

**Her Majesty The Queen** *Appellant*

v.

**B.G.** *Respondent*

INDEXED AS: R. v. G. (B.)

File No.: 26226.

1999: January 29; 1999: June 10.

Present: Lamer C.J. and L'Heureux-Dubé, Gonthier, Cory, McLachlin, Iacobucci, Major, Bastarache and Binnie JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR QUEBEC

*Criminal law — Evidence — Mental disorder — Protected statements — Admissibility — Accused charged with various sexual offences — Accused's mental condition assessed by psychiatrist — Accused's testimony at trial inconsistent with protected statement made to psychiatrist — Criminal Code providing that protected statement admissible in such a case for purpose of challenging accused's credibility — Protected statement tied to out-of-court statement made to police and ruled inadmissible at outset of trial — Whether protected statement also inadmissible — If so, whether it may be used to challenge accused's credibility — Interpretation of s. 672.21(3)(f) of Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46.*

The accused went to a police station and, after he was cautioned and his constitutional rights were read, made a statement to the police in which he admitted to engaging in various acts of a sexual nature with his young cousin. The accused was subsequently charged, and a court ordered an assessment of his mental condition under s. 672.11(a) and (b) of the *Criminal Code*. During this assessment, the accused made an incriminating admission (the "protected statement") to the psychiatrist when the latter asked him to explain the out-of-court statement he had made to the police. The defence requested a second assessment. Both psychiatrists' reports noted the accused's limited mental capacity, but nevertheless concluded that he was fit to stand trial. The reports also indicated that the accused was very accommodating toward those in authority and that his answers were unreliable in an anxiety-producing situation. At trial, following the victim's testimony, the Crown sought to introduce the accused's out-of-court

**Sa Majesté la Reine** *Appelante*

c.

**B.G.** *Intimé*

RÉPERTORIÉ: R. c. G. (B.)

N° du greffe: 26226.

1999: 29 janvier; 1999: 10 juin.

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

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DU QUÉBEC

*Droit criminel — Preuve — Troubles mentaux — Déclarations protégées — Admissibilité — Accusé inculpé de diverses infractions d'ordre sexuel — Évaluation de l'état mental de l'accusé faite par un psychiatre — Témoignage de l'accusé au procès incompatible avec la déclaration protégée qu'il a faite au psychiatre — Code criminel prévoyant l'admissibilité d'une déclaration protégée dans un tel cas pour mettre en doute la crédibilité de l'accusé — Déclaration protégée liée à une déclaration extrajudiciaire faite à la police et déclarée inadmissible au début du procès — La déclaration protégée est-elle également inadmissible? — Dans l'affirmative, peut-elle être utilisée pour attaquer la crédibilité de l'accusé? — Interprétation de l'art. 672.21(3)f du Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46.*

L'accusé s'est présenté à un poste de police et, après avoir reçu une mise en garde et obtenu lecture de ses droits constitutionnels, il a fourni à la police une déclaration dans laquelle il admet s'être livré à divers actes à caractère sexuel sur son jeune cousin. L'accusé est subéquemment inculpé et un tribunal ordonne une évaluation de son état mental en vertu des al. 672.11a) et b) du *Code criminel*. Lors de cette évaluation, le psychiatre obtient de l'accusé un aveu incriminant (la «déclaration protégée») lorsqu'il lui demande de s'expliquer au sujet de la déclaration extrajudiciaire faite aux policiers. Une seconde expertise est demandée par la défense. Les rapports des deux psychiatres soulignent les faibles capacités mentales de l'accusé mais concluent néanmoins qu'il est apte à subir son procès. Les rapports indiquent également la grande complaisance de l'accusé devant les personnes en autorité et le peu de fiabilité de ses réponses lorsqu'il se trouve dans une situation anxieuse. Au procès, à la suite du témoignage de la victime,

statement. Based on the psychiatric assessments, the trial judge ruled it inadmissible. The accused later testified and denied any sexual activity with the victim. The Crown then cross-examined him on his “protected statement” under s. 672.21(3)(f) of the *Code*. Section 672.21(3) lists a few exceptions to the general principle that protected statements are inadmissible in evidence, in particular para. (f), which provides that such a statement is admissible for the purpose of challenging the credibility of the accused where his or her testimony is inconsistent with the protected statement. In the opinion of the trial judge, the debate turned entirely on the credibility of the witnesses. Citing the accused’s lack of credibility, and preferring the victim’s version of the facts, he found the accused guilty. The Court of Appeal allowed the accused’s appeal and ordered a new trial. The court stated that the trial judge had erred in using the protected statement against the accused to challenge his credibility.

