] En second lieu, la Cour suprême n'aurait pas tenu compte selon eux d'autres décisions telle l'affaire *R. v. Barker*[27] qui traitait de la question d'une

confession involontaire corroborée et dans laquelle la «Court of Criminal Appeal» avait rejeté les prétentions de la Couronne à l'effet que certains documents incriminants obtenus à la suite d'une confession inadmissible pouvaient être admis en preuve.

Enfin la décision aurait presque complètement éliminé le pouvoir discrétionnaire du juge, sans pour autant aller au fond même du problème et sans discuter les cadres proposés par la Cour d'appel de l'Ontario ou formuler d'autres critères.[28] L'affaire *Wray* ayant l'autorité du précédent, les tribunaux et Cours d'appel se sont soumis aux règles énoncées par la Cour suprême. Ainsi en fut-il, entre autres, plus récemment dans l'affaire *R. v. Lafrance* de la Cour d'appel de l'Ontario[29], et dans l'affaire *R. v. Pettipiece*[30] de la Cour d'appel de Colombie-Britannique.

Au début de l'année 1974, le Parlement canadien adoptait le projet de loi C-176 sur la protection de la vie privée visant à réglementer l'écoute électronique.[31] On retrouve dans ce texte certaines dispositions ayant trait à la preuve illégalement obtenue qu'il importe de souligner ici pour donner une vue d'ensemble de la question en droit canadien.

Deux remarques préliminaires doivent cependant être faites à cet égard. En premier lieu cette loi ne touche qu'une partie fort limitée et spécifique du problème général de l'admissibilité des preuves illégalement obtenues, et donc son impact sur le plan d'une politique législative globale demeure restreint. Comme on l'a noté[32], les problèmes posés par la récolte de la preuve au moyen de l'écoute électronique sont très différents de ceux soulevés à propos des saisies, perquisitions ou confessions. En effet, l'intérêt des autorités policières pour l'écoute électronique se situe moins au niveau de l'admission en preuve de la conversation captée elle-même, qu'à celui des renseignements et informations fournis par celle-ci et permettant une action policière subséquente ou la prévention du crime. En d'autres termes, il est souvent plus important pour la police de sauvegarder le principe de l'admissibilité des preuves découvertes grâce aux conversations captées que celui de l'admissibilité de la conversation elle-même. Enfin, l'interception téléphonique légale permet également en quelque sorte de neutraliser le téléphone comme un outil ou instrument de complot et de crime, rendant ainsi la tâche plus difficile aux professionnels du crime.

La principale disposition à cet égard est contenue à l'article 2, qui modifie l'article 178 du Code criminel en y ajoutant un paragraphe 16. Les paragraphes 1 et 2 de ce texte se lisent comme suit:

> **178.16** (1) Une communication privée qui a été interceptée et une preuve obtenue directement ou indirectement grâce à des renseignements recueillis par l'interception d'une communication privée sont toutes deux inadmissibles en preuve contre son auteur ou la personne à laquelle son auteur la destinait à moins:
>
> *a*) que l'interception n'ait été faite légalement; ou
>
> *b*) que l'auteur de la communication privée ou la personne à laquelle son auteur la destinait n'ait expressément consenti à ce qu'elle soit admise en preuve.
>
> (2) Lorsque, au cours de quelque procédure, le juge est d'avis qu'une communication privée ou autre preuve inadmissible aux termes du paragraphe (1)
>
> *a*) est pertinente, et

b) est inadmissible uniquement à cause d'un défaut de forme ou d'une irrégularité dans la procédure, lorsqu'il s'agit pas d'un défaut ou d'une irrégularité de fond, dans la demande ou l'émission de l'autorisation en vertu de laquelle cette communication privée a été interceptée ou au moyen de laquelle cette preuve a été obtenue, ou

c) que, dans le cas d'une preuve, à l'exception de la communication privée elle-même, son exclusion peut empêcher que justice soit rendue,

il peut, nonobstant le paragraphe (1), admettre en preuve cette communication privée ou cette preuve dans cette procédure.

Comme on peut le constater, le législateur pose en principe comme règle de départ celle de l'inadmissibilité en preuve d'une communication privée illégalement interceptée, et de toute autre preuve obtenue directement ou indirectement grâce aux informations recueillies par cette interception. Cette règle législative énoncée au premier paragraphe de l'article 178.16 est contraire à première vue à la position de common law traditionnelle et adopte la règle d'exclusion totale de la preuve illégalement recueillie.

Tout d'abord, aux termes mêmes de l'article 178.16, cette inopposabilité de la preuve ne semble jouer que contre l'auteur de la communication et la personne à qui elle était destinée. Ainsi, les renseignements ou preuves obtenus à la suite de l'écoute d'une conversation entre A et B semblent admissibles en preuve dans un procès dirigé contre C. En second lieu, le deuxième paragraphe de l'article 178.16 vient restreindre d'une façon considérable la règle générale d'exclusion. Il prévoit, en effet, qu'une conversation interceptée illégalement peut être admise en preuve par le juge si ce dernier l'estime pertinente et constate que l'illégalité tient à un «*défaut de forme*» ou à une «*irrégularité de la procédure*» et non à un défaut ou à une irrégularité de fond. C'est là tenter d'établir un équilibre entre l'intérêt de l'administration de la justice et le respect des droits de l'individu à la vie privée. L'irrégularité de fond est jugée suffisamment importante pour motiver l'exclusion de la conversation captée en preuve; l'irrégularité de forme ou de procédure, au contraire, est estimée trop triviale pour justifier de priver la justice, de ce seul fait, d'un élément de preuve pertinente au litige.

Enfin, un pouvoir discrétionnaire beaucoup plus large est accordé au juge d'admettre la preuve dérivée ou indirecte obtenue grâce à l'interception illégale. Si elle est pertinente, le juge peut passer outre à la règle d'exclusion s'il estime que justice ne serait pas rendue.

On peut constater à la lecture de ce texte de loi que le législateur canadien continue à accorder une très grande importance au critère de *pertinence* de la preuve, ce en quoi il ne s'éloigne donc pas de la tradition de la common law canadienne. La formulation des deux exceptions précédemment décrites fait que l'illégalité ou l'irrégularité dans la façon d'obtenir la preuve peut être couverte lorsque deux conditions sont remplies dont la première est le caractère pertinent de celle-ci. C'est donc, dans un certain sens, privilégier la découverte de la vérité par des moyens illégaux, aux dépens de la protection globale et absolue de la vie privée ou du droit à l'intimité.

D'autre part, le législateur, du moins dans la formulation de la règle, a inversé la position traditionnellement admise jusqu'alors en droit canadien: la règle géné-

rale devient l'exclusion de la preuve, l'exception son admisibilité. Toutefois, l'ampleur des termes utilisés pour définir ces exceptions peut permettre, sur le plan pratique, de mettre en doute la vigueur et l'efficacité réelle de la règle générale. Ainsi, pour n'en donner qu'un exemple, le sous-paragraphe *c* de l'article 178.16(2) emploie l'expression suivante: . . . «*son exclusion peut empêcher que justice soit rendue*». On peut se demander si cette expression recouvre la même réalité que la formule de discrétion judiciaire utilisée par la Cour d'appel de l'Ontario dans l'affaire *Wray:* rendre justice est-ce éviter d'être injuste à l'endroit de l'accusé ou au contraire éviter de discréditer l'administration de la justice? Telle que formulée, cette expression ne pourrait-elle pas être interprétée d'une toute autre façon, par exemple, dans le sens suivant: le juge pourra admettre la preuve illégale s'il estime que sans elle, la Couronne est dans l'impossibilité de rapporter la preuve des éléments d'une infraction dont l'accusé est probablement coupable et qu'ainsi justice ne sera pas rendue. Il est évidemment trop tôt pour savoir de quelle façon les tribunaux canadiens interpréteront ces dispositions et la portée exacte qu'ils attribueront à ce pouvoir discrétionnaire du juge. Deux faits importants doivent cependant, à notre avis, être retenus: le législateur canadien a admis, du moins pour le champ restreint de l'écoute électronique, que le seul et unique critère de pertinence n'est plus suffisant d'une part, et d'autre part que les tribunaux doivent jouir en matière de preuve d'un certain pouvoir discrétionnaire. Le droit canadien a donc refusé de se laisser enfermer dans l'une ou l'autre des positions extrêmes et radicales concernant l'exclusion de la preuve.

En conclusion et en résumé, le droit canadien dans son état actuel, fidèle à la doctrine élaborée par la Cour suprême dans l'arrêt *Wray,* admet toute preuve même illégalement obtenue du moment qu'elle est pertinente au litige et qu'elle n'est pas exclue pour une autre raison par une disposition de la loi (tel est le cas notamment d'une confession extorquée par violence). L'illégalité ou l'irrégularité des moyens utilisés pour l'obtenir n'entrent pas, en principe, en ligne de compte dans la détermination de sa recevabilité. Le juge n'aurait, à en croire la décision dans l'affaire *Wray,* qu'un pouvoir discrétionnaire très restreint de refuser d'admettre une preuve pertinente et fiable.

En outre, les preuves récoltées à la suite d'une preuve qui serait elle-même inadmissible d'après ces règles pourraient être admises si elles sont conformes aux normes générales retenues par la loi et la jurisprudence.

En matière d'écoute électronique, la situation est toutefois différente, du moins au niveau des principes. Le principe de l'exclusion est formulé par la loi, mais dans certains cas précis, lorsque la preuve est pertinente, il peut être levé lors même que cette preuve est directement ou indirectement le fruit d'une illégalité.

ÉLÉMENTS DE DROIT COMPARÉ

Il peut être intéressant, sur le plan d'une étude de politique législative future, de donner ici un aperçu sommaire des solutions retenues par d'autres pays. En examinant celles-ci on doit toutefois tenir compte des différences de philosophie sociale et de tradition juridique qui peuvent exister entre les droits étrangers et le régime canadien.

Droit américain

A la suite d'une longue controverse et d'une lente évolution jurisprudentielle, la common law américaine a consacré la règle d'exclusion de la preuve illégalement obtenue.[33] Cette prise de position, fruit de décisions très importantes comme les affaires *Weeks v. U.S.*[34], *Wolf v. Colorado*[35] et surtout *Mapp v. Ohio*[36], a pour effet d'éliminer toute preuve recueillie directement ou indirectement à la suite d'une illégalité et en violation des droits fondamentaux du citoyen reconnus par la Constitution des États-Unis. Parti comme le droit canadien du principe que toute preuve pertinente même illégalement obtenue était admissible,[37] le droit américain a franchi une première étape avec l'arrêt *Weeks v. U.S.*[38] qui a vu la Cour suprême des États-Unis sanctionner la règle qu'une preuve obtenue en violation du Quatrième amendement à la Constitution des États-Unis ne pouvait être admise sous peine de réduire à néant la protection que cette disposition entendait conférer au citoyen américain. La règle d'exclusion de la preuve en matière de saisies et de perquisitions était donc chose acquise non seulement quant à la preuve directement obtenue mais encore quant à celle obtenue grâce aux informations ou renseignements dérivés de celle-ci.

