

## CHRONIQUE DE DROIT PÉNAL

Jean-C. Hébert

### L'exclusion de preuve en appel

Ayant conclu – contrairement au magistrat de première instance – que les droits constitutionnels d'un accusé furent atteints par des agents de l'État, un tribunal d'appel peut-il procéder à l'exclusion de preuve comme le ferait normalement le juge du procès? Imaginons le scénario suivant. Un inculpé conteste l'admissibilité d'une preuve matérielle au motif que son obtention violait ses droits protégés par la *Charte canadienne*. Au terme de la première étape d'un voir-dire constitutionnel, le juge du procès conclut à l'absence de toute violation constitutionnelle. Aucune preuve ni arguments relatifs à la question de l'exclusion de preuve ne sont alors présentés au tribunal. L'instruction du mérite de l'inculpation suit

son cours et une déclaration de culpabilité s'ensuit. Lors du pourvoi, l'appelant convainc le tribunal de révision que la saisie de la preuve matérielle incriminante fut effectuée en violation de l'un ou l'autre de ses droits constitutionnels. La cour d'appel de premier ou second niveau<sup>1</sup> est-elle un «tribunal compétent» au sens de l'article 24 de la *Charte canadienne*?

#### La compétence législative d'appel

En matière criminelle, la compétence d'appel est exclusivement d'origine législative<sup>2</sup>. Or, la compétence et les pouvoirs d'une cour d'appel sont définis de façon exhaustive dans la partie XXI du *Code criminel*. Sauf circonstances exceptionnelles<sup>3</sup>, une cour d'appel

1. La Cour supérieure siège en appel des jugements rendus par les cours de poursuites sommaires; la Cour d'appel siège notamment en appel (sur permission, et à l'égard d'une question de droit seulement) des jugements d'appel de la Cour supérieure et des jugements au mérite de tous les tribunaux saisis de poursuites relatives à des actes criminels.
2. Dans l'arrêt *R. c. Thomas*, [1999] 3 R.C.S. 535, par. 14, s'exprimant pour l'opinion majoritaire, le juge Lamer rappelait l'état du droit dans les termes suivants: «En matière criminelle, la compétence d'une cour d'appel est purement d'origine législative: art. 674 du *Code criminel*. Voir aussi *Kourtessis c. M.R.N.*, [1993] 2 R.C.S. 53, p. 69, et *R. c. Meltzer*, [1989] 1 R.C.S. 1764, p. 1773. À l'égard des appels ordinaires en matière criminelle, la compétence et les pouvoirs d'une cour d'appel sont définis de façon exhaustive dans la partie XXI du *Code criminel*. Il faut interpréter le pouvoir précis conféré par le par. 686(8) à la lumière de ce régime législatif. [...]»
3. L'al. 686(1)d) C.cr. dispose que la cour d'appel peut écarter une déclaration de culpabilité et déclarer l'appelant inapte à subir son procès ou non responsable criminellement pour cause de troubles mentaux et peut exercer les pouvoirs d'un tribunal de première instance que l'art. 672.45 accorde à celui-ci ou auxquels il fait renvoi, de façon qu'elle juge indiquée dans les circonstances.

ne peut exercer les pouvoirs d'un tribunal de première instance. Bref, la compétence législative d'une cour d'appel en est une de révision. Par conséquent, siégeant en appel, la Cour supérieure ne peut juger une affaire *de novo*<sup>4</sup>; la Cour d'appel ne le peut guère plus. Parce que le juge du procès, après avoir (erronément) conclu à l'absence de violation des droits constitutionnels de l'accusé, omet de procéder à la seconde étape d'un voir-dire constitutionnel, la cour d'appel n'a rien à réviser sur la question d'exclusion de preuve. Elle ne peut pas, au lieu et place du premier juge, exercer une compétence dévolue exclusivement au «tribunal compétent» par le par. 24(2) de la *Charte canadienne*, celui-ci s'étant par ailleurs abstenu de l'exercer.

Le par. 24(2) de la *Charte canadienne* est une disposition réparatrice spéciale. Il énonce les conditions auxquelles l'exclusion d'éléments de preuve peut être

accordée dans une demande de réparation aux termes du par. 24(1)<sup>5</sup>. Une demande de réparation ne peut être accordée que si l'accusé franchit la première étape consistant à démontrer de façon prépondérante que la preuve contestée fut obtenue «dans des conditions qui portent atteinte aux droits ou libertés garantis» par la Constitution. L'article 24 de la *Charte canadienne* n'est pas attributif de compétence aux tribunaux d'appel, que ce soit en matière de réparation générale prévue au par. 1<sup>6</sup> ou de réparation spéciale selon le par. 2. Une cour d'appel n'est pas d'office un «tribunal compétent» au sens de l'article 24 de la *Charte canadienne*.