*Held* (L’Heureux-Dubé, Gonthier and McLachlin JJ. dissenting): The appeal should be dismissed.

*Per* Lamer C.J. and Cory, Iacobucci, Major, Bastarache and Binnie JJ.: The accused’s admission to the psychiatrist is a protected statement within the meaning of s. 672.21 of the *Code*. Assuming the first confession to the police is inadmissible, the second statement will also be inadmissible if the degree of connection between the two statements is sufficient for the second to have been contaminated by the first. This interpretation meets the requirements of s. 7 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, which entrenched certain aspects of the confessions rule. A confession found to be inadmissible could not be introduced indirectly without affecting the right to silence and the principle against self-incrimination. Moreover, as the second statement is inadmissible because the first confession contaminated it, it is unnecessary to decide whether the second statement is a confession to a person in authority. In this case, the second statement is inadmissible because of its degree of connection with the prior inadmissible confession. The admission to the psychiatrist resulted directly from the confrontation of the accused with his previous statement. No additional information was obtained. Since the second statement exists only because of the first, it is unnecessary to consider here whether the tainting factors continued to exist, although in this case they were still present to some extent.

le ministère public tente d’introduire en preuve la déclaration extrajudiciaire de l’accusé. Se fondant sur les expertises psychiatriques, le juge du procès la déclare inadmissible. Par la suite, l’accusé témoigne et nie toute activité sexuelle avec la victime. Le ministère public le contre-interroge alors sur sa «déclaration protégée» en vertu de l’al. 672.21(3)f) du *Code*. Le paragraphe 672.21(3) énumère quelques exceptions au principe général de l’inadmissibilité en preuve d’une déclaration protégée, en particulier l’al. f) qui prévoit l’admissibilité d’une telle déclaration pour mettre en doute la crédibilité de l’accusé lorsqu’il rend un témoignage contredisant sa déclaration protégée. Pour le juge du procès, le débat porte entièrement sur la crédibilité des témoins. Soulignant le manque de crédibilité de l’accusé et préférant la version de la victime, il conclut à la culpabilité de celui-ci. La Cour d’appel accueille l’appel de l’accusé et ordonne la tenue d’un nouveau procès. La cour indique que le juge du procès a commis une erreur en utilisant contre l’accusé la déclaration protégée pour mettre en doute sa crédibilité.

*Arrêt* (les juges L’Heureux-Dubé, Gonthier et McLachlin sont dissidents): Le pourvoi est rejeté.

*Le juge en chef Lamer et les juges Cory, Iacobucci, Major, Bastarache et Binnie*: L’aveu de l’accusé fait au psychiatre constitue une déclaration protégée au sens de l’art. 672.21 du *Code*. En tenant pour acquis que la première confession faite aux policiers est inadmissible, la deuxième déclaration le sera également si la connexité entre les deux déclarations est suffisante pour que la seconde ait été contaminée par la première. Cette interprétation est conforme aux exigences de la *Charte canadienne des droits et libertés* qui a constitutionnalisé, à l’art. 7, certains éléments de la règle des confessions. Une confession jugée inadmissible ne saurait être introduite en preuve indirectement sans mettre en cause le droit au silence et le principe interdisant l’auto-incrimination. De plus, puisque c’est en raison de la contamination qui existe entre la première confession et la seconde déclaration que cette dernière est inadmissible, il n’y a donc pas lieu, dans un tel cas, de décider si la deuxième déclaration est une confession faite à une personne en autorité. En l’espèce, la seconde déclaration est inadmissible en raison de sa connexité avec la confession inadmissible antérieure. L’aveu fait au psychiatre résulte directement de la confrontation de l’accusé avec sa première déclaration. Aucune information supplémentaire n’a été obtenue. Puisque la seconde déclaration n’existe qu’en vertu de la première, il n’est pas nécessaire de s’attarder ici à la persistance des facteurs viciateurs, bien qu’en l’espèce ceux-ci étaient toujours présents dans une certaine mesure.