Une seconde étape importante de l'évolution du droit américain fut marquée par la consécration, dans l'affaire *Wolf v. Colorado,*[39] du principe que les libertés fondamentales garanties par les huit premiers amendements à la Constitution sont protégés par le Quatorzième amendement qui empêche les États de priver l'individu de sa vie, liberté ou propriété sans le « . . . due process of law».

Enfin, en 1961, la célèbre décision *Mapp v. Ohio*[40] vint étendre l'application générale de la règle d'exclusion à tous les tribunaux américains, même aux tribunaux d'État. Un doute à cet égard avait en effet surgi puisque la Cour suprême des États-Unis dans l'affaire *Wolf* semblait permettre aux États d'utiliser d'autres techniques pour faire respecter le Quatrième amendement.

A l'heure actuelle, la preuve directement obtenue par un procédé illégal est exclue, et aussi ce que les juristes américains appellent les «fruits de l'arbre empoisonné», c'est-à-dire la preuve découlant de celle-ci. De plus, la règle s'étend

non seulement à la preuve matérielle, mais aussi à la preuve verbale.[41] Les juristes signalent cependant trois limites principales au champs d'application de la règle: elle ne s'applique pas tout d'abord lorsque la preuve est admise non pour démontrer la culpabilité de l'accusé mais sur une question collatérale. Elle n'a pas d'effet lorsque la violation a eu lieu aux dépens d'une personne autre que l'accusé, et enfin, lorsque la preuve a été recueillie non par un «officier» public (public official) mais par un individu de sa propre initiative privée.[42]

Il est particulièrement intéressant de constater que le développement en droit américain de la règle d'exclusion de la preuve s'est opéré à partir de l'interprétation de la Constitution des États-Unis, et en relation directe avec le problème de la préservation des libertés individuelles et des droits fondamentaux des citoyens. Les tribunaux américains ont jugé en effet que l'exclusion de la preuve illégalement recueillie et des fruits de celle-ci constituait une mesure de protection adéquate de ces libertés fondamentales et ce, à un double niveau. D'une part, elle a une valeur exemplaire à l'égard des corps policiers. En sanctionnant l'illégalité commise par eux, on espère les dissuader, dans l'avenir, de continuer à avoir recours à ces procédés et, sur le plan d'une politique sociale à long terme, assainir l'ensemble du mécanisme de recherche et de découverte du crime. D'autre part, l'exclusion de la preuve montre que le droit américain attache un prix très important au «*due process*», place le respect de celui-ci au-dessus de toute autre considération, y compris celle de la poursuite et du châtiment des criminels, et qu'aucun compromis ne doit être fait lorsque les libertés fondamentales garanties par la Constitution sont menacées par le non-respect du principe de la légalité.

A l'heure actuelle toutefois, peut-être en raison du caractère absolu que revêt la règle d'exclusion aux États-Unis, un fort courant d'opposition à celle-ci s'est fait jour.[43] Certains juristes prévoient pour un avenir plus ou moins rapproché, sinon un retour à l'ancienne règle de l'admissibilité, du moins une atténuation et une édulcoration des rigueurs de la règle. Une discussion plus approfondie des mérites de la position américaine actuelle est implicitement faite dans la troisième partie de la présente étude.[44]

Droit anglais[45]

En common law anglaise, c'est la décision dans l'affaire *Kuruma v. R.*[46] qui a défini l'orientation du droit en la matière et qui est considérée comme exprimant le droit positif sur la question. Dans cette affaire l'accusé, à l'époque de la révolte du Kenya contre l'Angleterre, avait emprunté à bicyclette une route contrôlée par les autorités militaires. Arrêté à un barrage, il fut fouillé par deux officiers de rang inférieur qui trouvèrent apparemment sur lui un couteau et des munitions. Condamné à mort, il porta appel au Conseil privé en arguant l'illégalité de la fouille et donc la non-recevabilité de la preuve ainsi recueillie. D'après les «*Emergency Regulations of Kenya*» en effet, la fouille ne pouvait être légalement faite que par des officiers de grade supérieur. Le Conseil privé rejeta l'appel et émit l'opinion suivante:

> In their Lordships' opinion, the test to be applied in considering whether the evidence is admissible is whether it is relevant to the matters in issue. If it is, it is admissible and the court is not concerned with how the evidence was obtained.[47]

La règle du droit anglais reste donc l'admissibilité de la preuve même si elle est obtenue en contravention aux règles de la common law, aux règles définies par les statuts ou aux règles d'ordre constitutionnel. Toutefois, dans cette même affaire, le Conseil privé admit que le juge gardait un certain pouvoir discrétionnaire d'exclure une preuve dont l'admission, si les règles strictes étaient suivies, causerait un préjudice injuste à l'endroit de l'accusé.

> No doubt in a criminal case the judge always has a discretion to disallow evidence if the strict rules of admissibility would operate unfairly against the accused.[48]

L'exemple fourni par la cour en la matière est celui de la preuve obtenue par supercherie ou par manœuvres dolosives. Malheureusement toutefois, la formule utilisée par la cour restait très vague et ne permettait pas de déterminer ce que l'on devait entendre par le mot «injustice». De plus, aucun guide véritable n'était donné quant aux critères permettant d'établir si oui ou non une «injustice» était créée à l'endroit de l'accusé par l'admission d'une preuve.

Il convient de noter également que le Conseil privé dans l'affaire *Kuruma*, conscient des effets de la règle qu'il énonçait quant à la recevabilité de la preuve, a jugé utile de préciser qu'elle ne devait pas nécessairement s'appliquer aux confessions et aux aveux:

> It is right, that it should be stated that the rule with regard to the admission of confessions, whether it be regarded as an exception to the general rule or not, is a rule of law which their Lordships are not qualifying in any degree whatsoever.[49]

D'autre part, la portée de la règle quant au pouvoir discrétionnaire du juge apparaît beaucoup plus restreinte que la généralité des termes utilisés ne semble à première vue le laisser croire. Elle n'a pour but, au fond, que de couvrir les hypothèses marginales, les cas limites. La jurisprudence anglaise l'a en effet interprétée comme s'appliquant lorsque la preuve a été obtenue par fausses représentations ou par duperie, mais seulement dans l'hypothèse où celles-ci, à la lumière de toutes les circonstances particulières de l'espèce présentent un caractère particulièrement sérieux.[50] C'est dans ce sens d'ailleurs qu'elle a été compromise par la Cour suprême dans l'arrêt *Wray*.[51]

Sans vouloir ici rentrer dans plus de détails, la position du droit anglais est donc diamétralement opposée à celle du droit américain.

Le droit anglais, contrairement au droit américain n'envisage donc pas le problème de l'admissibilité de la preuve illégale en fonction des libertés fondamentales du citoyen. Il ne semble pas partager l'espoir qu'une règle d'exclusion puisse avoir un effet de dissuasion et servir également de sanction efficace à la violation des droits civils du citoyen. La common law britannique s'attache donc au seul critère de pertinence de la preuve. Comme l'a exprimé d'ailleurs un tribunal anglais dans l'affaire *R. v. Leatham:*

> It matters not how you get it; if you steal it, it would still be admissible in evidence.[52]

On peut constater également, par contraste avec le droit américain, le peu de discussion dans la littérature juridique anglaise des mérites mêmes de la règle et des politiques qui la sous-tendent. La justification de la règle suivie se résume la plupart du temps à l'expression d'une crainte de voir l'adoption d'une règle d'exclusion générale amener une paralysie de l'administration de la justice.

Droit écossais[53]

Le droit écossais présente des différences majeures avec le droit anglais classique qu'il importe de souligner ici. La décision capitale en la matière est celle de *Lawrie v Muir*[54] rendue en 1950. Dans cette affaire, Lord Cooper soulignant l'effort qui devait être fait pour tenter de réconcilier l'intérêt de l'État et celui de l'individu exprime l'avis que la règle à suivre ne doit pas être absolue, mais doit nécessairement tenir compte, selon chaque cas, de la prépondérance de l'un d'entre eux sur l'autre. Il ne s'agit donc pas d'admettre en bloc et dans n'importe quel cas toute preuve pertinente même illégalement recueillie, non plus que de rejeter automatiquement celle qui est entachée de la plus petite irrégularité.

Le principe du droit écossais, tout comme celui du droit anglais, demeure l'admissibilité de la preuve pertinente; cependant, le pouvoir discrétionnaire du juge n'est pas limité uniquement par le test de «l'injustice» à l'égard de l'accusé. Une récente étude sur la question[55] montre que les tribunaux écossais et irlandais tiennent compte, dans l'exercice de leur discrétion judiciaire d'exclure la preuve des critères suivants:

1. L'illégalité commise a-t-elle fait partie d'un plan délibéré en vue de se procurer la preuve?
2. L'illégalité commise est-elle sérieuse?
3. Existait-il des circonstances d'urgence qui obligeaient à agir rapidement pour éviter la destruction ou la perte de la preuve?
4. Les auteurs de l'acte illégal agissaient-ils à titre d'officiers de justice ou de simples individus?
5. Était-il facile et possible dans les circonstances de se conformer aux prescriptions et dispositions de la loi?
6. Le crime reproché à l'accusé et pour la démonstration de l'existence duquel on tente de produire la preuve illégalement obtenue, est-il un crime grave?
7. Le moyen employé pour obtenir la preuve est-il sur le plan pratique l'un des seuls permettant la détection efficace du crime?

Le droit écossais s'est éloigné du droit anglais en élargissant la mesure du contrôle judiciaire et en relativisant l'absolutisme de la position de la common law traditionnelle. Il occupe ainsi une position intermédiaire entre le droit anglais et le droit américain. Sur le plan de la politique législative, il nous paraît important de noter que le droit écossais a, jusqu'à un certain point, démystifié l'opposition traditionnelle entre le principe de l'exclusion et celui de l'admissibilité. Pour lui en effet, la décision concernant l'admissibilité ou l'exclusion n'est pas le fruit ou la conséquence aveugle d'une position globale et générale, mais le résultat concret de la primauté devant être accordée à certaines valeurs sur d'autres, dans chaque espèce particulière.

Droit français[56]

En droit français, l'évolution des solutions est plus difficile à expliquer, étant donné les différences importantes qui séparent ce système du système canadien sur le plan du droit positif mais surtout de la procédure. L'existence du juge

d'instruction chargé de recueillir la preuve et de constituer le dossier, la réglementation de l'enquête de police, les contrôles du pouvoir d'instruction, le système de l'intime conviction, sont autant de facteurs qui rendent la comparaison ardue.

