

R. c. Ross, [1989] 1 R.C.S. 3

**Brent Mark Leclair et
Rodney James Ross** *Appelants*

c.

Sa Majesté La Reine *Intimée*

répertorié: r. c. ross

N° du greffe: 19176.

1988: 27 janvier; 1989: 19 janvier.

Présents: Les juges Beetz, Estey*, McIntyre, Lamer, Wilson, La Forest et L'Heureux-Dubé.

en appel de la cour d'appel de l'ontario

Droit constitutionnel -- Charte des droits -- Droit à l'assistance d'un avocat -- Accusés informés de leur droit à l'assistance d'un avocat -- Incapacité des accusés de communiquer avec leurs avocats respectifs au milieu de la nuit -- Identification subséquente des accusés dans une séance d'identification -- Les accusés ont-ils eu une possibilité raisonnable et réelle d'avoir recours à l'assistance d'un avocat? -- Y a-t-il eu violation du droit des accusés à l'assistance d'un avocat? -- Ont-ils renoncé à leur droit à l'assistance d'un avocat en refusant d'appeler un autre avocat ou en participant à la séance d'identification? -- Charte canadienne des droits et libertés, art. 10b).

* Le juge Estey n'a pas pris part au jugement.

Droit constitutionnel -- Charte des droits -- Admissibilité de la preuve -- Déconsidération de l'administration de la justice -- Violation du droit des accusés à l'assistance d'un avocat -- Identification subséquente des accusés dans une séance d'identification -- La preuve obtenue au moyen de la séance d'identification devrait-elle être écartée en vertu de l'art. 24(2) de la Charte canadienne des droits et libertés?

Preuve -- Admissibilité -- Déconsidération de l'administration de la justice -- Violation du droit des accusés à l'assistance d'un avocat -- Identification subséquente des accusés dans une séance d'identification -- La preuve obtenue au moyen de la séance d'identification devrait-elle être écartée en vertu de l'art. 24(2) de la Charte canadienne des droits et libertés?

Les appelants L et R ont été accusés d'introduction par effraction et de vol. Au moment de leur arrestation, au milieu de la nuit, ils ont été informés de leur droit d'avoir recours sans délai à l'assistance d'un avocat. Ils ont essayé de téléphoner à leurs avocats respectifs mais n'ont reçu aucune réponse. Les policiers ont alors demandé à L s'il voulait appeler un autre avocat et il a répondu que non. Peu après les appelants ont été identifiés au cours d'une séance d'identification. Ni l'un ni l'autre appelant n'a été informé qu'il n'était pas tenu de participer à la séance d'identification. Au procès, les avocats des appelants ont demandé que la preuve obtenue au moyen de la séance d'identification soit écartée en vertu du par. 24(2) de la *Charte canadienne des droits et libertés* parce qu'elle avait été obtenue d'une manière qui porte atteinte au droit que leur reconnaît l'al. 10b) de la *Charte* et parce que l'utilisation de cette preuve était susceptible de déconsidérer l'administration de la justice. Après un voir-dire, le juge du procès a rejeté la demande. Les appelants ont par la suite été reconnus coupables et la Cour d'appel a rejeté leur appel de cette déclaration de culpabilité. Le présent pourvoi vise à établir si on a accordé aux appelants une possibilité raisonnable et réelle d'avoir recours à l'assistance d'un avocat et, dans

la négative, si la preuve d'identification recueillie dans les circonstances particulières de cette affaire aurait dû être écartée en vertu du par. 24(2) de la *Charte*.

Arrêt (les juges McIntyre et L'Heureux-Dubé sont dissidents): Le pourvoi est accueilli et un nouveau procès ordonné.

Les juges Beetz, Lamer, Wilson et La Forest: L'alinéa 10b) de la *Charte* impose au moins deux obligations aux policiers en plus de celle d'informer les détenus de leurs droits. En premier lieu, les policiers doivent donner au détenu qui le désire une possibilité raisonnable d'exercer sans délai le droit d'avoir recours à l'assistance d'un avocat; en second lieu, les policiers doivent s'abstenir de tenter de soutirer des éléments de preuve au détenu tant que celui-ci n'aura pas eu une possibilité raisonnable de recourir à l'assistance d'un avocat. En l'espèce, ces deux aspects du droit des appelants à l'assistance d'un avocat ont été violés. Il était très peu vraisemblable qu'ils puissent communiquer avec leur avocat en dehors des heures normales de bureau et aucune urgence ni aucune autre raison impérieuse ne justifiait la tenue aussi précipitée de la séance d'identification. Dès qu'un détenu a fait valoir son droit à l'assistance d'un avocat, les policiers ne peuvent en aucune façon, jusqu'à ce qu'il ait eu une possibilité raisonnable d'exercer ce droit, le forcer à prendre une décision ou à participer à quelque chose qui pourrait finalement avoir un effet préjudiciable sur un éventuel procès.