Une fois acquise et prouvée au dossier la violation ou négation d'un droit constitutionnel, procédant à exercer sa compétence législative – limitée à l'examen d'une pure question de droit<sup>7</sup> –, la cour d'appel ne peut que réviser l'application du droit aux conclusions

4. Dans l'arrêt *R. c. Schwartz*, [1988] 2 R.C.S. 443, p. 458, le juge Dickson, dissident sur autre chose, fit l'analyse suivante:  
«L'al. 613(1)a) [actuel al. 686(1)a)] permet à un tribunal d'appel des déclarations sommaires de culpabilité d'accueillir un appel si le verdict est «déraisonnable ou ne peut pas s'appuyer sur la preuve» ou si le juge de première instance a commis une erreur «sur une question de droit» (*R. c. Ponsford* (1978), 41 C.C.C. (2d) 433 (C.A. Alb.)) *Ceci ne veut pas dire qu'un tribunal d'appel des déclarations sommaires de culpabilité est automatiquement autorisé à juger l'affaire de nouveau* (*R. c. Colbeck* (1978), 42 C.C.C. (2d) 117 (C.A. Ont.))» (Nos italiques)
5. Dans l'arrêt *R. c. Strachan*, [1988] 2 R.C.S. 980, p. 1000, le juge Dickson exprima comme suit l'opinion majoritaire de la Cour suprême:  
«[...] Le paragraphe 24(2) est une disposition réparatrice spéciale. Il se distingue du par. 24(1) qui constitue la disposition réparatrice générale de la *Charte*. Le paragraphe 24(2) énonce les conditions auxquelles l'exclusion d'éléments de preuve peut être accordée dans une demande de réparation aux termes du par. 24(1). Dans les arrêts *R. c. Therens* et *R. c. Collins*, la Cour à la majorité a conclu que seul le par. 24(2) permet d'écarter des éléments de preuve; un élément de preuve ne peut être écarté en application du par. 24(1) seulement. [...]»
6. *R. c. Meltzer*, [1989] 1 R.C.S. 1764.
7. Dans l'arrêt *R. c. Mellenthin*, [1992] 3 R.C.S. 615, p. 625, le juge Cory (pour la Cour) rappelait que:  
«La décision d'écarter un élément de preuve pour le motif qu'il est susceptible de déconsidérer l'administration de la justice, conformément au par. 24(2) de la

de fait tirées par le juge du procès<sup>8</sup>. Dans cette perspective, les juges d'appel peuvent donc réexaminer – plutôt qu'examiner – l'admissibilité des éléments de preuve contestés que si le juge du procès (après avoir reconnu une violation constitutionnelle) a commis une erreur de principe dans son appréciation et son application des principes juridiques pertinents au bon usage du par. 24(2) de la *Charte canadienne*<sup>9</sup>. Cet exercice de réexamen peut ultérieurement avoir un impact déterminant sur le mérite du pourvoi<sup>10</sup>.

Outre l'erreur de principe (c.à.d. une erreur de droit) commise par le juge du procès lors d'un

voir-dire constitutionnel, une conclusion de fait déraisonnable tirée par celui-ci peut justifier l'ingérence d'une cour d'appel dans le processus décisionnel lié au par. 24(2) de la *Charte canadienne*<sup>11</sup>. Il importe que l'accusé puisse faire analyser l'admissibilité de la preuve contestée pour atteinte à la Constitution en fonction des principes juridiques appropriés. En cette matière, l'analyse par le juge du procès de la norme d'exclusion est conditionnée par ses conclusions préliminaires quant à l'existence, la nature et l'importance d'une violation ou négation des droits constitutionnels de l'accusé. Face à une analyse erronée en droit ou à des conclusions de

---

*Charte, est une question de droit* (voir *R. c. Collins*, [1987] 1 R.C.S.A. 265, p. 275.)» (Nos italiques)

8. La Cour suprême, à la majorité, fit l'observation suivante dans l'arrêt *R. c. Duguay*, [1989] 1 R.C.S. 93, p. 98:  
«En l'espèce, le ministère public a admis dans toutes les cours qu'il y avait eu violation de l'art. 9 de la *Charte canadienne des droits et libertés*. La seule question à déterminer en cette Cour est de savoir si la preuve soumise doit être écartée en vertu du par. 24(2) de la *Charte*. Les juges formant la majorité de la Cour d'appel de l'Ontario n'ont formulé aucun principe ou règle de droit avec lequel nous ne soyons pas d'accord: (1985), 18 C.C.C. (3d) 289. *Ils ont simplement appliqué le droit aux conclusions de fait du juge du procès, à l'égard desquelles ils ne s'estimaient pas justifiés d'intervenir.*» (Nos italiques)
9. Dans l'arrêt *R. c. Stillman*, [1997] 1 R.C.S. 607, p. 651, le juge Cory fit l'observation suivante pour l'opinion majoritaire:  
«[...] Il appert donc que le juge du procès a commis une erreur dans son appréciation et son application des principes juridiques qui doivent être considérés en appliquant le par. 24(2), et que l'admissibilité des éléments de preuve contestés doit être *réexaminée*.» (Nos italiques)
10. Le passage pertinent du jugement unanime de la Cour suprême, dans l'affaire *R. c. Genest*, [1989] 1 R.C.S. 59, p. 81, se lit comme suit:  
«[...] Tout comme le juge LeBel, quand j'examine l'ensemble de la décision du juge Lamoureux, je crois qu'il a tenu compte des deux exigences du par. 24(2) avant de conclure à l'exclusion de la preuve. *Ce n'est que s'il avait eu tort de décider de l'exclusion que la Cour d'appel pouvait à bon droit annuler l'acquiescement.* [...]»
11. L'arrêt *R. c. Mellenthin*, [1992] 3 R.C.S. 615, p. 626, rendu par le juge Cory pour la Cour suprême, comporte le passage pertinent suivant:  
«En l'espèce, le juge du procès ne semble pas avoir tiré *une conclusion de fait déraisonnable* ni commis une erreur de droit. Néanmoins, la Cour d'appel à la majorité a renversé sa décision. En toute déférence, je suis d'avis que la Cour d'appel à la majorité a commis une erreur à cet égard et s'est ingérée trop promptement dans les conclusions du juge du procès.» (Nos italiques)