D'une façon générale et en résumé, les solutions du droit français en la matière sont les suivantes: le juge ne peut pas tirer son intime conviction d'un acte irrégulier, celui-ci, aux termes de l'article 173 du Code de procédure pénale, étant frappé de nullité. De plus la jurisprudence française oblige le juge d'instruction, dans son investigation, à se conformer aux dispositions de la loi et à respecter le principe de la loyauté dans la recherche des preuves. Sont donc exclues les preuves recueillies par des procédés illégaux ou injustes à l'endroit du prévenu. Le droit français maintient à cet égard une distinction entre les nullités dites «textuelles» et les nullités «substantielles». Les premières sont celles qui sont décrétées par les divers textes de loi eux-mêmes, les secondes celles qui résultent de la méconnaissance ou de la violation des règles touchant l'ordre public et les droits de la défense. La preuve illégalement obtenue à l'instruction est donc en principe inadmissible et l'irrégularité commise peut dans certains cas avoir pour effet de rendre nulle toute l'information.

Quant à celle qui est recueillie au cours de l'enquête de police, par exemple lors de l'enquête préliminaire, il semble que la tendance actuelle de la jurisprudence française soit d'y appliquer les mêmes règles. En France, comme dans les autres pays, il existe de surcroît des sanctions pénales et disciplinaires contre ceux qui utilisent des méthodes ou manœuvres illégales ou déloyales dans la recherche des preuves, et le contrôle administratif et judiciaire sur les forces policières apparaît efficace.

On pourrait multiplier ainsi les exemples de droit comparé. Parmi les autres pays qui n'appartiennent pas au groupe de common law, deux peuvent retenir l'attention parce que fréquemment cités en exemple par la littérature juridique anglo-américaine. Le droit allemand tout d'abord, qui n'exclut pas en principe la preuve illégalement obtenue sauf lorsqu'il y a eu, dans l'opinion du juge, une violation sérieuse d'un droit fondamental. Tout comme en droit écossais on tient compte en la matière de la nature de l'illégalité qui a été commise.[57] Le droit israélien, ensuite, qui estime apparemment inutile et injustifiée la règle d'exclusion. Il prévoit que le tribunal, lorsque mis en présence d'une illégalité commise dans la recherche des preuves, peut citer sur-le-champ le responsable de celle-ci, le condamner immédiatement ou le déférer à une autre cour pour y être jugé.[58] Cette solution semble appliquée aussi bien au cas des aveux et confessions extorqués d'une façon illégale, qu'aux saisies et perquisitions irrégulièrement faites.

ANALYSE DES PRINCIPAUX ARGUMENTS RELATIFS À L'ADMISSION DE LA RÈGLE D'EXCLUSION

Les divers motifs avancés au soutien d'une politique législative favorisant ou au contraire écartant la règle d'exclusion sont nombreux.[59] Il serait illusoire de prétendre, dans une étude aussi brève, les examiner tous en détail et rendre justice à ceux qui les ont discutés.

Wigmore, propose trois arguments fondamentaux en faveur des règles d'exclusion de la preuve illégalement recueillie:[60]

1. En l'absence d'autres recours, ces règles sont nécessaires afin de prévenir l'utilisation de méthodes illégales dans l'obtention de la preuve;
2. En éliminant toute apparence d'acquiescement aux pratiques policières illégales, elles contribuent à promouvoir le respect du système juridique dans son ensemble;
3. Elles évitent que les juges ne deviennent ce que certains d'entre eux estiment être, des complices indirects à une «illégalité».

A l'encontre de ces règles, note le même auteur, on peut invoquer,

1. Qu'elles rendent la justice inefficace en gênant la fonction principale du procès: la recherche de la vérité;
2. Qu'elles ne servent ni à protéger la victime ni à punir le coupable, mais plus à récompenser le coupable par un acquittement et à punir le public en relâchant des criminels.
3. Qu'elles introduisent de nouvelles complications dans le système déjà alourdi de la technique de la poursuite pénale.

La lecture de la doctrine moderne et des principales décisions de jurisprudence sur la question permet de regrouper ces arguments autour de deux grandes têtes de chapitre l'une d'ordre factuel et pratique, l'autre d'ordre normatif et théorique.

Arguments factuels

On avance tout d'abord comme argument factuel l'effet de dissuasion, et de prévention à long terme, que peut avoir l'exclusion de la preuve illégalement obtenue sur les actes ou pratiques abusifs des forces policières. L'impossibilité dans laquelle se trouve la poursuite d'utiliser cette preuve aurait un effet déterminant sur la conduite des policiers. Ceux-ci conscients de la futilité qu'il y aurait pour eux à ne pas respecter la norme juridique, seraient dès lors moins enclins à la

transgresser. A long terme donc, la règle par son effet dissuasif contribuerait à un assainissement de la conduite des personnes chargées de la répression du crime.

Cette argumentation a été particulièrement bien mise en lumière dans l'affaire *Mapp v. Ohio*[61], qui a rendu la règle d'exclusion applicable d'une façon générale aux instances mues devant les tribunaux des États américains.

L'impact de l'effet dissuasif de la règle d'exclusion a été longuement et âprement discuté aux États-Unis et il semble difficile de trancher nettement la question. Les opinions sur la validité de cet argument sont très partagées et, à l'heure actuelle, nombre de juristes ne lui accordent dans la discussion qu'un poids relatif. Ainsi un auteur américain, dans un long article sur la règle de l'exclusion de la preuve en matière de saisies et de perquisitions illégales, en vient à la conclusion que l'argument d'exemplarité ou de dissuasion ne peut, à *lui seul du moins,* suffire à justifier le maintien de la règle.[62] D'autre part, les quelques tentatives d'analyse statistique et d'évaluation scientifique factuelle de l'impact de la règle d'exclusion sur la conduite policière aux États-Unis ne démontrent pas d'une façon concluante qu'à la généralisation de la règle par l'arrêt *Mapp,* ait correspondu une diminution sensible des activités policières illégales connues.[63]

On a opposé que l'effet dissuasif ne pouvait véritablement avoir d'impact sur le comportement des forces policières qu'en autant que celles-ci cherchaient avant tout à recueillir des éléments de preuve dans le but d'amener un individu devant les tribunaux et donc, que leur conduite était axée sur la poursuite du criminel en justice. Or, fait-on valoir, le rôle de la police n'est pas seulement la poursuite judiciaire des criminels mais aussi la prévention du crime. L'effet de dissuasion de la règle reste donc restreint et limité et celle-ci n'a pas pour effet d'empêcher la police de procéder à des perquisitions, à des saisies ou à des fouilles illégales lorsque le but poursuivi est de harasser l'individu qui en est victime, de détruire ou de prendre possession de certains objets, de drogues, ou plus simplement d'empêcher par des manœuvres préventives ou intimidatrices la commission de certains crimes. On peut pousser même l'argument jusqu'à prétendre que la reconnaissance de la règle d'exclusion aurait pour effet de porter plus les policiers à utiliser ces tactiques de harassement ou autres manœuvres, qu'à rechercher des éléments de preuve permettant de traduire les criminels devant les tribunaux.[64]

Le caractère spéculatif de l'effet dissuasif a amené les juristes à s'interroger sur la portée véritable des autres mesures aptes à contrôler ou à prévenir les activités policières illégales, notamment les sanctions d'ordre disciplinaire et l'action en responsabilité civile. Dans ces domaines également la controverse est toujours d'actualité. L'étude de la jurisprudence américaine incite beaucoup d'auteurs à conclure que les frais d'une action en dommages et intérêts, l'incertitude de ses chances de succès, les montants relativement peu élevés accordés par les tribunaux en la matière, la solvabilité relative du policier en général, les difficultés particulières dans certains cas à tenir l'employeur responsable de l'acte de l'employé subalterne etc. . . . sont autant de raisons qui sèment un doute sérieux quant à l'efficacité du recours. On observe également qu'en pratique, l'individu coupable entame rarement des poursuites, que ses chances de succès restent minces surtout

devant un jury et que l'innocent agit de même parce qu'il ne trouve pas souvent une telle poursuite profitable.

Devant ces carences, certains ont proposé des modifications au régime commun de la responsabilité civile, de façon à en améliorer l'efficacité, en rendant par exemple l'État responsable des conséquences de l'acte illégal du policier, en fixant une compensation minimale, en ne limitant pas le recours à l'individu qui a commis l'illégalité mais en prévoyant aussi une action contre ses supérieurs etc. . . .[64a]. La plupart de ces améliorations visent un double but soit garantir une indemnisation adéquate, rapide et peu coûteuse à la victime d'une part, et d'autre part sanctionner celui qui s'est rendu coupable de l'activité illégale tout en atteignant également ses supérieurs hiérarchiques ou ceux dont il dépendait, de façon à donner une plus grande force au recours, et à les inciter à un meilleur contrôle du comportement de leurs subalternes.[65]

La situation au Canada serait, si l'on en croit certains, différente de celle qui a cours aux États-Unis. Comme l'écrivait le juge Martin:

> . . ., the remedy in tort has proved reasonably effective, Canadian juries are quick to resent illegal activity on the part of the police and to express that resentment by a proportionate judgment for damages.[66]

Une excellente analyse en matière d'arrestation par le Professeur Paul Weiler[67] semble venir confirmer cette idée qu'au Canada, l'action en responsabilité civile a une efficacité plus grande qu'aux États-Unis sur la prévention et la dissuasion des activités policières illégales. Enfin, une étude menée sous les auspices du "*National Institute of Law Enforcement and Criminal Justice of the Law Enforcement Assistance Administration of the United States Department of Justice*", publiée récemment, a tenté de tracer un parallèle à cet égard entre la situation au Canada et aux États-Unis, en prenant notamment pour base une comparaison statistique de l'expérience des villes de Toronto et de Chicago. L'auteur conclut en ces termes:

> Les études empiriques démontrent non seulement le caractère inéquitable de la règle d'exclusion, mais aussi le fait que l'argument de son effet dissuasif ne semble pas être justifié. L'expérience du Canada en matière d'action en responsabilité civile suggère qu'une autre réponse viable existe . . .[66]

Certaines critiques pourraient être adressées à cette étude sur le plan de sa rigueur scientifique et des sources de renseignements à partir desquelles cette conclusion a été tirée. On doit cependant admettre comme exact le fait que les tribunaux canadiens n'hésitent pas à condamner à des sommes parfois substantielles les policiers coupables d'activités illégales dans l'exercice de leur profession, lorsque celles-ci sont constitutives de faute civile.[69]

Pour tenter d'apporter une conclusion sur la question, nous ne croyons pas personnellement, à la lumière d'une part de l'expérience américaine et d'autre part de la tradition jurisprudentielle canadienne, que la recherche d'un effet dissuasif puisse à elle seule constituer un motif sérieux pour le législateur canadien d'adopter la règle d'exclusion.