Le refus de L d'appeler un autre avocat ne peut être considéré comme une renonciation à son droit d'avoir recours à l'assistance d'un avocat. Il a simplement fait valoir son droit à l'assistance d'un avocat, et à l'avocat de son choix. L'accusé ou le détenu a le droit de choisir son avocat et ce n'est que si l'avocat choisi ne peut être disponible dans un délai raisonnable qu'on doit s'attendre à ce que le détenu ou l'accusé exerce le droit d'appeler un autre avocat. L ayant fait valoir son droit d'avoir recours à l'assistance d'un avocat et en l'absence d'indication claire qu'il

avait changé d'avis, il était déraisonnable que les policiers agissent comme s'il avait renoncé à son droit à l'assistance d'un avocat. La participation des appelants à la séance d'identification ne peut en elle-même équivaloir à une renonciation au droit à l'assistance d'un avocat.

En l'espèce, l'utilisation de la preuve obtenue au moyen de la séance d'identification est susceptible de déconsidérer l'administration de la justice et aurait dû être écartée en vertu du par. 24(2) de la *Charte*. L'utilisation de tout élément de preuve qu'on n'aurait pas pu obtenir sans la participation de l'accusé à la constitution de la preuve aux fins du procès est susceptible de rendre le procès inéquitable. Il est vrai qu'en règle générale, l'identité de l'accusé n'est pas un élément de preuve émanant de l'accusé ni un élément de preuve qui ne peut être obtenu sans sa participation. Cependant, quand il participe à une séance d'identification, l'accusé participe à la constitution d'une preuve incriminante crédible. Évidemment, la poursuite ne peut obtenir une preuve pertinente au moyen d'une séance d'identification à laquelle l'accusé ne participe pas. Ainsi, bien qu'il ne participe pas à la création d'une "preuve matérielle" d'identité, l'accusé participe bien à la création d'une preuve crédible obtenue au moyen d'une séance d'identification. L'utilisation de cette preuve porte atteinte à l'équité du procès. La nature de la violation de la *Charte* est également pertinente étant donné la gravité de l'atteinte aux droits. Les appelants ont clairement fait valoir leur droit à l'assistance d'un avocat et absolument aucune urgence n'explique le comportement des policiers. Rien ne les empêchait de tenir une séance d'identification plus tard ce jour-là. Ce n'est pas un cas d'erreur de bonne foi dans la conduite des policiers qui résulterait par inadvertance en une négation du droit à l'assistance d'un avocat.

Les juges McIntyre et L'Heureux-Dubé (dissidents): L'utilisation de la preuve obtenue au moyen de la séance d'identification n'est pas susceptible de déconsidérer l'administration de la justice. L'utilisation de la preuve n'a pas porté atteinte à l'équité du procès. L'identité des appelants existait avant la violation de la *Charte*, tout comme les perceptions des témoins du

crime. Une telle preuve existe dès qu'un accusé est vu en flagrant délit. Cette preuve ne peut pas être considérée comme "émanant" des appelants simplement parce qu'elle peut par la suite servir à établir la crédibilité de la preuve d'identification. Une preuve qui n'aurait pu être obtenue sans la participation des appelants ne rend pas automatiquement un procès inéquitable.

Le paragraphe 24(2) de la *Charte* ne prévoit pas l'exclusion automatique d'une preuve obtenue à la suite de la violation d'un droit garanti par la *Charte*. Les éléments de preuve ne seront écartés que "s'il est établi, eu égard aux circonstances, que leur utilisation est susceptible de déconsidérer l'administration de la justice". Une telle évaluation dépendra des faits de chaque cas. En l'espèce, étant donné la force du dossier du ministère public et vu que la séance d'identification a été tenue d'une manière équitable, il est difficile d'admettre que l'utilisation de cette preuve soit susceptible de discréditer l'administration de la justice.

Jurisprudence

Citée par le juge Lamer

Arrêts appliqués: *R. c. Manninen*, [1987] 1 R.C.S. 1233; *R. c. Collins*, [1987] 1 R.C.S. 265;
arrêts mentionnés: *R. c. Tremblay*, [1987] 2 R.C.S. 435; *Clarkson c. La Reine*, [1986] 1 R.C.S. 383; *Marcoux et Solomon c. La Reine*, [1976] 1 R.C.S. 763; *R. c. Strachan*, [1988] 2 R.C.S. 980.

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

R. c. Collins, [1987] 1 R.C.S. 265; *R. c. Simmons*, [1988] 2 R.C.S. 495.

Lois et règlements cités

Charte canadienne des droits et libertés, art. 10b), 24(2).

Code criminel, S.R.C. 1970, chap. C-34, s. 453.4 [aj. chap. 2 (2^e supp.), art. 5].

Loi sur l'identification des criminels, S.R.C. 1970, chap. I-1.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario rendu le 21 décembre 1984 qui a rejeté l'appel des appelants contre leur déclaration de culpabilité relativement à une accusation d'introduction par effraction et de vol. Pourvoi accueilli et nouveau procès ordonné, les juges McIntyre et L'Heureux-Dubé sont dissidents.

Clayton C. Ruby et Melvyn Green, pour l'appelant Leclair.

Michael Code, pour l'appelant Ross.

Brian J. Gover, pour l'intimée.