fait déraisonnables (tant dans le premier que dans le second volet du voir-dire), une cour d'appel est justifiée de s'ingérer dans la bonne marche du procès pour réexaminer le processus d'exclusion effectué par le juge du procès – et –, par implication nécessaire, réviser également ses conclusions préliminaires à propos de la violation ou négation des droits constitutionnels alléguée par l'accusé<sup>12</sup>.

Cette révision des conclusions préliminaires ne peut toutefois intervenir que si le juge du procès a procédé au second volet du voir-dire. Autrement, la cour d'appel ne peut que constater les erreurs commises à propos de la violation constitutionnelle, pour ensuite en évaluer l'effet selon les règles ordinaires en matière d'appel de déclaration de culpabilité. À cet égard, constitue une erreur de droit l'omission par le

juge du procès de tirer des conclusions dans le cadre d'une décision préliminaire portant sur des questions mixtes de droit et de fait se rapportant à l'admissibilité d'éléments de preuve cruciaux. Le sous-al. 686(1)b)iii) C.cr. oblige la cour d'appel à examiner l'effet de cette erreur sur le cours du procès et sur le verdict. Dans l'hypothèse où le point préliminaire est purement une question de droit, il incombe à la cour d'appel d'en arriver à la bonne conclusion en droit. Dans l'hypothèse où le point préliminaire est une question de fait ou une question mixte de fait et de droit, la cour d'appel doit se demander si la question aurait inévitablement été tranchée en faveur de l'admissibilité; dans l'affirmative, l'erreur n'a pas d'incidence; dans la négative, l'erreur a pu influencer le verdict puisque l'élément de preuve aurait pu être écarté<sup>13</sup>.

12. L'extrait suivant de l'arrêt *R. c. Borden*, [1994] 3 R.C.S. 145, p. 167-168, rendu par le juge Iacobucci pour l'opinion majoritaire, confirme notre propos: «[...] Dans un arrêt où elle examinait l'application du par. 24(2) de la *Charte* par une cour d'appel provinciale, notre Cour a clairement indiqué qu'en l'absence d'une erreur quant aux principes juridiques qui devraient guider une décision fondée sur le par. 24(2), il n'appartient pas vraiment à notre Cour de réviser les conclusions des tribunaux d'instance inférieure et de substituer sa propre opinion en la matière à celle de la cour d'appel: *R. c. Duguay*, [1989] 1 R.C.S. 93, p. 98.

De même, comme l'a souligné le juge Cory dans l'arrêt *Mellenthin*, précité, en l'absence d'une erreur de principe analogue, une cour d'appel provinciale ne devrait pas modifier les conclusions tirées par le juge du procès lors du voir-dire. Ce qui importe c'est que l'accusé ait fait analyser l'admissibilité de la preuve contestée en fonction des principes appropriés. En l'espèce, on ne saurait dire que la Cour d'appel a commis une erreur en ne suivant pas la décision du juge du procès et en procédant de nouveau à l'analyse fondée sur le par. 24(2). C'est parce qu'il a conclu qu'il n'y avait eu qu'une violation «technique» de l'art. 8 de la *Charte* et que les al. 10a) et b) n'avaient pas été violés que le juge du procès a abordé l'analyse fondée sur le par. 24(2) sous un angle fondamentalement différent.»

13. *R. c. Rockey*, [1996] 3 R.C.S. 829, p. 833-834, par. 1 à 7. Il convient de citer au texte le raisonnement articulé par le juge Sopinka pour l'opinion majoritaire de la Cour suprême:

«Les points à l'égard desquels le juge du procès a fait erreur en omettant de tirer des conclusions concernaient une décision préliminaire portant sur des questions mixtes de droit et de fait se rapportant à l'admissibilité d'éléments de

L'argumentaire qui précède fait voir qu'un tribunal d'appel peut difficilement s'ingérer dans le processus d'exclusion de preuve prévu au par. 24(2) de la *Charte canadienne* dans l'hypothèse où le juge du procès s'est abstenu de tirer des conclusions de fait et d'examiner les facteurs pertinents au second volet du voir-dire. L'enseignement de la Cour suprême<sup>14</sup> met en relief la connexité existant entre le constat d'une violation constitutionnelle par le juge du

procès et l'appréciation qu'il peut en faire au second volet du processus de pondération des facteurs pertinents. C'est pourquoi, en l'absence de motifs justificatifs, toute conclusion subsidiaire par le juge du procès à l'effet de ne pas exclure une preuve contestée – fondée sur le postulat d'une violation constitutionnelle hypothétique – mérite peu de considération dans un processus de révision judiciaire<sup>15</sup>.