Cet effet apparaît trop lointain, trop aléatoire et trop superficiel pour servir de base réaliste et valable à une politique législative future pour les raisons suivantes:

1. Il n'a qu'une portée limitée, puisqu'il ne touche qu'une partie de l'activité policière, soit celle visant à la cueillette de la preuve en vue d'un procès. Il n'a aucun effet sur les actes visant à la prévention du crime. Comme l'a fait remarquer le juge en chef dans l'affaire *Terry v. Ohio*:

> Regardless of how effective the rule may be where obtaining convictions is an important objective of the police, it is powerless to deter invasions of constitutionally guaranteed rights where the police either have no interest in prosecuting or are willing to forego successful prosecution in the interest of serving other goals.[70]

2. Les personnes sur lesquelles l'impact de l'effet dissuasif se fait principalement sentir ne sont pas les policiers eux-mêmes mais bien plus celles à qui revient la tâche de mener la poursuite judiciaire. C'est donc le bureau des procureurs de la Couronne ou le bureau des poursuites criminelles qui est directement touché. Or, il nous apparaît un peu artificiel, malgré les relations évidentes entre celui-ci et la force policière, de les mettre tous deux «dans le même panier» et de refuser de reconnaître que, bien souvent, la Couronne n'exerce pas en fait ou en droit un contrôle préventif sur l'activitié de la police.

Au mieux l'effet dissuasif à l'endroit du policier ne s'exerce que par ricochet; ce n'est pas lui mais la Couronne qui subit les conséquences directes de l'exclusion de la preuve. Pour pouvoir espérer assainir efficacement l'activité policière par certains moyens de dissuasion, encore faut-il que ceux-ci atteignent le policier qui s'est rendu coupable d'une transgression de la loi, directement dans sa personne, ou dans son intérêt économique. L'action disciplinaire et l'action en responsabilité civile ont, à cet égard, une portée plus sûre.

3. Ce n'est pas parce que l'on peut critiquer l'efficacité actuelle de ces modes de sanction, que l'on doit pour autant maximiser l'efficacité préventive de la règle d'exclusion. La véritable réponse doit être recherchée dans une réforme ou un réaménagement des sanctions disciplinaires et civiles. L'adoption de la règle d'exclusion ne pourrait, en mettant les choses au mieux, que venir y ajouter un faible complément. Il nous apparaît alors que le prix payé par la société est trop élevé par rapport au bénéfice problématique et indirect qu'elle peut espérer en retirer sur le plan du contrôle des activités policières.

4. Les quelques études empiriques sur l'expérience américaine ne démontrent aucunement que, dans la réalité, l'effet préventif et dissuasif de la règle d'exclusion ait eu une véritable résonnance sur la conduite policière.

Arguments normatifs

Le second groupe d'arguments fondamentaux en faveur de la règle d'exclusion de la preuve n'est pas d'ordre factuel mais d'ordre normatif. Ils se fondent tous essentiellement, quelles que soient les différentes formules dans lesquelles ils sont exprimés, sur une perspective d'ensemble de la philosophie fondamentale du système pénal.[71] L'État, reconnaissant un certain nombre de libertés fondamentales protégées par les textes de loi, (par exemple le droit de ne pas s'incriminer) ne doit pas en tolérer la violation et doit donc donner un effet juridique à leur transgression.[72] Le respect du principe de la règle de droit doit obliger les cours de justice à rejeter impitoyablement toute preuve obtenue en violation de ce principe.

Dans une société donnée, l'État doit tout mettre en œuvre pour encourager et promouvoir le respect des lois et des principes fondamentaux de l'organisation sociale qu'ils reflètent. Il doit également être le premier à donner l'exemple de ce respect. Permettre aux tribunaux de se fonder sur une preuve obtenue grâce à la transgression de la règle de droit risque d'affaiblir les fondations mêmes de la justice et, en projetant une mauvaise image de celle-ci, d'éroder la confiance que le public doit avoir dans l'administration de la justice.

D'autre part, le principe de l'application régulière de la loi (*due process*) exige que les méthodes conçues pour la découverte de la vérité soient elles-mêmes conformes aux principes et aux valeurs fondamentales que l'État et la société cherchent à protéger. Une société démocratique reconnaît sur le plan de la justice pénale, des valeurs supérieures à celles du strict contrôle du crime et de la punition des criminels. L'efficacité de la répression doit passer au second plan lorsqu'il s'agit de préserver ces valeurs. Dans cette perspective, obliger les tribunaux à en sanctionner le respect par l'exclusion d'une preuve illégalement recueillie, contribue à démontrer au groupe social tout entier l'importance prioritaire que l'on y attache et à exemplifier la force morale et éducatrice du droit.

L'exclusion des débats judiciaires de la preuve illégalement obtenue sert à mettre en lumière que le rôle des tribunaux ne se limite pas à la seule répression du crime, en soulignant aussi leur mission de contrôle de l'application régulière de la règle de droit et de gardien des libertés et garanties fondamentales du citoyen. De plus, permettre aux cours de justice de rejetter une preuve illégale, est favoriser une dénonciation publique non seulement de l'acte illégal individuel du policier, mais aussi de pratiques policières, ou de normes de conduite répréhensibles et ainsi, par la publicité du débat, sensibiliser le public à cet égard. A long terme, la société entière doit donc bénéficier des effets de l'exclusion, même si dans l'immédiat, il lui faut consentir des sacrifices sur le plan de l'efficacité de la répression et admettre que des coupables soient relâchés parce qu'une certaine loyauté dans la recherche des preuves n'a pas été respectée.

Il ne fait pas de doute que ces divers arguments sont de loin les plus forts et les plus convaincants qui puissent être invoqués au soutien de la règle. Ils indiquent peut-être même le seul véritable plan de discussion et de détermination d'une option de politique législative. A travers eux en effet, c'est tout le problème de la philosophie même du système pénal qui est mis en cause. Une prise de position pour ou contre la règle d'exclusion de la preuve sur ce plan suppose au moins indirectement l'adhésion à certaines valeurs de base du système et une option pour l'une ou l'autre de deux conceptions fondamentales.

Pour ceux qui estiment que le but premier du système est le contrôle et la répression du crime et donc la punition des criminels, la règle d'exclusion vient manifestement contredire l'objectif à atteindre. Elle permet en effet au coupable d'échapper à la sanction à laquelle il aurait normalement dû être soumis. De surcroît, celui-là même qui a commis l'illégalité (c'est-à-dire le policier) ne supporte pas directement les conséquences de sa faute, si bien qu'en fin de compte, c'est la société et le public qui font les frais de cette double transgression de l'ordre juridique. Certains prétendront même que de larges segments de la population,

98277—4

peut-être moins conscients des racines fondamentales du problème, perdraient confiance dans l'administration de la justice s'ils voyaient un criminel tirer profit de la règle et être relâché pour des raisons qui, à leurs yeux, passent parfois pour de simples technicalités. Les policiers eux-mêmes ne risquent-ils pas de se sentir frustrés lorsqu'une preuve pertinente, propre à assurer la culpabilité d'un criminel est éliminée pour simple transgression d'une règle technique de procédure?

Si d'un autre côté, on admet que le respect des garanties constitutionnelles et des libertés fondamentales du citoyen, et la conformité au principe de l'application régulière de la loi (*due process*), représentent les premières valeurs à défendre dans la société et que l'ensemble des règles du droit pénal ne doit en aucun cas y sacrifier, la perspective est totalement différente.[73] L'intérêt social global à plus long terme doit l'emporter, et le prix à payer ne peut être considéré comme trop lourd. De plus, comme la femme de César, l'État doit être au-dessus de tout soupçon et ses tribunaux ne pas prêter leur concours même indirect à l'irrespect de valeurs fondamentales prioritaires. Ils doivent, comme l'expriment les juristes de common law, «garder les mains propres». La contradiction serait flagrante si l'État, garantissant certains droits fondamentaux et sanctionnant le principe du respect de la légalité d'un côté, acceptait d'un autre côté que les fruits de la violation de ceux-ci soient utilisés devant les tribunaux.

Cet aspect est plus particulièrement ressenti par le public lorsque la technique utilisée par la police est odieuse et choquante, par exemple, lorsque la preuve a été obtenue à la suite de brutalités physiques particulièrement sérieuses. Dans de tels cas extrêmes en effet, l'opinion publique en général risque de perdre confiance dans la justice et dans sa perception des garanties constitutionnelles fondamentales, si cette même justice tolère que l'on fasse usage de la preuve ainsi obtenue.

Tels sont, en résumé, les deux axes principaux autour desquels s'articule la controverse touchant à l'admissibilité de la preuve illégalement obtenue. Si l'on traduit sur le plan de la politique législative leur prolongement logique, plusieurs positions sont possibles.

1. La première est évidemment le rejet complet de la règle d'exclusion de la preuve et le maintien du statu quo actuel. Le seul critère d'admissibilité demeure la pertinence de la preuve fournie, peu importe la façon dont celle-ci a été obtenue. Cette prise de position n'exclut pas cependant le développement de mesures aptes à décourager les pratiques illégales des corps policiers, telles l'action en responsabilité civile, les sanctions disciplinaires, les sanctions d'ordre pénal et autres.

2. La seconde est au contraire la reconnaissance législative de la règle d'exclusion de la preuve, soit en limitant son effet à la preuve directement obtenue, soit en l'étendant également aux preuves secondaires découlant de la preuve illégalement obtenue. Dans cette perspective, rien n'empêche également de renforcer le contrôle de la légalité en y ajoutant les autres sanctions précédemment mentionnées.

3. Enfin, entre ces deux prises de position extrêmes, se situent certaines solutions intermédiaires du genre de celles préconisées par exemple par le droit écossais, le droit allemand ou le droit israélien. C'est, à notre avis, dans cette troisième perspective que le droit canadien devrait s'efforcer de trouver une solution.

CRITIQUES ET RECOMMANDATIONS

Comme le révèle aisément la lecture des principaux écrits sur le sujet, les prises de positions pour ou contre la règle d'exclusion de la preuve s'illustrent souvent d'exemples extrêmes. Au soutien de la règle d'exclusion on invoque le cas où la conduite de la police a été telle qu'elle est propre à heurter ou profondément choquer le sens de la justice la plus élémentaire. On cite des cas, heureusement rares, tel celui où la police fait procéder à un lavage d'estomac d'un suspect pour récupérer une capsule de drogue que celui-ci a avalée lorsqu'il s'est rendu compte qu'il allait être soumis à une fouille, ou celui où une confession est extorquée d'un suspect par des violences physiques ou morales inacceptables d'une société civilisée. A l'opposé, pour justifier la prise de position contraire, on invoque volontiers l'exemple de perquisitions rendues illégales par suite de l'irrégularité formelle d'un mandat de perquisition, mais grâce auxquelles la police a pu saisir une importante quantité de drogue et obtenir ainsi des preuves contre un trafiquant. Certes de tels cas existent et continueront d'exister mais il apparaît peu réaliste de vouloir baser une politique législative d'ensemble sur des hypothèses aussi extrêmes.