//Le juge Lamer

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

LE JUGE LAMER -- Un jury de Sault-Sainte-Marie a reconnu les appelants coupables d'introduction par effraction et de vol. La Cour d'appel de l'Ontario a rejeté leur appel. Ils ont obtenu l'autorisation de se pourvoir devant cette Cour et fait valoir de nombreux moyens. Comme je suis d'avis qu'ils doivent avoir gain de cause sur un de ces moyens et obtenir ainsi la tenue d'un nouveau procès, je n'examinerai pas en détail les autres moyens et je limiterai ma narration des faits à ceux qui sont essentiels pour ce moyen.

Les faits

Il y a eu introduction par effraction dans une maison d'habitation de Sault-Sainte-Marie le 18 juillet 1983. Les propriétaires étaient absents à ce moment-là. Un pensionnaire y était mais ne s'est rendu compte de rien car il dormait. Cependant, à deux maisons de là se trouvait un groupe de quatre jeunes personnes dont une a entendu le bruit d'une vitre qui se brise. Remarquant deux silhouettes dans la maison en question, elle a crié et les trois autres se sont lancés à la poursuite des malfaiteurs. Il était environ 22 h. Les malfaiteurs n'ont pas été rattrapés, chacun s'étant enfui dans une direction différente.

Environ deux heures et demie plus tard, dans une rue avoisinante, la police a intercepté une voiture dans laquelle se trouvaient quatre personnes dont les deux appelants. Quand on leur a demandé leur nom, les appelants ont donné de fausses identités, ce qu'ils ont corrigé peu après. Une fouille de la voiture et de ses occupants n'a donné aucun résultat. Les trois garçons, un de 16 ans et deux de 17, ont été arrêtés et accusés d'introduction par effraction.

Les trois ont été informés de leur droit à l'assistance d'un avocat. Les appelants ont tenté de téléphoner à leurs avocats respectifs, mais n'ont reçu aucune réponse. Il était environ 2 h du matin. On a demandé à l'appelant Leclair s'il voulait appeler un autre avocat et il a répondu que non. Il a été mis en cellule, de même que l'appelant Ross. Les notes des agents de police ne disent pas qu'on a demandé à l'appelant Ross s'il voulait appeler un autre avocat.

Au milieu de la nuit, les agents se sont rendus dans une salle de jeux électroniques du voisinage où ils ont trouvé sept personnes de l'âge des accusés qui pouvaient participer à une séance d'identification. Les quatre jeunes témoins ont été amenés au poste de police et la séance d'identification a eu lieu à 3 h du matin. Ni l'un ni l'autre appelant n'a été informé qu'il n'était pas

tenu d'y participer. Au procès, l'appelant Ross a demandé que la preuve obtenue au moyen de la séance d'identification soit écartée en vertu du par. 24(2) de la *Charte canadienne des droits et libertés* parce qu'elle avait été obtenue d'une manière qui viole ou nie le droit que lui reconnaît l'al. 10b) de la *Charte* et parce que l'utilisation de cette preuve était susceptible de déconsidérer l'administration de la justice.

L'appelant Leclair s'est d'abord joint à Ross dans sa demande fondée sur la *Charte* mais il semble, d'après le dossier, qu'il ait abandonné sa demande. Cette affaire a été plaidée en Cour d'appel et en cette Cour comme si Leclair n'avait pas abandonné la demande et le ministère public intimé n'a pas soulevé la question. J'agirai donc comme si et Leclair et Ross avaient maintenu leur demande jusqu'à la fin.

Les jugements

Après un voir-dire, le juge principal Vannini est arrivé à la conclusion que l'accusé Ross avait été informé de son droit à l'assistance d'un avocat, droit qu'on lui avait donné la possibilité d'exercer avant la séance d'identification, et qu'il n'y avait pas eu violation du droit de Ross à l'assistance d'un avocat. Il a également conclu que:

[TRADUCTION] Comme ni un suspect ni un accusé ne peut être forcé à participer à une séance d'identification, *Marcoux et Solomon c. La Reine*, [[1976] 1 R.C.S. 763], on peut dire qu'un suspect ou un accusé a le droit de refuser d'y participer.

Cela ne veut pas dire toutefois que la police a l'obligation de l'informer de ce droit, ni que l'omission de le faire déconsidère l'administration de la justice.

La substance des motifs de la Cour d'appel quant au litige relatif à la *Charte* se trouve dans le paragraphe suivant:

[TRADUCTION] Le juge du procès a conclu que leurs droits n'avaient pas été violés et, de toute façon, il n'aurait pas écarté la preuve. Il était convaincu que l'utilisation de la preuve, même en présumant qu'il y avait eu violation des droits des appelants, n'était pas susceptible de déconsidérer l'administration de la justice. Aucune mauvaise foi n'a été imputée aux policiers et, après examen de la séance d'identification, nous pensons qu'elle s'est déroulée de façon éminemment juste. Même en supposant, sans l'affirmer, qu'il y a eu violation de leurs droits, nous ne modifierions pas la décision du juge que la preuve relative à la séance d'identification devait être admise.