---

preuve cruciaux. Ont été présentés, au voir-dire, des éléments de preuve à l'égard desquels des conclusions devaient être tirées. Bien que les conclusions sur ces points préliminaires aient constitué des questions mixtes de droit et de fait, l'omission de tirer ces conclusions a constitué une erreur de droit. Dans un tel cas, le sous-al. 686(1)b)(iii) exige que la cour examine l'effet de l'erreur sur le cours du procès et sur le verdict. Si le point préliminaire est purement une question de droit sur laquelle le juge du procès a omis de statuer, la cour d'appel décide quelle est la bonne conclusion en droit. Si cette conclusion entraîne l'admissibilité d'éléments de preuve qui ont, de fait, été admis, alors l'erreur n'a eu aucun effet sur le verdict. La cour d'appel n'acceptera pas l'argument que des juges différents pourraient rendre une autre décision. Il n'y a qu'une seule réponse, celle donnée par la cour d'appel.

Cependant, si le point préliminaire est une question de fait ou une question mixte de droit et de fait, la décision n'est pas nécessairement inévitable. Dans notre système, en cas de différend sur des questions de fait, la règle générale est que l'appelant a droit à ce que ce soit le juge du procès qui tranche. Dans de telles circonstances, la cour d'appel a tort de simplement trancher la question. Le raisonnement qu'il faut faire consiste à se demander si la question de fait aurait inévitablement été tranchée en faveur de l'admissibilité. Si la réponse est oui, alors l'erreur n'a eu aucune incidence. Si la réponse est non, alors il est raisonnable de penser que l'erreur a pu influencer sur le verdict étant donné que l'élément de preuve aurait pu être écarté. [...]

14. Notamment dans l'arrêt *Borden*, précité, note 12.

15. Le juge Sopinka, pour l'opinion majoritaire, fit l'analyse suivante dans l'arrêt *R. c. Feeney*, [1997] 2 R.C.S. 13, p. 70:

«Conclusion concernant le paragraphe 24(2)

Je répète que je suis d'avis que les déclarations, les empreintes digitales, la chemise, les chaussures et l'argent sont inadmissibles en vertu du par. 24(2). L'intimée a souligné que notre Cour a déclaré que les cours d'appel doivent faire preuve de retenue envers les tribunaux d'instance inférieure sur la question de l'admissibilité de la preuve sous le régime du par. 24(2): voir, par exemple, l'arrêt *Grant*, précité. En l'espèce, le juge du procès et la Cour d'appel ont tous les deux conclu subsidiairement qu'ils admettraient la preuve en question même s'il y avait eu des violations de la *Charte*. À mon avis, ils ont tous les deux commis une erreur en tirant ces conclusions subsidiaires et il est difficile d'évaluer leur raisonnement étant donné que peu de propos ont été tenus à cet égard. Le juge du procès a simplement énuméré les facteurs énoncés dans l'arrêt *Collins*, précité, en tirant une brève conclusion sur chaque point. Il n'a pas rassemblé les points dans les trois grandes catégories de facteurs et il n'a pas

### La suffisance du contexte factuel

Les réparations fondées sur la *Charte canadienne* doivent être accordées dans le contexte normal des procédures dans lesquelles une question prend naissance<sup>16</sup>. Face à une violation constitutionnelle prouvée de façon prépondérante, le tribunal appelé à soupeser les trois catégories de facteurs façonnées par le droit prétorien doit disposer d'un contexte factuel suffisant pour lui permettre d'exercer judi-

cieusement sa discrétion judiciaire. De façon générale, il est acquis que les décisions relatives à la *Charte canadienne* ne doivent pas être rendues dans un vide factuel<sup>17</sup>.

Dans l'appréciation des facteurs pertinents au processus d'exclusion de preuve prévu au par. 24(2) de la *Charte canadienne*, l'équité procédurale revêt une importance capitale<sup>18</sup>. Or, lorsqu'un juge de première instance conclut (erronément) à l'absence

---

motivé non plus chacune de ses conclusions. La Cour d'appel a énuméré les facteurs de l'arrêt *Collins* et formulé sa conclusion que, tout compte fait, il y avait lieu d'utiliser la preuve. À mon avis, on ne devrait faire preuve d'aucune retenue particulière à l'égard de l'un ou l'autre de ces jugements. Premièrement, ni le juge du procès ni la Cour d'appel n'ont conclu à l'existence d'une violation concernant la saisie des éléments de preuve en question, et cette erreur de droit a vraisemblablement influé sur leur conclusion subsidiaire que les violations, si tant est qu'elles aient existé, n'étaient pas graves. Deuxièmement, comme je l'ai déjà souligné, le juge du procès a conclu à tort que la police avait agi de bonne foi. Troisièmement, les motifs du juge du procès et de la Cour d'appel étaient si brefs et non étayés qu'il est difficile de dire si d'autres erreurs ont été commises. À mon avis, aux termes du par. 24(2), la chemise, les déclarations, les chaussures, les cigarettes, l'argent et les empreintes digitales n'auraient pas dû être admis en preuve.»