L'argument traditionnel de l'effet préventif de la règle ne nous paraît déterminant ni dans un sens, ni dans l'autre d'ailleurs. L'expérience américaine ne permet pas de conclure que la généralisation de la règle d'exclusion dans ce pays ait eu jusqu'ici un effet sensible sur la réforme des mœurs policières.[74] De plus, on doit, toute autre chose étant égale, tenir compte du fait que l'organisation policière canadienne avec ses traditions propres, ses règles, ses pratiques, ses coutumes et le milieu social dans lequel elle œuvre, est différente de celle de nos voisins du Sud et qu'elle n'a pas, semble-t-il, dans l'ensemble, prêté flanc aux mêmes critiques.

Si l'on examine la question sous l'angle du respect du principe de l'application régulière de la loi (*due process*) et de la règle de droit, la justification de la règle d'exclusion a beaucoup plus de poids puisqu'elle apparaît comme une conséquence logique et presque inévitable de la reconnaissance de ses principes. Toutefois, cet argument contient en lui-même les bases d'une distinction qu'il importe de faire ressortir puisqu'elle est, selon nous, propre à justifier l'adoption par le législateur d'une solution de compromis entre les deux attitudes extrêmes. L'illégalité commise dans la recherche des preuves ne revêt pas souvent le caractère d'une atteinte fondamentale à ces principes. Comme on l'a remarqué dans l'affaire *Breithaupt v Abram*:[74a]

> Due process is not measured by the yardstick of personal reaction . . . but by that whole community sense of decency and fairness that has been woven by common experience into the fabric of acceptable conduct.

S'il en est ainsi, par exemple, dans le cas de brutalité policière, de confession arrachée par la violence, le cas du simple défaut de procédure ou de forme d'un mandat apparaît différent. Peut-on prétendre dans ces dernières hypothèses que l'illégalité constitue une violation véritable du principe de l'application régulière de la loi? Même en l'admettant, pour seules fins de discussion, la question n'est pas résolue pour autant. Encore faut-il se demander si, sur le plan d'ensemble de la politique législative, cette violation à elle seule justifie la règle d'exclusion. S'il est légitime que la société considère comme sérieuse toute violation des garanties constitutionnelles et des droits fondamentaux, et y attache donc des sanctions sévères, encore convient-il de se demander si celles-ci doivent s'exercer en tout état de cause, sans discrimination et surtout sans égard à l'impact qu'elles peuvent avoir sur les autres impératifs sociaux? Les droits fondamentaux du citoyen doivent être respectés mais ils n'ont théoriquement rien d'absolu. Ils demeurent fonction de ces autres impératifs même si ce qu'ils incarnent dans la société démocratique, doit être placé haut dans l'échelle des valeurs. Le législateur lui-même est parfois amené à limiter l'exercice de ces droits. Ainsi, la règle générale à l'effet que nul n'est tenu de s'incriminer, n'a pas empêché le législateur canadien d'exiger par exemple que le conducteur d'une automobile se soumette à l'alcotest.

De plus ce même respect des droits de l'individu doit être vu dans le contexte général du droit pénal qui n'hésite pas à justifier ou même à promouvoir la violation de ceux-ci au nom d'autres valeurs. Un exemple permettra d'illustrer ce fait. Tout individu a droit au respect de son intégrité physique et quiconque y porte atteinte commet un acte criminel. Toute personne a droit au respect de son droit de propriété sur ses biens et la contravention à ce droit est un délit. Pourtant, la loi pénale elle-même permet à la police d'utiliser la force si nécessaire pour procéder à une arrestation «légale», autorise la force publique à la destruction de certains objets appartenant à autrui ou à l'intrusion «légale» sur sa propriété dans le cas de saisie, perquisition ou fouille. Sans vouloir manier le paradoxe, il existe donc des voies de fait, des destructions de biens, des vols «légitimes» et «légaux».

L'argument du respect de la légalité n'a de force véritable, à notre avis, que si l'illégalité commise porte gravement atteinte aux valeurs fondamentales reconnues comme telles par la société et choque ainsi la conscience populaire. Il n'apparaît ni juste ni réaliste de sanctionner sans aucune discrimination, par l'exclusion de la preuve, toute entorse quelle qu'elle soit au principe de la règle de droit car c'est ignorer l'autre facette du problème. La société a aussi le droit et le devoir de veiller au respect et à la sécurité de la vie sociale. Peut-elle sans porter atteinte au droit des citoyens de vivre librement et d'une façon sécuritaire, accepter la remise en liberté d'un individu socialement dangereux uniquement parce que la preuve d'un des éléments de l'infraction ne peut être rapportée et ce, lorsque l'illégalité commise par la force policière est le fruit d'un empiétement trivial sur les droits de celui-ci?

L'admission sans restriction et sans nuance de la règle d'exclusion de la preuve illégalement receuillie nous paraît peu réaliste parce qu'elle frappe sans distinction toute preuve dont l'obtention a été entachée de la moindre illégalité. Lorsque l'illégalité ne viole pas sérieusement une règle reflétant une valeur fondamentale, ou n'est pas le résultat d'un délit caractérisé ou d'un acte de mauvaise foi

mais est la conséquence d'une erreur, honnête, de bonne foi, ou du non-respect d'une règle de forme, l'exclusion de cette preuve est un prix trop élevé à payer. Par contre on doit accepter cette exclusion lorsque les circonstances démontrent soit une violation grave des droits fondamentaux de l'individu, soit un mépris volontaire et conscient de la part des forces policières de la règle de droit, soit enfin une entrave sérieuse au libre exercice des libertés constitutionnelles.

Rendre la règle absolue c'est ignorer l'équilibre qui doit exister entre le droit du citoyen d'être protégé contre la transgression de ses droits fondamentaux et l'intérêt de l'État de veiller pour la sécurité publique à la détection et la sanction du crime. C'est manquer d'une certaine perspective dans la considération du problème que d'accorder plus d'importance à la plus minime transgression des règles du jeu par la force répressive qu'à la violation la plus grossière de l'ordre public par le criminel.

La sanction de l'illégalité doit donc toujours être conçue en tenant compte de la nature de la transgression et de ce qu'elle représente sur le plan des valeurs sociales. Agir autrement est revenir au pavé de l'ours! La reconnaissance sans nuance d'une règle générale d'exclusion de toute preuve illégalement recueillie, serait en outre encourager deux sortes de réactions dont le danger risque fort de contrebalancer les avantages sur le plan théorique et pratique de l'adoption de la règle.

Au niveau du public, tout d'abord, ce serait entraîner une perte de confiance dans l'administration de la justice. Autant ce dernier est prêt à accepter qu'un coupable se tire d'affaire lorsque la violation de la règle de droit par la police a été sérieuse, autant il risque de perdre foi dans l'administration judiciaire si l'acquittement résulte du non-respect d'une simple technicalité. En second lieu, au niveau des forces policières, il existe le danger que, se sentant incapables dans bien des cas, de remplir l'une de leurs fonctions qui est d'aider à obtenir la condamnation d'un individu coupable, elles perdent confiance dans leur rôle, et recourent dès lors à d'autres tactiques comme le harassement de personnes suspectes, l'imposition de sanctions ou de punitions illégales.

A notre avis la confiance dont l'exercice de la fonction judiciaire doit s'entourer dans le public dépend beaucoup plus de l'exercice éclairé d'un pouvoir discrétionnaire en la matière que de l'application pure et simple d'une règle absolue, positive ou négative, quant à l'exclusion de la preuve. Les inconvénients pratiques, maintes fois soulignés aux U.S.A., de l'adoption de la règle ne doivent être supportés que dans les cas où les atteintes aux valeurs que la société place au-dessus du contrôle du crime, sont sérieuses, graves et caractérisées. C'est en fonction d'un certain nombre de facteurs particuliers que le choix entre l'exclusion et l'admission de la preuve doit être fait, et toujours par rapport, à la gravité du droit violé par la manœuvre illégale. Pour réaliser cet objectif, il est donc indispensable de relativiser la règle, et d'accorder un pouvoir discrétionnaire aux tribunaux.

Lorsqu'une telle suggestion a été faite dans le passé, par exemple dans le rapport de la Commission Ouimet[75], elle s'est heurtée à un certain nombre d'objections. La principale d'entre elles[76] est que l'octroi d'un pouvoir discrétionnaire au

juge risque d'aboutir à un certain arbitraire, à un chaos jurisprudentiel, à des décisions contradictoires, et donc à une incertitude. Cet argument ne nous paraît pas sérieux. L'expérience passée montre que souvent le législateur a fait confiance au pouvoir discrétionnaire du juge sans pour autant nuire à une certaine uniformité d'application des règles. Bien plus, il y a un avantage indéniable à sanctionner ce pouvoir, puisque c'est permettre aux tribunaux de rester continuellement en contact avec les attitudes sociales de leur temps, leur réserver le rôle de gardien des libertés publiques et permettre donc une évolution possible des règles et leur meilleure adaptation à une réalité sociale changeante. Certes les lenteurs de l'évolution jurisprudentielle et la crainte révérencielle du précédent peuvent à cet égard présenter certains désavantages. Il apparaît cependant possible d'y pallier par une meilleure structuration de l'exercice du pouvoir discrétionnaire.

Un autre argument invoqué à l'encontre de cette solution, consiste à prétendre que le désir de la société de châtier les criminels et de contrôler le crime, ne se traduise dans les faits par une abolition pure et simple des cas d'exclusion.[77] Cet argument nous paraît également quelque peu simpliste, car il préjuge du fait que la société fait passer la répression du crime avant toute autre valeur. D'autre part, à travers leur histoire, les tribunaux canadiens n'ont jamais hésité à dénoncer les abus et à maintenir un haut standard de justice, même si les solutions auxquelles ils parvenaient parfois n'étaient pas particulièrement «populaires».

Enfin, une autre objection est que la discrétion judiciaire nuirait au système général de l'administration de la justice. Dans la préparation du procès, la Couronne doit pouvoir prévoir d'une façon raisonnable la partie de la preuve qui sera admise et celle qui ne le sera pas.[78] Il ne nous paraît pas que cet argument mérite considération spéciale.

Toutefois, pour pallier aux difficultés inhérentes à l'exercice de tout pouvoir judiciaire discrétionnaire et éviter, dans une certaine mesure, le danger d'une trop large disparité des solutions jurisprudentielles, et pour tracer également une ligne de conduite générale, il paraîtrait utile que le législateur indique certains critères pouvant servir de base à l'exercice de cette discrétion judiciaire.