Question en litige

La question en litige ici est de savoir si la Cour d'appel de l'Ontario a commis une erreur de droit en concluant que la preuve obtenue au moyen de la séance d'identification n'aurait pas dû être écartée en application du par. 24(2) et de l'al. 10b) de la *Charte*. Pour trancher cette question nous devons examiner les questions suivantes:

1. A-t-on donné aux appelants une possibilité raisonnable et réelle de recourir à l'assistance d'un avocat?
2. Dans la négative, la preuve fondée sur la séance d'identification doit-elle être écartée en vertu du par. 24(2), compte tenu des circonstances particulières de l'espèce?

Les textes législatifs

Voici les dispositions pertinentes de la *Charte*:

10. Chacun a le droit, en cas d'arrestation ou de détention:

a) . . .

b) d'avoir recours sans délai à l'assistance d'un avocat et d'être informé de ce droit;

24. (1) Toute personne, victime de violation ou de négation des droits ou libertés qui lui sont garantis par la présente charte, peut s'adresser à un tribunal compétent pour obtenir la réparation que le tribunal estime convenable et juste eu égard aux circonstances.

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

Analyse

1) *Une possibilité raisonnable et réelle d'avoir recours à l'assistance d'un avocat.*

Les appelants étaient manifestement détenus et il n'est pas contesté qu'ils avaient le droit d'avoir recours à l'assistance d'un avocat. De plus, les policiers se sont tout d'abord conformés à l'al. 10*b*) et ont informé Ross et Leclair de leur droit d'avoir recours sans délai à l'assistance d'un avocat. Comme l'a conclu cette Cour dans l'arrêt *R. c. Manninen*, [1987] 1 R.C.S. 1233, l'al. 10*b*) impose au moins deux obligations aux policiers en plus de celle d'informer les détenus de leurs droits. En premier lieu, les policiers doivent donner à l'accusé ou au détenu qui le désire une possibilité raisonnable d'exercer sans délai le droit d'avoir recours à l'assistance d'un avocat. En second lieu, les policiers doivent s'abstenir de tenter de soutirer des éléments de preuve au détenu tant que celui-ci n'aura pas eu une possibilité raisonnable de recourir à l'assistance d'un avocat. Je suis d'avis qu'en l'espèce les policiers n'ont rempli aucune de ces obligations.

La première obligation: accorder une possibilité raisonnable

Ayant été informés de leur droit à l'assistance d'un avocat et ayant clairement indiqué leur désir de faire valoir ce droit, les deux appelants ont été autorisés à téléphoner à des avocats de leur choix mais ils n'ont pas pu les rejoindre. Cela n'est guère surprenant puisque ces appels ont été

faits vers 2 h du matin. Dans les circonstances, il était très peu vraisemblable qu'ils puissent communiquer avec leur avocat avant l'heure d'ouverture des bureaux.

Je voudrais souligner ici qu'on a demandé à l'appelant Leclair s'il voulait appeler un autre avocat et qu'il a répondu que non. Le ministère public prétend que, par cette réponse, Leclair a renoncé à son droit à l'assistance d'un avocat. Je ne suis pas d'accord. Leclair avait clairement indiqué qu'il désirait communiquer avec son avocat. Le simple refus d'appeler un autre avocat ne peut honnêtement être considéré comme une renonciation à son droit d'avoir recours à l'assistance d'un avocat. Bien au contraire, il a simplement fait valoir son droit à l'assistance d'un avocat, et à l'avocat de son choix. Notons que comme l'a dit cette Cour dans l'arrêt *R. c. Tremblay*, [1987] 2 R.C.S. 435, un prévenu ou un détenu, bien qu'il ait le droit de choisir un avocat, doit faire preuve de diligence raisonnable dans l'exercice de ses droits, sinon les obligations corollaires qui, selon l'arrêt *Manninen*, sont imposées aux policiers, sont suspendues. La diligence raisonnable dans l'exercice du droit de choisir son avocat dépend de la situation dans laquelle se trouve l'accusé ou le détenu. Au moment de son arrestation, par exemple, le détenu a un besoin immédiat de conseils juridiques et doit faire preuve de diligence raisonnable en conséquence. Par contre, lorsqu'il cherche le meilleur avocat pour un procès, l'accusé n'est pas dans une telle situation d'urgence. Néanmoins, l'accusé ou le détenu a le droit de choisir son avocat et ce n'est que si l'avocat choisi ne peut être disponible dans un délai raisonnable qu'on doit s'attendre à ce que le détenu ou l'accusé exerce son droit à l'assistance d'un avocat en appelant un autre avocat.