16. Dans l'arrêt *Dagenais c. S.R.C.*, [1994] 3 R.C.S. 835, le juge Lamer rendait le jugement majoritaire de la Cour suprême. À la p. 867, le juge Lamer cite avec approbation le passage suivant des notes du juge La Forest dans l'arrêt *Mills*: «D'après ce qui précède, il doit être évident que je favorise le point de vue suivant lequel les réparations fondées sur la *Charte* doivent, d'une manière générale, être accordées dans le contexte normal des procédures dans lesquelles une question prend naissance. Je ne crois pas que l'art. 24 de la *Charte* exige que l'on invente de toutes pièces un système parallèle pour l'administration des droits conférés par celle-ci qui viendra s'ajouter aux mécanismes déjà existants d'administration de la justice.» (Nos italiques)
17. *Mackay c. La Reine*, [1989] 2 R.C.S. 357. Il convient de reproduire le passage suivant, p. 361-362, du jugement unanime de la Cour suprême écrit par le juge Cory: «Les décisions relatives à la *Charte* ne doivent pas être rendues dans un vide factuel. Essayer de le faire banaliserait la *Charte* et produirait inévitablement des opinions mal motivées. La présentation des faits n'est pas, comme l'a dit l'intimée, une simple formalité; au contraire, elle est essentielle à un bon examen des questions relatives à la *Charte*. Un intimé ne peut pas, en consentant simplement à ce que l'on se passe de contexte factuel, attendre ni exiger d'un tribunal qu'il examine une question comme celle-ci dans un vide factuel. Les décisions relatives à la *Charte* ne peuvent pas être fondées sur des hypothèses non étayées qui ont été formulées par des avocats enthousiastes.»
18. Le juge La Forest, pour l'opinion majoritaire, s'est exprimé dans les termes suivants dans l'affaire *R. c. Duarte*, [1990] 1 R.C.S. 30, p. 59:

de violation constitutionnelle, l'accusé se trouve privé de l'opportunité de consigner au dossier la preuve et les arguments pertinents au processus d'exclusion de preuve. Lorsqu'un tribunal d'appel exerce sa compétence de révision, il est loisible à l'accusé d'attaquer le mérite du verdict de culpabilité en plaidant la violation de ses droits constitutionnels au regard de l'admissibilité de la preuve à charge. Encore faut-il que les juges d'appel disposent d'un contexte factuel suffisant permettant d'apprécier les questions litigieuses sans préjudicier les droits de parties<sup>19</sup>. Dans l'hypothèse où une cour d'appel serait compétente pour agir – hors le cadre judiciaire prévu par l'article 686 C.cr – comme «tribunal compétent» au sens du par. 24(2) de la *Charte canadienne*, le même raisonnement devrait prévaloir à propos de l'étape suivante du processus de réparation. Il se peut qu'un appelant ne puisse convenablement

éclairer le «tribunal compétent» sans lui présenter une preuve suffisante et des arguments pertinents quant à l'évaluation des facteurs issus de l'arrêt *Collins*.

Selon le libellé même du par. 24(2) de la *Charte canadienne*, l'admissibilité de la preuve (ou son exclusion) doit être déterminée «eu égard aux circonstances». Par conséquent, s'agissant pour le tribunal compétent de déterminer si une preuve devrait être frappée d'exclusion, suite à la mise en preuve d'une violation ou négation constitutionnelle, le contexte factuel global est essentiel<sup>20</sup>. En général, le par. 24(2) de la *Charte canadienne* a pour objet d'empêcher que l'administration de la justice ne soit davantage déconsidérée par l'utilisation d'éléments de preuve dans un procès. Cette déconsidération additionnelle peut notamment découler de l'absolution judiciaire à l'égard d'une inconduite des organismes d'enquête de

---

«Dans l'appréciation de ces facteurs, *l'équité du processus* et, en particulier, ses répercussions sur l'équité du procès revêtent une importance capitale.» (Nos italiques)

19. Dans l'arrêt *R. c. Brown*, [1993] 2 R.C.S. 918, p. 920, le juge Iacobucci approuve l'analyse du juge Harradence, dissident pour le tribunal d'appel. Or, ce dernier s'était exprimé comme suit, p. 488, [(1992) 73 C.C.C. (3d) 481]:

«It is my view that these cases are a clear signal to appellate courts that the fact that the issue was not raised in the court of original jurisdiction is not an insurmountable barrier to the matter being considered for the first time at the appellate level. Where the court has a sufficient factual foundation to appraise the issue without prejudice to the parties and particularly where *refusing* to do so will result in unfairness, then in my view it is proper for the court to hear and determine the question put before it.»

20. Dans l'affaire *R. c. Wong*, [1990] 3 R.C.S. 36, p. 65, la juge Wilson, dans une opinion minoritaire (dissidente sur le dispositif du pourvoi), fit la remarque suivante en relation avec la règle de la retenue judiciaire:

«Cette approche respectueuse à l'égard de l'examen des décisions des tribunaux inférieurs en vertu du par. 24(2) est appropriée précisément parce que *la question de l'admissibilité est à ce point reliée aux faits*.

Je le répète, *le contexte est essentiel en ce qui concerne la question de l'admissibilité* et selon moi, le contexte en l'espèce est très différent de celui de l'arrêt *Duarte*. [...]» (Nos italiques)

l'État<sup>21</sup>. Or, en l'absence d'un lien causal, un lien temporel entre une perquisition ou fouille illégale et des tactiques d'enquête suffit pour soutenir la conclusion que des éléments de preuve furent obtenus dans des conditions portant atteinte aux droits constitutionnels d'un accusé et, ainsi, donner ouverture au recours prévu par le par. 24(2) de la *Charte canadienne*<sup>22</sup>.