Although it is possible, in certain circumstances, to distinguish between the use of evidence to challenge the credibility of an accused and its use on the merits, that is not the case with the confessions rule. That rule provides that an involuntary confession may not be used for any purpose. The confessions rule excludes the protected statement because it is derived from the prior inadmissible confession.

Section 672.21 of the *Code* is not inconsistent with the application of the confessions rule. In enacting the section, Parliament sought a balance between the need to learn the truth and the protection of accused persons ordered to undergo an assessment of their mental capacity. This balance would be difficult to achieve if the rules of evidence which provide for the exclusion of otherwise inadmissible evidence were set aside. If the exception in s. 672.21(3)(f) does allow previously excluded evidence to be reintroduced indirectly, accused persons will refuse to answer some of their psychiatrist's questions for fear this evidence may be reintroduced at trial. Even more importantly, we must prefer an interpretation of s. 672.21(3)(f) that does not make the provision of no force or effect, if that interpretation is at all plausible. Now that the confessions rule, which does not allow for any use of an involuntary statement, has been given constitutional expression, using evidence contrary to this rule would infringe s. 7 of the *Charter*. Finally, nothing in the wording of s. 672.21(3)(f) indicates that Parliament wanted to abolish the confessions rule; the interpretation that is contrary to the *Charter* must therefore be rejected.

In the circumstances of this case, the fact that the defence accepted the introduction in evidence of the psychiatrist's report containing the protected statement and did not object to the use of this evidence by the Crown during cross-examination of the accused was not a valid waiver or consent to the use of the protected statement.

*Per* L'Heureux-Dubé, Gonthier and McLachlin JJ. (dissenting): The statement the accused made to the psychiatrist is a "protected statement". Section 672.21(3)(f) of the *Criminal Code* permits the use of protected statements to challenge the credibility of the accused where he takes the stand and gives a different statement in evidence. Here, the accused gave a different version of events at trial from that which he had provided to the psychiatrist. In keeping with the limited exception carved out by s. 672.21(3)(f), the trial judge used the

S'il est possible, dans certaines circonstances, de faire la distinction entre l'utilisation d'une preuve dans le but de mettre en doute la crédibilité d'un accusé et son utilisation au fond, ce n'est pas le cas en ce qui concerne la règle des confessions. Cette règle prévoit qu'on ne peut utiliser à quelque fin que ce soit une confession involontaire. La règle des confessions prévoit donc l'exclusion de la déclaration protégée parce qu'elle est dérivée de la confession inadmissible antérieure.

L'article 672.21 du *Code* n'est pas incompatible avec l'application de la règle des confessions. En adoptant cet article, le législateur a cherché un équilibre entre la recherche de la vérité et la protection des accusés soumis à une évaluation de leur capacité mentale. Cet équilibre sera difficilement atteint par la mise à l'écart des règles de preuve qui prévoient l'exclusion d'une preuve par ailleurs inadmissible. Si l'exception de l'al. 672.21(3)f) permet de réintroduire indirectement des preuves précédemment exclues, les accusés refuseront de répondre à certaines questions de leur psychiatre de peur que ces preuves ne soient réintroduites au procès. Plus important encore, il faut favoriser une interprétation de l'al. 672.21(3)f) qui ne rend pas la disposition inopérante, si tant est qu'elle soit plausible. Puisque la règle des confessions qui s'oppose à toute utilisation d'une déclaration involontaire est maintenant constitutionnalisée, l'utilisation d'une preuve en contradiction de cette règle contreviendrait à l'art. 7 de la *Charte*. Enfin, rien dans le texte de l'al. 672.21(3)f) ne permet d'affirmer que le législateur ait voulu écarter la règle des confessions; il faut donc rejeter l'interprétation qui est contraire à la *Charte*.