De plus, l'appelant ayant fait valoir son droit d'avoir recours à l'assistance d'un avocat, et en l'absence d'indication claire qu'il avait changé d'avis, il était déraisonnable que les policiers agissent comme si Leclair avait renoncé à son droit à l'assistance d'un avocat. Comme l'a conclu cette Cour à la majorité dans l'arrêt *Clarkson c. La Reine*, [1986] 1 R.C.S. 383, aux pp. 394 et 395:

Vu le souci de traiter équitablement une personne accusée, lequel sous-tend les libertés civiles garanties par la Constitution comme le droit à l'assistance d'un avocat prévu à l'al. 10b) de la *Charte*, il est évident qu'il faut examiner avec soin toute allégation de renonciation à ce droit par un accusé et que la connaissance par l'accusé des conséquences de sa déclaration est déterminante. En réalité, dans l'arrêt *Korponay c. Procureur général du Canada*, [1982] 1 R.C.S. 41, à la p. 49, cette Cour a dit, à l'égard de la renonciation à une garantie légale en matière de procédure, que pour qu'une renonciation soit valide, "il faut qu'il soit bien clair que la personne renonce au moyen de procédure conçu pour sa protection et qu'elle le fait en pleine connaissance des droits que cette procédure vise à protéger et de l'effet de la renonciation sur ces droits au cours de la procédure" (souligné dans l'original).

Comme la preuve révèle que Leclair a fait valoir son droit à l'assistance d'un avocat, il appartient au ministère public d'établir qu'il y a clairement renoncé. En l'espèce, le ministère public ne s'est pas acquitté de cette obligation.

Pour ce qui est de l'appelant Ross, il n'y a aucune preuve que les policiers lui aient jamais demandé s'il voulait appeler un autre avocat. Après que Ross eut essayé sans succès de rejoindre son avocat, il semble que les policiers aient présumé que leur obligation d'accorder une possibilité raisonnable d'avoir recours à l'assistance d'un avocat s'arrêtait là. On peut raisonnablement déduire qu'ils ont également mal interprété la nature de leur obligation à l'égard de l'appelant Leclair. De toute évidence, aucune urgence ni aucune autre raison ne justifiait les policiers à agir immédiatement et on ne peut dire que les appelants ont eu une possibilité réelle d'avoir recours à l'assistance d'un avocat. Cela nous amène donc à l'examen de la seconde obligation.

La seconde obligation: s'abstenir de prendre d'autres mesures

Ayant constaté que les appelants n'obtenaient aucune réponse à leurs appels téléphoniques, les policiers les ont mis en cellule et, quelques minutes plus tard, leur ont dit de participer à une séance d'identification, ce qu'ils ont fait.

Les policiers ont commis une erreur en procédant ainsi. Comme cette Cour l'a conclu dans l'arrêt *Manninen*, les policiers ont, au moins, une obligation de cesser d'interroger le détenu ou de tenter autrement de lui soutirer des éléments de preuve tant qu'il ne se sera pas vu offrir une possibilité raisonnable de recourir à l'assistance d'un avocat. Le droit à l'assistance d'un avocat signifie également à mon avis que, dès qu'un accusé ou un détenu a fait valoir ce droit, les policiers ne peuvent en aucune façon, jusqu'à ce qu'il ait eu une possibilité raisonnable d'exercer ce droit, le forcer à prendre une décision ou à participer à quelque chose qui pourrait finalement avoir un effet préjudiciable sur un éventuel procès. On ne peut dire en l'espèce que les appelants ont eu une possibilité réelle d'avoir recours à l'assistance d'un avocat avant la séance d'identification. On ne peut pas dire non plus qu'il y avait quelque urgence ou quelque autre raison impérieuse justifiant la tenue aussi précipitée de la séance d'identification.

Le ministère public a fait valoir devant nous qu'il était nécessaire de tenir la séance d'identification immédiatement, tandis que les événements étaient encore frais et clairs à la mémoire des témoins. Je ne peux accepter cet argument. Bien qu'il puisse être souhaitable de tenir rapidement une séance d'identification, cette préoccupation doit généralement céder le pas au droit du suspect d'avoir recours à l'assistance d'un avocat, droit qui doit évidemment être exercé avec une diligence raisonnable. En l'espèce, la séance d'identification a été tenue avec une promptitude extrême et même tout à fait inhabituelle. Rien ne nous permet de penser qu'elle n'aurait pas pu avoir lieu quelques heures plus tard, après que les appelants auraient de nouveau tenté de rejoindre leurs avocats pendant les heures normales de bureau.

L'intimée a également prétendu qu'il n'y a pas eu violation du droit à l'assistance d'un avocat parce que les appelants n'avaient pas droit à la présence de leurs avocats au cours de la séance d'identification. Cette prétention n'est pas fondée. Même si leurs avocats ne pouvaient pas être présents au cours de la séance d'identification, cela ne signifie pas qu'un avocat n'est d'aucune