Lors d'une vaste opération policière, le lien temporel entre différents événements peut être probant. L'accusé se trouve alors justifié d'établir, dans le second

volet du voir-dire, plusieurs violations ou négations de ses droits constitutionnels survenues en cascade et de façon contemporaine<sup>23</sup>. Procédant à évaluer la gravité de différentes violations ou négations des droits constitutionnels de l'accusé, le «tribunal compétent» devrait pouvoir, eu égard aux circonstances, évaluer notamment le caractère envahissant d'une fouille, l'attente raisonnable de l'accusé au respect de sa vie privée, l'endroit précis où la fouille eut lieu, l'existence de motifs raisonnables et probables et la bonne ou mauvaise foi policière<sup>24</sup>.

21. Dans l'arrêt *R. c. Greffe*, [1990] 1 R.C.S. 755, p. 784, le juge Lamer reprend, pour l'opinion majoritaire, une proposition de droit formulée antérieurement dans l'arrêt de principe *Collins*:  
«En général, l'article a pour objet d'empêcher que l'administration de la justice ne soit davantage déconsidérée par l'utilisation d'éléments de preuve dans une instance. Comme je l'ai dit dans l'arrêt *Collins*, précité, p. 281, *cette déconsidération additionnelle découlerait* de l'utilisation des éléments de preuve qui priveraient l'accusé d'un procès équitable ou de *l'absolution judiciaire d'une conduite inacceptable de la part des organismes d'enquête et de poursuite.*» (Nos italiques)
22. Exprimant l'avis unanime de la Cour suprême dans l'arrêt *R. c. Grant*, [1993] 3 R.C.S. 223, p. 255, le juge Sopinka aborde l'incidence du lien temporel comme suit:  
«En l'espèce, le lien temporel entre les perquisitions périphériques sans mandat et les éléments de preuve ultérieurement déposés au procès par le ministère public est suffisant pour justifier l'examen de l'exclusion de ces éléments de preuve. *Quoiqu'elles n'aient peut-être pas un lien causal avec la preuve déposée, les perquisitions sans mandat font néanmoins partie intégrante d'une série de tactiques d'enquête qui ont abouti à la découverte des éléments de preuve en question.* [...]» (Nos italiques)
23. Le raisonnement suivant fait, au nom de l'opinion majoritaire, par le juge Sopinka dans l'arrêt *R. c. Goldhart*, [1996] 2 R.C.S. 463, p. 482, soutient notre proposition:  
«[...] Conformément à la directive voulant qu'on examine l'ensemble du rapport entre la violation et la preuve obtenue, il convient que la cour examine la force du rapport causal. Si le lien temporel et le lien causal sont ténus tous les deux, la cour peut très bien conclure que la preuve n'a pas été obtenue dans des conditions qui portent atteinte à un droit ou une liberté garantis par la *Charte*. Par contre, *le lien temporel peut être fort à ce point que la violation de la Charte fait partie intégrante d'une seule et même opération.* Dans un tel cas, la faiblesse ou même l'absence d'un lien causal sera sans importance. Un fois les principes de droit définis, la force du lien entre la preuve obtenue et la violation de la *Charte* est une question de fait. Par conséquent, la possibilité d'appliquer le par. 24(2) sera déterminée cas par cas, comme l'a proposé le juge en chef Dickson dans l'arrêt *Strachan.*» (Nos italiques)
24. Dans l'arrêt *R. c. Caslake*, [1998] 1 R.C.S. 51, p. 69, le juge Lamer résume, pour la Cour, l'énumération de certains facteurs utiles pour évaluer la gravité d'une violation constitutionnelle:

## La preuve nouvelle

Un justiciable peut avoir grand intérêt à obtenir du tribunal d'appel un verdict d'acquiescement plutôt qu'une ordonnance de nouveau procès. Exceptionnellement, la présentation d'une preuve nouvelle peut permettre à l'appelant de fournir au tribunal de révision un contexte factuel suffisant à la tenue d'un débat contradictoire sur la question d'exclusion de preuve. En matière criminelle, la diligence raisonnable n'est qu'un facteur parmi d'autres pour jauger l'admissibilité d'une preuve nouvelle. Si une preuve est convaincante et s'il est dans l'intérêt de la justice de l'admettre, le défaut de satisfaire à cette exigence ne devrait pas entraîner l'inadmissibilité de la preuve nouvelle. Bref, le défaut de satisfaire à l'obligation

de diligence raisonnable ne doit pas l'emporter sur la recherche d'un juste résultat<sup>25</sup>.