Plusieurs critères ont été proposés par ceux qui, au Canada[79], aux États-Unis,[80] ou dans d'autres pays[81], favorisent cette solution.

Le premier est la nature et gravité de l'illégalité commise. Plus celle-ci est sérieuse et plus en principe le tribunal doit se montrer sévère quant à l'admission de la preuve. Tracer à cet égard une distinction entre l'illégalité résultant de la non-observation d'une règle de fond et celle provenant de la violation d'une règle de forme ou de procédure ne nous paraît pas opportun. Il est probable en effet que la plupart du temps la transgression de cette dernière soit moins grave que celle d'une règle de fond, mais il ne saurait en être ainsi dans tous les cas. De plus, il peut également exister des violations négligeables d'une règle de fond. Pour apprécier ce premier facteur le tribunal aurait donc à se demander si, objectivement parlant, l'illégalité est sérieuse et grave parce que portant atteinte à un droit fondamental, à l'application régulière de la loi (*due process*) ou parce que constituant la violation d'un droit constitutionnellement reconnu.

Le second critère est celui du comportement qui a amené la collecte de la preuve illégalement obtenue. Les partisans du pouvoir judiciaire discrétionnaire proposent en général une distinction entre la conduite illégale mais de bonne foi et celle au contraire qui est le fruit d'un comportement de mauvaise foi. Ce critère est surtout valable lorsque considéré par rapport à l'application de l'aspect dissuasif de la règle. Il faut reconnaître cependant que sur le strict plan de la preuve, la bonne ou mauvaise foi est chose difficile à démontrer puisqu'avant tout reliée à l'intention de l'individu. Il est plus facile de considérer par contre le caractère volontaire et délibéré de l'acte posé, et de séparer ainsi la conduite illégale excessive, consciente et volontaire, du simple manquement «innocent» et honnête à une règle de droit. La mesure du degré de déviance par rapport à ce qu'aurait été une conduite légale dans les circonstances de l'espèce peut permettre aussi d'apprécier la qualité du comportement illégal. A cet égard on doit, comme le signale le Rapport Ouimet,[82] tenir compte de la situation existant au moment où l'acte a été posé. Ainsi, s'il y avait une situation d'urgence, obligeant à agir pour éviter la destruction d'éléments de preuve, le juge devra se montrer moins sévère dans l'appréciation de la conduite illégale.

Enfin un troisième facteur qui doit être envisagé par le tribunal est celui de la nature de l'accusation portée. En effet, à degré égal d'illégalité, plus le crime dont l'individu est accusé est sérieux, plus le tribunal devrait normalement se montrer hésitant à exclure la preuve illégalement obtenue. Le juge doit être conscient des conséquences que pourrait avoir sur la société entière, la remise en liberté d'une personne contre laquelle une accusation à caractère particulièrement sérieux a été portée.

La combinaison de ces différents critères devrait constituer les assises de l'exercice du pouvoir discrétionnaire du juge. La réforme législative devrait s'accompagner, en outre d'une disposition d'ordre général énonçant la règle formulée par la Cour d'appel d'Ontario dans l'affaire *Wray*, règle dont la portée pratique a été considérablement réduite par la décision de la Cour suprême dans la même affaire. Il serait opportun, à notre avis, de codifier ce qu'avant l'arrêt *Wray* on estimait être une règle de common law bien établie à savoir que le juge garde toujours la possibilité d'exclure une preuve quelle qu'elle soit et indépendamment des autres critères d'exclusion lorsque son admission, selon les règles du droit, constituerait une sérieuse injustice à l'égard de l'accusé, ou jetterait le discrédit sur l'administration de la justice, en plus d'avoir une valeur probante discutable. Il nous semble, vu la technicité du droit de la preuve en général, qu'une telle mesure ne peut que renforcer l'équité et la justice dont le droit pénal doit être imbu.

En d'autres termes, à notre avis la politique de réforme législative devrait en résumé être la suivante:

1. La reconnaissance du principe que l'irrégularité dans l'obtention d'une preuve n'est pas, si celle-ci d'autre part répond aux autres exigences de la loi (pertinence, crédibilité), en elle-même un motif d'exclusion.

2. La reconnaissance d'une règle selon laquelle le juge, faisant exception à ce principe, peut refuser une preuve obtenue à la suite d'une violation sérieuse et caractérisée d'un droit fondamental, protégé par les règles consti-

98277—5

tutionnelles, lorsque cette violation, eu égard aux circonstances et à la gravité de l'accusation est le fruit d'un acte volontaire délibéré ou démontrant une grossière mauvaise foi et que son admission constituerait une injustice sérieuse à l'endroit de l'accusé, ou jetterait le discrédit sur l'administration de la justice. On pourrait même concevoir à cet égard que le juge ait en plus le pouvoir discrétionnaire de renvoyer l'accusation elle-même.

Ces recommandations principales pourraient s'accompagner également de mesures plus générales propres à raffermir les sanctions disciplinaires et les sanctions d'ordre civil de manière à garantir en tout état de cause une meilleure protection du citoyen contre les abus possibles des forces policières.

BIBLIOGRAPHIE SOMMAIRE

Droit étranger—Divers

Bouzat, P., La loyauté dans la recherche des preuves dans Mélanges Hugueney, 1964, p. 155.

Bratholm, A., The Exclusionary Rule under Foreign Law: Norway, (1961) 52 J. Crim. L.C. & P.S. 287.

Chambon, L., Les nullités substantielles ont-elles leur place dans l'instruction préparatoire? D-1954-1170.

Clemens, R., The Exclusionary Rule under Foreign Law: Germany, (1961) 52 J. Crim. L.C. & P.S. 277.

Cohn, H., The Exclusionary Rule under Foreign Law: Israel, (1961) 52 J. Crim L.C. & P.S. 282.

Gray, I., The Admissibility of Evidence Illegally or Unfairly Obtained in Scotland (1966) 11 Jur. Rev. 89.

Heydon, J.D., Illegally Obtained Evidence, (1973) Crim. Law R. 603-690.

Hrones, S., Interrogation Abuses by the Police in France—a Comparative Solution, (1969) 12 Crim. L.Q. 68.

Kasunmu, A., Admissibility of Illegally Obtained Evidence in Nigeria (1969) 3 Nigeria Law Journal 83.

Levasseur, P., Les nullités de l'instruction préparatoire dans Mélanges Patin (1962) p. 469.

Murray, L., Admissibility of Evidence Illegally Obtained, (1958) Scot. Law Rev. 73.

Robert, J.M., Nullités de procédure pénale et bonne administration de la justice D-1971 Chr. 85.

Vouin, R., The Exclusionary Rule Under Foreign Law: France, (1961) 52 J. Crim. L.C. & P.S. 275.

Williams, L., The Exclusionary Rule Under Foreign Law: England, (1961) 52 J. Crim. L.C. & P.S. 272.

Evidence Obtained by Illegal Means (1955) Crim L. Quart. 339.

Droit des U.S.A.

Allen, F.A., The Exclusionary Rule in the American Law of Search and Seizure, (1961) 52 J. Crim. L.C. & P.S. 246.

Baade, H., Illegally Obtained Evidence in Criminal and Civil Cases: A Comparative Study of a Classic Mismatch, (1973) 51 Texas L. Rev. 1325.

Barrett, E., Exclusion of Evidence Obtained by Illegal Searches—a Comment on *People vs. Cahan*, (1955) 43 Cal. Law Rev. 565.

Burger, W., Who Will Watch the Watchman? (1971) 14 Am. U. Law Rev. 1.

Blumrosen, A.W., Contempt of Court and Unlawful Police Action (1957) 11 Rutgers L. Rev. 526.

Gunter, M., Comment: Exclusionary Rule in Context, (1972) 50 North Car. Law Rev. 1049.

Hoenig, R.J., et Walker, L., The Tort Alternative to the Exclusionary Rule in Search and Seizure, (1972) 63 J. Crim. L. 256.

Katz, L., Supreme Court and the State: an Inquiry into *Mapp v. Ohio* in North Carolina, (1966) 45 North Car. Law Rev. 119.

La Fave, R., Controlling the Police: the Judge's Role in Making and Reviewing Law Enforcement Decisions. (1965) 63 Mich. Law Rev. 987.

Improving the Police Performance Through the Exclusionary Rule (1965) 30 Mo. Law Rev. 391, 566.

Little, C.D., The Exclusionary Rule of Evidence as Means of Enforcing 4th Amendment Morality on Police, (1970) 3 Ind. Legal Forum 309.

McGarr, F.J., The Exclusionary Rule: an Ill-Conceived and Ineffective Remedy, (1961) 52 J. Crim. L. C. & P.S. 266.

McKay, R., *Mapp v. Ohio*: The Exclusionary Rule and the Right of Privacy (1973) 15 Ariz. Law Rev. 327.

Nagel, R., Testing the Effects of Excluding Illegally Seized Evidence, (1964), Wis. Law Rev. 283.

Oaks, J., Studying the Exclusionary Rule in Search and Seizure, (1969-70) U. of Chicago L. R. 665.

Paulsen, G., Law and Police Practice: Safeguards in the Law of Search and Seizure, (1957-58) 52 N.W. U. Law Rev. 65.

Paulsen, G., The Exclusionary Rule and Misconduct by the Police, (1961) 52 J. Crim. L.C. & P.S. 255.

Peterson, W., Law and Police Practice: Restrictions in the Law of Search and Seizure, (1957-58) 52 N.W. U. Law Rev. 46.

Pitler, R., Fruit of the Poisonous Tree—a Plea for Relevant Criteria, (1967) 115 U. of Penn. L.R. 1136.

Fruit of the Poisonous Tree Revisited and Shepardized, (1968) 56 Cal. Law Rev. 579.

Decline of the Exclusionary Rule: an Alternative to Injustice, (1972) 4 South W. U. Law Rev. 68.

Exclusionary Rule in Search and Seizure: Examination and Prognosis (1972) 20 Kan. Law Rev. 768.

Sowle, C., The Exclusionary Rule Regarding Illegally Seized Evidence, Chicago—1962.

Spiotto, J. E., Search and Seizure: an Empirical Study of the Exclusionary Rule and Its Alternatives, (1973) 2 J. of Legal Studies 243.

Judicial Integrity and Judicial Review: an Argument for Expanding the Scope of the Exclusionary Rule, (1973) 20 U.C.L.A. Law Rev. 1129.

The Search and Seizure: Two Approaches; the Canadian Tort Remedy and the U.S. Exclusionary Rule, (1973) 1 J. of P.S. and A. 36.

Wingo, H., Growing Disillusionment with the Exclusionary Rule, (1971) 25 Southwestern L. J. 573.