utilité à un suspect. La preuve d'identification obtenue au moyen d'une séance d'identification est ordinairement un élément de preuve solide susceptible d'influencer les délibérations du procès. La question de savoir si un suspect a le droit effectif de refuser de participer à une séance d'identification n'a pas été tranchée dans notre droit et n'a pas été soulevée devant les cours d'instance inférieure ni devant cette Cour. Il ne conviendrait donc pas de trancher cette question ici. Cependant, il est clair qu'il n'y a aucune obligation juridique de participer à une séance d'identification. Il n'y a certainement dans la loi aucune obligation de participer à une séance d'identification qui équivaille à l'art. 453.4 du *Code criminel* qui, conjugué à la *Loi sur l'identification des criminels*, S.R.C. 1970, chap. I-1, oblige un accusé à comparaître devant un agent de police pour la prise d'empreintes digitales. Les tribunaux n'ont jamais imposé non plus d'obligation de participer à une séance d'identification. Puisque cette obligation juridique n'existe pas, il est évident que l'avocat joue un rôle important quand il donne des conseils à un client sur la participation volontaire à une séance d'identification. Dans *Marcoux et Solomon c. La Reine*, [1976] 1 R.C.S. 763, cette Cour a examiné le cas d'un accusé qui avait refusé de participer à une séance d'identification. La police avait plus tard confronté un témoin directement avec l'accusé et le témoin l'avait identifié positivement. On a admis la preuve que l'accusé avait refusé de participer à la séance d'identification pour répondre à la prétention que la police n'avait pas tenu de séance d'identification appropriée. Cette affaire montre que, bien qu'un accusé ou un détenu ne soit pas obligé de participer à une séance d'identification, le refus de le faire peut avoir des conséquences sur la preuve qui peut être admise au procès. Dans la présente espèce, si les appelants avaient pu rejoindre leurs avocats, ils auraient pu apprendre que la loi ne les obligeait pas à participer à la séance d'identification mais que le refus de le faire pouvait avoir certaines conséquences préjudiciables. Les avocats auraient pu, par exemple, leur conseiller de ne pas participer sans obtenir d'abord une photo des personnes choisies pour la séance d'identification ou de ne pas participer si ces autres personnes étaient manifestement plus âgées qu'eux. Bref, même s'il n'existe aucun cadre législatif la régissant, on aurait pu leur dire comment se passe une

séance d'identification bien menée. C'est de ces conseils, non de la présence de leurs avocats à la séance d'identification, que les appelants ont été privés.

En outre, l'acceptation des accusés de participer à la séance d'identification ne peut en elle-même équivaloir à une renonciation au droit à l'assistance d'un avocat. Le but même du droit à l'assistance d'un avocat est d'assurer que les personnes accusées ou détenues reçoivent des conseils sur leurs droits et la manière de les exercer quand elles traitent avec les autorités. Ce serait aller à l'encontre de ce but que de conclure qu'un détenu ou un accusé a renoncé au droit à l'assistance d'un avocat simplement parce que, avant d'avoir bénéficié des conseils d'un avocat, il s'est soumis aux tentatives d'obtenir la participation du détenu, tentatives dont la police devrait s'abstenir. En l'espèce, les appelants étaient incapables de prendre une décision éclairée quant à la participation à la séance d'identification parce que, n'ayant pas reçu de conseils de leurs avocats, ils ne connaissaient pas leur situation juridique. Et les policiers ne leur ont même pas laissé le choix de participer ou non. Dans les circonstances donc, conclure que les appelants ont renoncé à leurs droits en participant à la séance d'identification rendrait futile le droit à l'assistance d'un avocat.

2) *L'exclusion de la preuve en vertu du par. 24(2)*

Cette Cour a décidé récemment dans l'arrêt *R. c. Strachan*, [1988] 2 R.C.S. 980, que pour les fins du par. 24(2) les éléments de preuve "ont été obtenus dans des conditions qui portent atteinte aux droits" garantis par la *Charte* si la violation d'un de ces droits est antérieure à la découverte des éléments de preuve et si cette découverte n'est pas trop éloignée de la violation. Ici, la violation du droit à l'assistance d'un avocat a eu lieu immédiatement avant la découverte des éléments de preuve au moyen de la séance d'identification. Il n'est pas question de lien éloigné; en fait, il y a même un lien direct entre la violation du droit à l'assistance d'un avocat et les

éléments de preuve obtenus. Il reste donc à déterminer si la preuve obtenue au moyen de la séance d'identification devrait être écartée en vertu du par. 24(2) de la *Charte*. Les éléments de preuve doivent être écartés en vertu du par. 24(2) s'il est établi, eu égard aux circonstances, que leur utilisation est susceptible de déconsidérer (dans le sens qu'elle pourrait déconsidérer) l'administration de la justice.

Dans l'arrêt *R. c. Collins*, [1987] 1 R.C.S. 265, cette Cour à la majorité a estimé utile d'identifier trois groupes de facteurs dont le tribunal doit tenir compte pour déterminer si l'utilisation de la preuve est susceptible de déconsidérer l'administration de la justice. La première catégorie de facteurs a trait à l'équité du procès, la seconde à la gravité de la violation de la *Charte* et la troisième à l'effet de l'exclusion de la preuve, plus particulièrement à la question de savoir s'il est préférable, pour la réputation du système, d'utiliser ou d'écarter la preuve.