La règle générale gouvernant l'admissibilité en appel d'une preuve nouvelle<sup>26</sup> souffre une exception lorsqu'elle porte sur l'équité du procès, plutôt que sur l'examen de la rectitude d'une décision rendue par le juge du procès<sup>27</sup>. Lorsque la détermination du pourvoi requiert l'examen de facteurs extrinsèques au dossier remettant en cause des questions vitales tranchées en première instance, il devient indispensable pour le tribunal d'appel de prendre ces faits en considération<sup>28</sup>. La production d'une preuve nouvelle portant sur l'équité du procès permet au tribunal d'appel de réviser les bases factuelles à partir desquelles le juge du procès a fondé son appréciation

---

«La catégorie suivante est la gravité de la violation. En examinant cette question, la cour prend en considération quelques-uns ou l'ensemble des facteurs suivants: le caractère envahissant de la fouille, les attentes en matière de vie privée de la personne à l'endroit où l'on procède à la fouille, l'existence de motifs raisonnables et probables et la bonne foi policière.»

25. Rédacteur de l'opinion majoritaire, le juge Major fit l'observation suivante dans l'arrêt *R. c. Warsing*, [1998] 3 R.C.S. 579, p. 707:  
«Il est souhaitable que la diligence raisonnable ne reste qu'un facteur parmi d'autres, et son absence, particulièrement en matière criminelle, devrait être appréciée en fonction d'autres circonstances. Si la preuve est convaincante et s'il est dans l'intérêt de la justice de l'admettre, alors le défaut de satisfaire à ce critère ne devrait pas être retenu pour en écarter l'admission.»
26. L'arrêt *R. c. Palmer*, [1980] 1 R.C.S. 759, a défini les conditions d'admissibilité d'une preuve nouvelle.
27. Dans l'arrêt *R. c. W.(W.)*, (1995) 100 C.C.C. (3d) 225, le juge Doherty fit l'observation suivante, p. 232, pour la Cour d'appel d'Ontario:  
«The Palmer criteria do not, however, apply to all situations where fresh evidence is offered on appeal. Those criteria reflect the balancing of competing considerations relevant to the interests of justice when fresh evidence is offered to attack a determination made at trial. The same criteria cannot necessarily be applied where, as here, the fresh evidence is offered for a different purpose. The material sought to be admitted here is not directed at a finding made at trial, but instead challenges the very validity of the trial process. The nature of this material and the purpose for which it is offered places it outside the Palmer paradigm: *R. v. McKellar* (1994), 34 C.R. (4th) 28 at p. 31, 19 O.R. (3d) 796, 72 O.A.C. 398 (C.A.); *R. v. Vottero* (June 17, 1992, Ont. C.A., Court File No. C10945, unreported).»
28. *P.G. Canada c. Obadia*, [1998] R.J.Q. 2581, p. 2584. (C.A. Qué.).

de la crédibilité des témoins<sup>29</sup>. Il y a certes atteinte à l'équité du procès lorsque l'accusé se trouve privé de l'opportunité de se faire entendre – par preuve et argumentation – sur le processus d'exclusion de preuve en raison d'un jugement interlocutoire erroné quant à l'existence d'une violation constitutionnelle liée à l'obtention d'une preuve. De façon générale, le principe de justice naturelle *audi alteram partem* – consacrant le droit d'être entendu – confère à toute partie le droit de présenter des éléments de preuve sur tous les points importants d'un litige<sup>30</sup>.

L'appréciation d'une preuve nouvelle par un tribunal d'appel se répercute indubitablement sur la

disposition du pourvoi. Plutôt que d'ordonner un nouveau procès, le tribunal de révision peut trancher l'affaire lui-même pourvu que la preuve consignée au dossier soit concluante<sup>31</sup>. Dans l'hypothèse où une cour d'appel conclut à l'exclusion de la preuve ayant entraîné le verdict de culpabilité, il devient possible de clore le dossier en substituant un verdict d'acquiescement. Par contre, si le tribunal de révision n'arrive pas à trancher l'affaire en raison du caractère non concluant de la nouvelle preuve, une ordonnance de nouveau procès s'impose puisque l'accusé a droit de faire trancher la question d'exclusion de preuve par le juge du procès<sup>32</sup>. La loi ne prévoit pas la possibilité d'un renvoi de dossier, par le

29. *R. c. R. (P.)*, (1999) 132 C.C.C. (3d) 72, p. 79-81, (C.A. Qué.)

30. Dans l'arrêt *Porto Seguro c. Belcan S.A.*, [1997] 3 R.C.S. 1278, p. 1293, par. 29, la juge McLachlin fit la remarque suivante en commentant la portée de la règle *audi alteram partem*:

«Ce principe confère à toute partie à un litige le droit de présenter des éléments de preuve sur tous les points importants.»

31. Dans l'arrêt *R. c. Warsing*, [1998] 3 R.C.S. 3 R.C.S. 579, p. 597, par. 28, la juge L'Heureux-Dubé faisait l'observation suivante pour l'opinion minoritaire concordante:

«J'ajouterais que cette approche est en accord avec les règles générales concernant l'admission d'une nouvelle preuve établies dans l'arrêt *Stolar*, précité, p. 492, où notre Cour a statué que, dès qu'une cour d'appel décide d'admettre la preuve, elle peut trancher l'affaire immédiatement si la preuve est concluante, ou, si elle ne l'est pas, ordonner un nouveau procès.»

32. Dans l'arrêt *Asencios c. La Reine*, [1987] R.J.Q. 540, p. 544-545, le juge Kaufman commentait au nom de la Cour d'appel du Québec l'importance de la seconde étape d'un voir-dire constitutionnel en matière d'exclusion de preuve:

«[...] The issue was a serious one and appellant was entitled to have it determined at his trial.