Petition for Re-Hearing *Mapp v. Ohio*, (1961) 52 J. Crim. L. C. & P.S. 439.

Search and Seizure in Illinois: Enforcement of the Constitutional Right of Privacy, (1952) 47 N.W. U. Law Rev. 493.

Wright, J., Must the Criminal Go Free if the Constable Blunder? (1972) 50 Tex. Law Rev. 736.

Droit canadien

A. W. M., Evidence and Illegality (1974) 16 Crim. L.Q. 121.

Beck, S., Electronic Surveillance and Administration of Criminal Justice, (1968) 46 C.B.R. 643.

Chitty, Evidence Wrongfully Obtained, (1969) 17 Chitty's L. J. 17.

Gibson, R. C., Illegally Obtained Evidence, (1973) 31 U. of T. Fac. Law Rev., 23.

Groom, R. G., The Admissibility of Evidence Illegally Obtained, (1964) 13 Chitty's L. J. 54.

Grossman, B., Annual Survey of Canadian Criminal Law, (1969) Ott. L. Rev. 532.

Jodouin, Commentaire sur *Regina v. Wray*, (1970) 1 Rev. Gé. de Droit 390.

McDonald, B., Comments on *Regina v. Wray*, (1971) 29 U. of T. Fac. Law Rev. 99.

Martin, G. A., The Exclusionary Rule under Foreign Law: Canada, (1961) 52 J. Crim. L.C. & P.S. 271.

Mewett, A. W., Law Enforcement and the Conflict of Values, (1970) 16 McGill L. J. 1.

Patenaude, P., De l'admissibilité devant les tribunaux civils des preuves illégalement obtenues (1973) 33 R du B 27.

Roberts, D. W., The Legacy of *Regina v. Wray* (1972) 50 C.B.R. 19.

Sheppard, A. F., Restricting the Discretion to Exclude Admissible Evidence—an Examination of *Regina v. Wray*, (1971-72) 14 Crim. L. Q. 334.

RENVOIS

1. Devant l'abondance de la littérature juridique sur cette question, il a été jugé préférable de renvoyer le lecteur à la bibliographie sélective donnée à la fin de la présente étude, afin de ne pas alourdir inutilement le texte.
2. *Ibrahim v. R.*, (1914) A.C. 599.
3. *Boudreau v. The King* (1949) R.C.S. 262, (1949) 7 C.R. 427, (1949) 96 C.C.C. 1, [1949] 3 D.L.R. 81.
4. *Procureur Général de la Province de Québec v. Bégin*, (1955) R.C.S. 593, 21 C.R. 217.
5. Voir: *R. v. Wray*, (1971) R.C.S. 272, (1970) 4 C.C.C. 1, (1970) 11 C.R.N.S. 235 (1970) 11 D.L.R. (3rd) 673. Sur les problèmes spécifiques soulevés par les confessions: Freeman, S., «Admissions and Confessions» dans «Studies in Canadian Criminal Evidence», Toronto, 1972 et Roberts, D., «The Legacy of *Regina v. Wray*,» (1972) 50 C.B.R. 19.
6. *R. v. Wray*, (1971) R.C.S. 272, (1970) 4 C.C.C. 1, (1970) 11 C.R.N.S. 235, (1970) 11 D.L.R. (3rd) 673.
7. *Kuruma v. The Queen*, (1955) 1 All E.R. 236, (1955) A.C. 197.
8. *Noor Mohamed v. The King*, (1949) A.C. 182.
9. *Callis v. Gunn*, (1964) 1 Q.B.R. 495.
10. *R. v. Doyle*, (1886) 12 O.R. 347.

10a. Par exemple: *R. v. Gibson*, (1919) I W.W.R. 614 (Cour suprême d'Alberta): *R. v. Kostachuck*, (1930) 2 W.W.R. 469 (Cour suprême de Saskatchewan); *R. v. Paris*, (1957) 118 C.C.C. 405 (Cour d'appel du Québec).

11. *R. v. St. Lawrence*, (1949) O.R. 215, (1950) 7 C.R. 464.
12. *Supra*, note 2.
13. *Supra*, note 7.

13a. *Procureur Général du Québec v. Bégin*, (1953) R.C.S. 593, p. 602.

14. *Supra*, note 3.
15. Notamment: Jodouin, A. (1970) 1 Rev. Gén. Dr. 390: McDonald, B., (1971) 29 U. of T. Fac. of Law, R. 99; Roberts, D., (1972) 50 C.B.R. 19; Sheppard, A., (1972) 14 Crim. L.Q. 334.
16. *R. v. Wray*, (1970) 9 C.R.N.S. 131, p. 133: «. . . a trial judge has a discretion to reject evidence even of substantial weight if he considers that its admission would be unjust or unfair to the accused, or calculated to bring into dispute the administration of justice» . . .
17. *Supra*, note 11.
18. *Supra*, note 7.
19. *R. v. Wray*, (1971) R.C.S. 272, p. 292, 293.
20. Idem, p. 300 et 301.
21. Idem, p. 275, 301, 304.
22. *DeClercq v. R.*, (1968) R.C.S. 902, (1969) 1 C.C.C. 197, (1969) 70 D.L.R. (2d) 530.
23. *R. v. Wray*, (1971) R.C.S. 272 p. 279 etc.
24. Idem, p. 280.
25. Idem, p. 304.

25a. Note 28 infra.

26. Voir à cet égard la critique qu'en fait le juge Martland dans l'affaire *Wray*, précitée p. 294 etc. Dans l'affaire *Kuruma* en effet, le couteau soit-disant trouvé sur l'accusé n'a jamais été produit en preuve, aucun des témoins soit-disant présents lors de la fouille n'a été entendu, et le

magistrat qui avait prononcé le jugement n'a pas tenu compte de l'avis des assesseurs avec lesquels il siégeait. Voir également la critique de Williams, G. «The Exclusionary Rule Under Foreign Law: England» (1961) 52 J. Crim. L.C. and P.S. 272 p. 273 etc.

27. *R. v. Barker*, (1941) 2 K.B. 281. Voir McDonald, B., op. cit note 15 p. 100.

28. Voir Sheppard, A., op. cit note 15 p. 349 ets., Roberts, D., op. cit note 15 p. 29 ets., Jodouin, A., op. cit note 15 p. 394.

29. *R. v. Lafrance*, (1972) C.R.N.S. 80.

30. *R. v. Pettipiece*, (1972) 7 C.C.C. 133. Lors du second appel (17 avril 1973, décision non rapportée), la Cour d'appel de la Colombie-Britannique s'est estimée liée par l'affaire *Wray*. Voir aussi *R. v. Delio*, (1972) 18 C.A.N.S. 261 (Ont. County C.).

31. «Loi modifiant le Code criminel, la Loi sur la responsabilité de la Couronne et la Loi sur les secrets officiels».

32. Voir Beck, S., «Electronic Surveillance and The Administration of Criminal Justice», (1968) 46 C.B.R. 643 p. 649 où l'auteur cite d'ailleurs à ce sujet un extrait de l'ouvrage de DASH, S., «The Eavesdropping», à cet effet.

33. La littérature juridique sur la question est extrêmement abondante. Outre les ouvrages classiques sur le sujet tels McCormick, E., "Evidence", 4th ed. p. 982-1082, Wigmore, "Evidence" vol. 8, no. 2183-2189, le lecteur pourra se référer pour une vue synthétique de la question aux ouvrages suivants: Sowle, C., «The Exclusionary Rule Regarding illegally Seized Evidence», Chicago—1962; Allen, A. "The Exclusionary Rule in the American Law of Search and Seizure", (1961) 52 J. Crim. L.C. and P.S. 246; Oaks, J., "Studying the Exclusionary Rule in Search and Seizure", (1969-70) 37 U of Chic. Law Rev. 665; Paulsen, M. "The Exclusionary Rule and Misconduct by the Police", (1961) 52 J. Crim. L.C. and P.S. 255; Pitler, R., "Fruit of the Poisonous Tree, a Plea for a Relevant Criteria" (1967) 155 U. of Pen. L.R. 1136; "Fruit of the Poisonous Tree Revisited and Sphepardized" (1968) 56 Cal. L. Rev. 579; Exclusionary Rule in Search and Seizure: Examination and Prognosis (1972), 20 Kan. L. Rev. 768; Voir aussi pour un résumé sommaire mais précis de l'état du droit positif américain sur le sujet: Heydon, J. "Illegaly Obtained Evidence", (1973) Crim. L. Rev. 603 p. 610 ets., Gibson, R., "Illegaly Obtained Evidence" (1973) U. of T. Law Rev. 23.

34. *Weeks v. U.S.*, 232 U.S. 383 (1914).

35. *Wolf v. Colorado*, 338 U.S. 25 (1949).

36. *Mapp v. Ohio*, 367 U.S. 643 (1961).

37. *Boyd v. U.S.*, 116 U.S. 616 (1886); *Adams v. New York*, 192 U.S. 585 (1904).

38. *Supra*, note 34.

39. *Supra*, note 35.

40. *Supra*, note 36.

41. Voir *Silverman, v. U.S.*, 365 U.S. 505 (1961); *Wong Sun. v. U.S.*, 371 U.S. 471 (1973).

42. Heydon, op. cit., *supra*, note 33, p. 611; Wigmore op. cit. *supra*, note 33; McCormick, op. cit. *supra*, note 33.

43. Voir entre autres: McGarr, F., "The Exclusionary Rule: "An Ill-Conceived and Ineffective Remedy", (1961) 52 J. Crim. L.C. and P.S. 266; La Fave, R., "Controlling the Police: The Judge's Role in Making and Reviewing Law Enforcement Decision", (1965) 63 Mich. L. Rev. 987; Oaks, J. "Studying the Exclusionary Rule in Search and Seizure", (1970) 37 U. of Chic. L. Rev. 665; Wingo, H., «Growing Disillusionment with the Exclusionary Rule», (1971) 25 S.W.L.J. 573; Wright, J., "Must the Criminal Go Free if the Constable Blunder?", (1972) 50 Tex. L. Rev. 736; Hoenig R. and Walker, L. "The Tort Alternative to the Exclusionary Rule in Search and Seizure", (1972) 63 J. Crim. L. 256. Il faut aussi signaler l'opposition du juge en chef Burger de la Cour suprême des États-Unis dans: *Bivens v. Six Unknown Named Agents*, 403, U.S. 388, (1971).

    Contra: Little, C.D. "The Exclusionary Rule of Evidence as Means of Enforcing 4th Amendment Morality on Police, (1970) 3 Ind. Leg. For 309; Pitler, R. "Decline of the Exclusionary Rule: An Alternative to Injustice", (1972) S.W.U.L. Rev. 68; Spiotto, J., "Judicial Integrity and Judicial Review: an Argument for Expanding the Scope of the Exclusionary Rule", (1973) U.C.L.A. Law Rev. 1129; voir aussi *infra* note 80.