En l'espèce, l'importance de la preuve obtenue au moyen de la séance d'identification ne peut pas faire de doute. Comme cette Cour à la majorité l'a conclu dans l'arrêt *Collins*, la nature de la preuve obtenue par suite de la violation fait partie des facteurs pertinents qui servent à déterminer l'effet de l'utilisation de la preuve sur l'équité du procès. Toute preuve qu'on obtient, après une violation de la *Charte*, en conscrivant l'accusé contre lui-même au moyen d'une confession ou d'autres preuves émanant de lui est susceptible de rendre le procès inéquitable. Dans l'arrêt *Collins*, nous avons employé l'expression "émanant de lui" parce qu'il s'agissait d'une déclaration. Mais nous n'avons pas limité à cela le genre de preuve susceptible de rendre le procès inéquitable. Je suis d'avis que l'utilisation de tout élément de preuve qu'on n'aurait pas pu obtenir sans la participation de l'accusé à la constitution de la preuve aux fins du procès est susceptible de rendre le procès inéquitable.

Il est vrai qu'en règle générale, l'identité de l'accusé n'est pas un élément de preuve émanant de l'accusé ni un élément de preuve qui ne peut être obtenu sans sa participation. L'identité d'une personne est une "preuve matérielle" préexistante vu que les caractéristiques physiques d'une personne existent indépendamment de toute violation de la *Charte* ou de toute mesure prise par la police.

Cependant, la preuve d'identification obtenue au moyen d'une séance d'identification n'est pas simplement une "preuve matérielle" préexistante dans ce sens. La séance d'identification a un double but. Premièrement, elle est destinée à identifier le détenu comme étant l'auteur du crime. Mais deuxièmement, ce qui est plus important aux fins de la présente analyse, la procédure d'une séance d'identification est conçue pour renforcer la crédibilité de la preuve d'identification. En ce sens, l'objet de la séance d'identification est de constituer la preuve que l'accusé a été désigné parmi un groupe de personnes semblables, par un témoin qui n'a été incité d'aucune manière à faire ce choix, et de fixer la mémoire du témoin aux fins du procès. Quand il participe à une séance d'identification, l'accusé participe à la constitution d'une preuve incriminante crédible. Évidemment, cet élément de preuve ne pourrait être obtenu sans la participation de l'accusé puisque la poursuite ne peut obtenir une preuve pertinente au moyen d'une séance d'identification à laquelle l'accusé ne participe pas. Ainsi, bien qu'il ne participe pas à la création d'une "preuve matérielle" d'identité, l'accusé participe bien à la création d'une preuve crédible obtenue au moyen d'une séance d'identification. Un accusé à qui on dit de participer à une séance d'identification avant qu'il ait eu une possibilité raisonnable de communiquer avec un avocat est conscrit contre lui-même puisqu'il est utilisé comme un moyen de créer une preuve aux fins du procès. Une preuve obtenue au moyen d'une séance d'identification n'aurait pu l'être sans la participation de l'accusé à la constitution de la preuve aux fins du procès. À mon avis, l'utilisation de cette preuve porte atteinte à l'équité du procès.

La nature de la violation de la *Charte* est également pertinente étant donné que nous sommes en présence d'une atteinte grave aux droits. Les appelants ont clairement fait valoir leur droit à l'assistance d'un avocat et absolument aucune urgence n'explique le comportement des policiers. Rien ne les empêchait de tenir la séance d'identification plus tard ce jour-là. Ce n'est pas non plus un cas d'erreur de bonne foi qui résulterait par inadvertance en une négation du droit à l'assistance d'un avocat. On ne peut excuser les policiers d'avoir mal interprété l'étendue de leur obligation d'accorder une possibilité raisonnable d'avoir recours à l'assistance d'un avocat. Il ne s'agit pas non plus d'un cas, par exemple, dans lequel on a écarté un précédent bien établi appuyant la procédure adoptée par les policiers ou dans lequel est introduit pour la première fois un nouveau principe constitutionnel. La portée du droit à l'assistance d'un avocat dans les circonstances de l'espèce est claire et bien établie.

En outre, en l'espèce, les appelants étaient jeunes, 16 et 17 ans, et nous pouvons raisonnablement présumer qu'ils ne connaissaient pas leurs droits. De plus, les policiers ne les ont pas informés qu'ils n'étaient pas obligés de participer à la séance d'identification. Les policiers n'avaient aucune obligation de donner ce renseignement, mais s'ils l'avaient fait, cela aurait constitué un facteur pertinent à apprécier en vertu du par. 24(2), bien que ce facteur n'eût probablement pas été concluant en l'espèce.

Je suis donc d'avis que, eu égard à l'ensemble des circonstances, les appelants ont établi que l'utilisation de la preuve obtenue au moyen de la séance d'identification est susceptible de déconsidérer l'administration de la justice. Par conséquent, la preuve aurait dû être écartée et la tenue d'un nouveau procès devrait être ordonnée.

Je suis donc d'avis d'accueillir le pourvoi et d'ordonner la tenue d'un nouveau procès.