But in deciding that *Sec. 8* was inapplicable to appellant, the trial judge did not address the issue as to whether or not evidence ought to have been excluded or admitted under *Sec. 24 para. 2*.

[...]

In the result, I conclude that appellant's rights under *Sec. 8* of the Charter were infringed and that he was therefore entitled to have the admissibility of the evidence under *Sec. 24 para. 2* decided by the trial judge at his trial. [...]

In coming to this conclusion, I have considered the alternative possibility that this Court might simply decide whether or not the admission of the evidence would bring the administration of justice into disrepute and decide the question of admissibility in consequence. I believe, however, that this is an issue that should be decided in the first instance by the Court of first instance. *Sec. 24*

tribunal d'appel au juge du procès, pour la tenue de la seconde étape du voir-dire constitutionnel<sup>33</sup>.

### Conclusion

En général, dès que le mécanisme de pondération du par. 24(2) de la *Charte canadienne* soulève des questions d'appréciation de crédibilité et de bonne foi de la part des agents de l'État visés par une allégation de violation des droits constitutionnels de l'accusé et que

les juges d'appel ne peuvent bénéficier des conclusions de fait du premier juge sur le sujet, l'ordonnance de nouveau procès s'impose<sup>34</sup>. Le même raisonnement s'applique *a fortiori* face à l'absence de conclusions de fait concernant les témoins qui auraient pu déposer pendant le voir-dire et qui n'ont pu le faire en raison d'une décision interlocutoire erronée du premier magistrat<sup>35</sup>. En somme, sauf les cas où le tribunal d'appel dispose de renseignements suffisants lui permettant de trancher

---

*para. 2* provided that this issue be decided "having regard to all the circumstances". This involves an appreciation of the evidence on the issue and, in my view, that appreciation should first be made by the trial judge who has heard it.» (Nos italiques)

33. *Ibid.*:

«I have also considered the suggestion of the Crown, in its factum, that in the event that this Court should conclude that the trial judge erred in finding no breach of the Charter under *Sec. 8*, the case should be referred back to the trial court for a determination of the issue under *Sec. 24 para. 2*. I do not see any basis for making such an order: *Gunn c. R.*, (1982) 66 C.C.C. (2d) 294.»

34. Dans l'arrêt *R. c. Polashek*, (1999) 134 C.C.C. (3d) 187, p. 202, le juge Rosenberg statua comme suit pour la Cour d'appel d'Ontario après avoir conclu à une violation du droit à l'avocat:

«[...] On the other hand, the appellant did not testify on the *voir dire*, and therefore failed to provide any evidence that he would have acted differently. Because of his finding that there was no s. 10(b) violation, the trial judge made no findings of fact on this issue that would assist in determining the trial fairness question. In my view, this question can only be resolved on a new trial. If the trial judge were to find that this evidence would have affected the fairness of the trial, it would have to be excluded. This is particularly the case given the concerns about the effect of the exclusion on the repute of the administration of justice already expressed.»

35. Dans l'affaire *R. c. Sinnathurai*, [1994] A.Q. n° 570, la Cour d'appel du Québec cita avec approbation l'extrait suivant du mémoire de l'intimé qui concéda le bien-fondé du pourvoi de la Couronne:

«Toutefois, les parties conviennent également que la détermination du remède prévu au par. 24(2) de la Charte soulève des questions de crédibilité et de bonne foi de la part des policiers ayant obtenu le mandat de perquisition, et que cela nécessite que l'on ait vu et entendu les témoins pertinents.»

Aux par. 9 et 10 du jugement, on peut lire ce qui suit:

«Le moyen de droit étant fondé, il n'est pas opportun, en l'espèce, que l'application de l'article 24(2) de la Charte soit faite par la Cour d'appel.

À l'instar de notre arrêt *Manola Asencios c. Sa Majesté la Reine*, [1987] R.J.Q. 540, p. 545, il y a lieu d'ordonner un nouveau procès.»

l'affaire en excluant la preuve, il est de bonne politique judiciaire que les juges d'appel s'abstiennent d'exercer une fonction dévolue aux magistrats de première ligne<sup>36</sup> et de jongler avec la règle de droit sur la base d'un raisonnement spéculatif.

---

36. Bien que dissident dans l'affaire *R. c. Timm*, (1999) 131 C.C.C. (3d) 306, p 326, l'observation suivante faite par le juge Fish de la Cour d'appel du Québec résume bien le besoin de retenue judiciaire d'un tribunal d'appel sur le sujet: «Applications for a Charter remedy should normally be left to the judge before whom the accused is to be tried (Unless it is for some reason inappropriate to do so, compare *R. v. Mills*, [1986] 1 S.C.R. 863 at p. 955, 966-7 and 971; and *R. v. Rahey*, [1987] 1 S.C.R. 588, particularly at p. 955). I believe that we should not, in the absence of any need to do so, discharge that function on appeal. Here, I have concluded that the judge's ruling under s. 24(2) cannot stand and that a new trial is warranted on other grounds. It thus seems preferable to me that we reserve for the judge at that new trial the required de novo determination under s. 24(2) of the Charter.»  
Un avis d'appel de plein droit fut déposé au greffe de la Cour suprême par Timm le 30-11-98.