Dans les circonstances de l'espèce, le consentement de la défense au dépôt en preuve du rapport du psychiatre qui contenait la déclaration protégée et le fait que la défense ne se soit pas opposée à l'utilisation de cette preuve par le ministère public lors du contre-interrogatoire de l'accusé ne constituent ni une renonciation valable ni un consentement à l'utilisation de la déclaration protégée.

*Les juges* L'Heureux-Dubé, Gonthier et McLachlin (dissidents): La déclaration de l'accusé au psychiatre est une «déclaration protégée». L'alinéa 672.21(3)f) du *Code criminel* permet l'utilisation des déclarations protégées en vue de mettre en doute la crédibilité de l'accusé lorsqu'il se présente à la barre et fait une déclaration différente au cours de son témoignage. En l'espèce, au procès, l'accusé a donné une version différente des événements de celle qu'il avait donnée au psychiatre. Conformément à l'exception limitée prévue par

accused's statement to the psychiatrist only on the issue of credibility.

The accused's contention that his statement to the psychiatrist was inadmissible and outside the reach of s. 672.21(3)(f) must be rejected. First, that statement was not an involuntary confession. Even if the psychiatrist could be considered a person in authority, there is no suggestion that the statement to the psychiatrist was not voluntary. The accused was not deprived of his right to choose whether to confess or not. In addition, the statement was not inadmissible because of its links to the earlier police confession which the trial judge ruled inadmissible. The connection between the accused's statement to the psychiatrist and the earlier statement to the police does not meet either branch of the test for inadmissibility by derivation set out in *I. (L.R.) and T. (E.)*. The tainting features which disqualified the first confession were no longer present, and the first statement did not effectively deprive the accused of the choice of whether to make the subsequent statement. The substantial connection between the two statements required by the law to establish involuntariness is therefore not present in this case. To assert that every statement similar to or derived from an inadmissible confession thereby becomes inadmissible is to undermine the rationale of choice that lies at the heart of the confessions rule and the doctrine of derivative exclusion. Connectedness or similarity between a prior inconsistent statement and a subsequent statement renders the subsequent statement inadmissible only if it rises to the level of showing that the connection may have rendered the second statement involuntary.

Second, even if the accused had established that the statement to the psychiatrist was inadmissible, the statement could be used to challenge the accused's credibility pursuant to s. 672.21(3)(f) of the *Criminal Code*. The limited use exception set out in that section is properly interpreted as applying to all "protected statements", including inadmissible confessions. The wording of s. 672.21(3)(f) is clear and conforms to Parliament's intentions. In enacting s. 672.21, Parliament wished not only to facilitate court-ordered assessments of accused persons by providing them with a guarantee of confidentiality, but also to uphold and protect the search for truth. Section 672.21(3)(f) effects a compromise between these two purposes. While the common law confessions rule does not permit inadmissible

l'al. 672.21(3)f), le juge du procès n'a utilisé la déclaration de l'accusé au psychiatre qu'à l'égard de la question de la crédibilité.