//Le juge L'Heureux-Dubé

Les motifs des juges McIntyre et L'Heureux-Dubé ont été rendus par

LE JUGE L'HEUREUX-DUBÉ (dissidente) -- La question que soulève cette affaire consiste à déterminer si la preuve obtenue lorsque la police a fait participer les appelants à une séance d'identification devrait être exclue en vertu du par. 24(2) de la *Charte canadienne des droits et libertés*. Malgré que les appelants aient été informés de leur droit à un avocat dès leur arrestation, et qu'ils aient eu l'occasion de téléphoner à leur avocat, je suis d'accord avec mon collègue le juge Lamer qu'on n'a pas donné aux appelants une occasion raisonnable d'exercer ce droit. Comme le souligne mon collègue, vers 2 h du matin il était peu probable que les appelants puissent communiquer avec leur avocat. Je suis aussi d'accord que les faits de l'espèce ne permettent pas de conclure que les appelants ont renoncé à leur droit à l'avocat.

Je comprends que la Couronne puisse s'inquiéter du fait qu'il est souvent urgent de procéder à une séance d'identification alors que les événements sont encore frais à la mémoire des témoins. Il ne faut pas non plus perdre de vue que la séance d'identification n'a pas uniquement pour but de confirmer la culpabilité du suspect mais a aussi la possibilité de l'innocenter. Dans le présent cas, on n'a pas établi qu'il y avait urgence ou qu'un délai susciterait une crainte véritable d'être privé d'une preuve. J'estime qu'une approche flexible est nécessaire en matière d'admission ou d'exclusion de preuve. Compte tenu des faits de l'espèce, il ne m'est pas possible de souscrire à la conclusion de mon collègue que l'admission de la preuve obtenue lors de la séance d'identification, est "susceptible de déconsidérer l'administration de la justice", seul test exigé par le par. 24(2) de la *Charte*.

Les critères mentionnés dans l'arrêt *R. c. Collins*, [1987] 1 R.C.S. 265, et discutés plus récemment dans l'arrêt *R. c. Simmons*, [1988] 2 R.C.S. 495, sont utiles pour déterminer ce qui est susceptible de déconsidérer l'administration de la justice. Il est nécessaire de considérer l'équité du procès. Je partage l'avis de la Cour d'appel: [TRADUCTION] "Aucune mauvaise foi n'a été imputée aux policiers et, [. . .] la séance d'identification [. . .] s'est déroulée de façon éminemment juste." Je ne peux pas voir comment l'admission de cette preuve pourrait priver les appelants d'un procès équitable, d'autant plus que je ne partage pas l'avis de mon collègue Lamer que cette preuve d'identification "émane" de l'accusé de la même façon qu'une confession. Dans l'arrêt *Collins*, précité, le juge Lamer explique que l'admission d'une preuve qui "émane" de l'accusé fait problème parce que "ces éléments de preuve n'existaient pas avant la violation" et leur utilisation "constituerait une attaque contre l'un des principes fondamentaux d'un procès équitable, savoir le droit de ne pas avoir à témoigner contre soi-même" (p. 284). Je vois difficilement que tel soit le cas lorsqu'il s'agit d'une preuve obtenue à l'occasion d'une séance d'identification. L'identité d'un accusé existe antérieurement à la violation, tout comme les perceptions des témoins d'un crime. Une telle preuve, à mon avis, existe à partir du moment même où un accusé est vu en flagrant délit. Cette preuve ne peut pas être considérée comme "émanant" de l'accusé simplement parce qu'elle peut par la suite servir à établir la crédibilité de la preuve d'identification. Une preuve qui n'aurait pu être obtenue sans la participation de l'accusé ne rend pas automatiquement le procès inique. Si ce peut être le cas dans certaines instances, il n'en sera pas nécessairement ainsi dans tous les cas.

Il faut souligner que le par. 24(2) ne prévoit pas l'exclusion automatique de la preuve obtenue d'une manière qui enfreint un droit garanti par la *Charte*. Ceci me paraît clairement ressortir des motifs du Juge en chef dans l'arrêt *Simmons*, précité. Les éléments de preuve seront exclus uniquement lorsqu'il sera "établi, eu égard aux circonstances, que leur utilisation est susceptible de déconsidérer l'administration de la justice." Une telle évaluation dépendra des faits de chaque

cas. Les circonstances de la présente affaire ne me paraissent pas avoir eu un tel effet sur l'administration de la justice. Je partage l'opinion du juge en chef Howland de la Cour d'appel de l'Ontario:

[TRADUCTION] En l'absence de la preuve d'identification attaquée, la preuve offerte par la Couronne était accablante, et nous sommes d'avis qu'il n'est résulté aucun déni de justice de l'admission des éléments de preuve en question. Nous sommes convaincus que le verdict aurait nécessairement été le même si cette preuve n'avait pas été admise.

Considérant le poids de la preuve de la Couronne et compte tenu du fait que la séance d'identification s'est déroulée de façon "éminemment juste", il est difficile d'admettre que l'admission de cette preuve soit susceptible de discréditer l'administration de la justice.

En ce qui concerne les autres moyens d'appel, je suis d'avis qu'ils n'ont aucun mérite et j'adopte à cet égard l'opinion de la Cour d'appel.

Pour ces raisons, je rejeterais l'appel.

Pourvoi accueilli et nouveau procès ordonné, les juges MCINTYRE et L'HEUREUX-DUBÉ sont dissidents.

Procureurs des appelants: Ruby & Edwardh, Toronto.

Procureur de l'intimée: Le ministère du Procureur général, Toronto.