44. *Infra*, 1. ets.

45. Sur la question en droit anglais voir entre autres Cross, R., "Evidence" 3rd ed. p. 262. Williams, G., "Evidence Obtained by Illegal Means", (1955) Crim. L. Rev. 339; "The Exclusionary Rule Under Foreign Law England", (1961) 52, J. Crim. L. C. and P.S. 272; Heydon, J., "Illegally Obtained Evidence", (1973) Crim. L. Rev. 603; Gibson, R., "Illegally Obtained Evidence", (1973) U. of T. L. Rev. 23 p. 26 ets.

46. *Kuruma v. R.*, (1955) All E.R. 236; (1955) A.C. 197; voir aussi R. v. Warickshall 168 E.R. 234.

47. *Kuruma v. R.*, (1955) All E.R. 236 p. 239.

48. Idem à la p. 236.

49. Idem.

50. Voir *Callis v. Gunn*, (1964) 1 Q.B. 495.

51. *Supra.*

52. *R. v. Leathan*, (1861), 8 Cox. C.C. 498 p. 501.

53. Sur le droit écossais et irlandais voir entre autres: Cross, R. "Evidence" 3rd ed., p. 262; Heydon, J., "Illegally Obtained Evidence", (1973) Crim. L.J., 603, 607 ets. Gray, J., "The Admissibility of Evidence Illegally or Unfairly Obtained in Scotland", (1966) 11 Jur. Rev. 89; Murray, L., "Admissibility of Evidence Illegally Obtained", (1958) Law Rev. 73.

54. *Lawrie v. Muir*, (1950) S.L.T. 19.

55. Heydon, J., "Illegally Obtained Evidence", (1973) Crim. L.J., 603, p. 608 ets et jurisprudence y citée.

56. Bouzat, P., «La loyauté dans la recherche des preuves dans «Mélanges Hugueney», 1964 p. 155; Levasseur, G., Les nullité de l'instruction préparatoire dans «Mélanges Patin», 1962 p. 469; Chambon, L., «Les nullités substantielles ont-elles leur place dans l'instruction préparatoire?». D—1959—1170; Robert, J.M. «Nullités de procédure pénale et bonne administration de la justice» D—1971 CHR.—85; Vouin, R. "The Exclusionary Rule under Foreign Law: France" (1961) 52 J. Crim. L.C. and P.S., 275; Bouzat, P. et Pinatel, P., «Traité de droit pénal et de criminologie», 2e éd., 1970, et. 2 p. 1241 ets., no. 1301 ets. Merle, R. et Vitu, A. «Traité de droit criminel» 1967, no. 1055 et p. 991 etc.

57. Clemens, W., "The Exclusionary Rule under Foreign Law; Germany, (1961) 52 Crim. L.C. and P.S. 277.

58. Cohn, H., "The Exclusionary Rule under Foreign Law: Israel", (1961), 52 J. Crim. L.C. and P.S. 282.

59. Parmi la très nombreuse documentation sur le sujet, il convient de signaler plus particulièrement les études suivantes: Gunther, M., «The Exclusionary Rule in Context» (1972) 50, N. C. L. Rev. 1049; Hoenig, R., and Walker, L., «The Tort Altenative to the Exclusionary Rule in Search and Seizure» (1972) 63 J. Crim. L. 256; McGarr, F., «The Exclusionary Rule; an Ill-Conceived and Ineffective Remedy» (1961) 52 J. Crim. L.C. and P.S. 266; Nagel, F., «Testing the Effects of Excluding Illegaly Seized Evidence» (1965) Wisc. Law Rev. 283; Oaks, J., «Studying the Exclusionary Rule in Search and Seizure», (1969-70) U. of Chic. L. Rev. 665; Paulsen, M., «Exclusionary Rule and Misconduct by the Police» (1961) 52 J. Crim. L.C. and P.S. 255; Patenaude, P., «De l'admissibilité devant les tribunaux civils des preuves illégalement obtenues» (1973) R. du B. 27; Pitler, R., «Fruit of the Poisonous Tree, a Plea for Relevant Criteria» (1967) 115 U. of Pen. Law Rev. 1136; Spiotto, J., «Judicial Integrity and Judicial Review: An Argument for Expanding the Scope of the Exclusionary Rule» (1973) 20 U.C.L.A. Law Rev. 119; «Search and Seizure, an Empirical Study of the Exclusionary Rule and its Alternative» (1973) 2 J. of Legal Studies 243; Wingo, H., «Growing Disillusionment with the Exclusionary Rule» (1971) 25 S.W.L.J. 573.

60. Wigmore, op. cit. no 2184a p. 51.

61. *Mapp v. Ohio*, 367 U.S. 693 (1961).

62. Oaks, J., «Studying the Exclusionary Rule in Search and Seizure» (1969) U. of Chic. Law Rev. 665.

63. Oaks, J. loc. cit. p. 678 ets. Spiotto, J. «The Search and Seizure Problem: Two Approaches: The Canadian Tort Remedy and the U.S. Exclusionary Rule» (1973) 1 J. of P.S. and A. 36; «Search and Seizure: An Empirical Study of the Exclusionary Rule and its Alternatives» (1973) 2 J. of

Legal Studies 243. Voir aussi Katz, L., "The Supreme Court and the State: An inquiry in *Mapp v. Ohio* in North Carolina» (1966) 45 North C. Law Rev. 119, Nagel, R., «Testing the Effects of Excluding Illegally Seized Evidence» (1965) Wisc. Law Rev. 283.

64. Voir à cet égard plus particulièrement: Wingo, H., «Growing Disillusionment with the Exclusionary Rule,» (1971) 25 So. W. Law J. 573, 577 ets. Aussi Paulsen, M., «The Exclusionary Rule and Misconduct by the Police» (1961) 52 J. Crim. L.C. and P.S. 255 p. 257.

64a. Voir l'opinion du juge en chef Burger, W., dans *Bivens v. Six Unknown Federal Narcotics Agents*, 403, U.S. 388 (1971) p. 422 etc.

65. Voir entre autres: Oaks, J., loc. cit. p. 665; Paulsen, M., «The Exclusionary Rule and Misconduct by the Police» (1961) 52 J. Crim. L and P.S. 225 p. 260; Wingo, H., «Growing Disillusionment with the Exclusionary Rule» (1971) 25 S. West L.J. 573 p. 581 ets; Hoenig, R., and Walker, L., «The Tort Alternative to the Exclusionary Rule in Search and Seizure» (1972) 63 J. Crim. L. 256; Gunther, M., «Comment: The Exclusionary Rule in Context» (1972) 50 North Car. Law Rev. 1049; Lafave, W., «Improving Police Performance through the Exclusionary Rule» (1955) 30 Mo. Law. Rev. 391. 566.

66. Martin, A., «The Exclusionary Rule under Foreign Law: Canada» (1961) 52 J. Crim. L. and P.S. 271.

67. Weiler, P., «The Control of Police Arrests Practices: Reflections of a Tort Lawyer» dans: «Studies in Canadian Tort Law» 1968 p. 416.

68. Spiotto, J., «The Search and Seizure Problem: Two Approaches: The Canadian Tort Remedy and the U.S. Exclusionary Rule» op. cit. p. 49.

69. Par exemple: *Chaput v. Romain*, (1955) R.C.S. 834: *Lamb v. Benoit*, (1959) R.C.S. 321. Voir aussi Giroux, L., «Municipal Liability for Police Tort in the Province of Quebec» (1970) 11 Cah. de Dr.

70. *Terry v. Ohio*, 393 U.S. 1 p. 14 (1968), aussi: Burger, W., «Who Will Watch the Watchman?» (1971) 14 Am. U.L. Rev. 1.

71. Voir plus particulièrement à cet égard: Oaks, J., loc. cit. p. 665 et McGarr, F., «The Exclusionary Rule: An Ill-conceived and Ineffective Remedy» (1961) 52 J. Crim. L. and P.S. 266; Paulsen, M., loc. cit. 255; Patenaude, P., «De l'admissibilité devant les tribunaux civils des preuves illégalement obtenues» (1973) 33 R. du B. 27.

72. Cet argument défendu aux États-Unis par référence aux dispositions expresses de la Constitution américaine (5e et 14e Amendements), peut être transposé pour le Canada en raison de l'existence de la Déclaration canadienne des droits. S.R.C., 1970 Ch. 44.

73. Comme le note un auteur: Rawls, J., «A Theory of Justice» 1972 p. 239: le principe de la légalité exige l'application régulière de la loi d'une façon qui soit conforme aux autres buts, que celui de la découverte pure et simple de la vérité.

74. *Supra*.

74a. *Breithaupt v. Abram*, 352 U.S. 432 p. 436 (1957).

75. Rapport du Comité canadien de la réforme pénale et correctionnelle, 1969, p. 79 ets.

76. Voir à cet effet Pitler, A., «Fruits of the Poisonous Tree, a Plea for Relevant Criteria» (1967) 115 U. of Pen Law Rev. 1136 p. 1148; «Fruits of the Poisonous Tree Revisited and Shepardized» (1968) 56 Cal. Law. Rev. 579 p. 583 ets.

77. A cet effet Pitler, A., loc. cit. p. 1148.

78. Voir à cet égard l'analyse de Newett, A., «Law Enforcement and the Conflict of Values», (1970) 16 McGill L. J. 1 p. 5.

79. Pour le Canada voir notamment: Beck, S., «Electronic Surveillance and the Administration of Criminal Justice» (1968) 46 C.B. Rev. 643; Macdonald, B., (1971) 29 U. of T. Law Rev. 99; Sheppard, A., «Restricting the Discretion to Exclude Admissible Evidence, an Examination of *R. v. Wray*,» (1971) 14 Crim. L. Q. 334; Mewett, A., «Law Enforcement and the Conflicts of Values» (1970) 16 McGill L.J. 1 p. 17; Gibson, R., «Illegally Obtained Evidence» (1973) U. of T. Fac. L. Rev. 23 p. 36 ets.

80. Pour les U.S.A., voir: Wingo, H., «Growing Disillusionment with the Exclusionary Rule» (1971) 25 So. W.L.J. 573. C'est la solution proposée d'ailleurs entre autres par le "Model Code of Pre-Arraignment Procedure», Sect. 8-02 (1971—Tentative Draft»), par un projet de loi déposé devant le Congrès cette année même et qui reprend sous une autre forme les suggestions faites par le juge en chef Burger (S-881—93e Cong. 1re Session—1973). Voir «Exclusionary Rule Wins

Approval» (1973) 59 A.B.A.J. 387 qui contient une critique par l'American Bar Association du projet de loi en question.

81. Voir *supra* p. 17 ets.

82. Rapport du Comité canadien de la réforme pénale et correctionnelle 1969 p. 80.