L'argument de l'accusé que sa déclaration au psychiatre était inadmissible et soustraite à l'application de l'al. 672.21(3)f) doit être rejeté. Premièrement, cette déclaration n'était pas une confession involontaire. Même s'il était possible de considérer le psychiatre comme une personne en situation d'autorité, personne ne prétend que la déclaration au psychiatre n'était pas volontaire. L'accusé n'a pas été privé de son droit de décider de faire ou non une confession. En outre, la déclaration n'était pas inadmissible en raison de ses liens avec la confession antérieure qui avait été faite à la police et qui avait été déclarée inadmissible par le juge du procès. Le lien entre la déclaration de l'accusé au psychiatre et la déclaration antérieure à la police ne respecte ni l'un ni l'autre des volets du critère établi dans l'arrêt *I. (L.R.) et T. (E.)* en matière d'inadmissibilité par dérivation. Les caractéristiques ayant vicié la première confession n'existaient plus, et la première déclaration n'a pas effectivement privé l'accusé de la possibilité de décider de faire ou non la déclaration subséquente. Le degré de connexité important entre les deux déclarations qui est exigé par le droit pour établir le caractère involontaire n'existe donc pas dans la présente affaire. Affirmer que toute déclaration dérivée d'une confession inadmissible ou similaire à une telle confession devient de ce fait inadmissible a pour effet de miner la raison d'être du choix qui est au cœur de la règle des confessions et de la doctrine de l'exclusion de la preuve dérivée. La connexité ou la similitude entre une déclaration antérieure incompatible et une déclaration subséquente ne rend cette dernière inadmissible que si cette connexité ou similitude est suffisante pour démontrer que le lien est susceptible d'avoir rendu la seconde déclaration involontaire.

Deuxièmement, même si l'accusé avait établi que sa déclaration au psychiatre était inadmissible, elle pourrait néanmoins être utilisée pour mettre en doute sa crédibilité en vertu de l'al. 672.21(3)f) du *Code criminel*. Il est bien fondé de considérer que l'exception limitée en matière d'utilisation prévue par cette disposition s'applique à toutes les «déclarations protégées», y compris les confessions inadmissibles. Le texte de cet alinéa est clair et conforme à l'intention du législateur. En édictant l'art. 672.21, le législateur désirait non seulement faciliter les évaluations psychiatriques ordonnées par les tribunaux en accordant aux accusés une garantie de confidentialité, mais également soutenir et protéger la recherche de la vérité. L'alinéa 672.21(3)f) réalise un compromis entre ces deux objectifs. Bien que la règle de

confessions or statements derived therefrom to be used to impeach an accused's credibility, Parliament has the power to alter the common law. Given the lack of ambiguity in s. 672.21(3)(f) and the absence of a constitutional challenge, this section cannot be read down on constitutional grounds.

Even if the constitutionality of s. 672.21(3)(f) were considered, there is every indication that it would pass constitutional muster. A statement obtained in breach of a constitutional right, specifically the right not to incriminate oneself, does not automatically render any subsequent use of the statement unconstitutional. The consequences of a breach of that right fall to be decided under s. 24 of the *Charter* by assessing whether the use of the statement will bring the administration of justice into disrepute. If situations arise where such use requires exclusion under s. 24(2) they may be addressed on the facts of the case at issue. This does not support the conclusion that Parliament is generally prohibited from permitting the use of protected statements, including inadmissible confessions, to challenge the accused's credibility.

### Cases Cited

By Bastarache J.

**Applied:** *R. v. I. (L.R.) and T. (E.)*, [1993] 4 S.C.R. 504; **referred to:** *Erven v. The Queen*, [1979] 1 S.C.R. 926; *Hebert v. The Queen*, [1955] S.C.R. 120; *R. v. Mannion*, [1986] 2 S.C.R. 272; *R. v. Kuldip*, [1990] 3 S.C.R. 618; *M'Naghten's Case* (1843), 10 Cl. & Fin. 200, 8 E.R. 718; *R. v. Swain*, [1991] 1 S.C.R. 933; *R. v. Whittle*, [1994] 2 S.C.R. 914; *Monette v. The Queen*, [1956] S.C.R. 400; *R. v. Calder*, [1996] 1 S.C.R. 660; *R. v. B. (K.G.)*, [1993] 1 S.C.R. 740; *R. v. Pelletier* (1986), 29 C.C.C. (3d) 533; *Thompson v. Goold & Co.*, [1910] A.C. 409; *R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 S.C.R. 295; *Motel Pierre Inc. v. Cité de Saint-Laurent*, [1967] Que. Q.B. 239; *Slaight Communications Inc. v. Davidson*, [1989] 1 S.C.R. 1038; *R. v. Cook*, [1998] 2 S.C.R. 597; *R. v. Dietrich* (1970), 1 C.C.C. (2d) 49; *Park v. The Queen*, [1981] 2 S.C.R. 64.

By McLachlin J. (dissenting)

*R. v. I. (L.R.) and T. (E.)*, [1993] 4 S.C.R. 504; *R. v. Hebert*, [1990] 2 S.C.R. 151; *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 S.C.R. 27; *Slaight Communications Inc.*

common law relative aux confessions n'autorise pas l'utilisation des confessions inadmissibles ou des déclarations qui en sont dérivées pour attaquer la crédibilité d'un accusé, le législateur a le pouvoir de modifier la common law. Vu l'absence d'ambiguïté du texte de l'al. 672.21(3)f et le fait qu'on ne conteste pas sa constitutionnalité, cette disposition ne peut recevoir une interprétation atténuée pour des motifs d'ordre constitutionnel.

Même si la constitutionnalité de l'al. 672.21(3)f était contestée, tout indique qu'il résisterait à un tel examen. Le fait qu'une déclaration a été obtenue en violation d'un droit reconnu par la Constitution, en l'occurrence le droit de ne pas s'incriminer, ne rend pas automatiquement inconstitutionnelle toute utilisation subséquente de cette déclaration. Les conséquences d'une atteinte à ce droit sont déterminées par application de l'art. 24 de la *Charte*, c'est-à-dire en décidant si l'utilisation de la déclaration en cause est susceptible de déconsidérer l'administration de la justice. Les cas où une telle utilisation d'une déclaration commande d'écarter celle-ci en vertu du par. 24(2) peuvent être décidés à la lumière des faits qui leur sont propres. Cela ne permet pas de conclure qu'il est généralement interdit au législateur de permettre l'utilisation de déclarations protégées, y compris les confessions inadmissibles, pour mettre en doute la crédibilité de l'accusé.

### Jurisprudence

Citée par le juge Bastarache

**Arrêt suivi:** *R. c. I. (L.R.) et T. (E.)*, [1993] 4 R.C.S. 504; **arrêts mentionnés:** *Erven c. La Reine*, [1979] 1 R.C.S. 926; *Hebert c. The Queen*, [1955] R.C.S. 120; *R. c. Mannion*, [1986] 2 R.C.S. 272; *R. c. Kuldip*, [1990] 3 R.C.S. 618; *M'Naghten's Case* (1843), 10 Cl. & Fin. 200, 8 E.R. 718; *R. c. Swain*, [1991] 1 R.C.S. 933; *R. c. Whittle*, [1994] 2 R.C.S. 914; *Monette c. The Queen*, [1956] R.C.S. 400; *R. c. Calder*, [1996] 1 R.C.S. 660; *R. c. B. (K.G.)*, [1993] 1 R.C.S. 740; *R. c. Pelletier* (1986), 29 C.C.C. (3d) 533; *Thompson c. Goold & Co.*, [1910] A.C. 409; *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 R.C.S. 295; *Motel Pierre Inc. c. Cité de Saint-Laurent*, [1967] B.R. 239; *Slaight Communications Inc. c. Davidson*, [1989] 1 R.C.S. 1038; *R. c. Cook*, [1998] 2 R.C.S. 597; *R. c. Dietrich* (1970), 1 C.C.C. (2d) 49; *Park c. La Reine*, [1981] 2 R.C.S. 64.

Citée par le juge McLachlin (dissidente)

*R. c. I. (L.R.) et T. (E.)*, [1993] 4 R.C.S. 504; *R. c. Hebert*, [1990] 2 R.C.S. 151; *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 R.C.S. 27; *Slaight Communications Inc.*

v. *Davidson*, [1989] 1 S.C.R. 1038; R. v. *Zundel*, [1992] 2 S.C.R. 731; R. v. *Kuldip*, [1990] 3 S.C.R. 618; R. v. *Whittle* [1994] 2 S.C.R. 914; R. v. *White*, [1999] 2 S.C.R. 417.

#### Statutes and Regulations Cited

*Canadian Charter of Rights and Freedoms*, ss. 1, 7, 11(c), 13, 24(2).  
*Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46 [am. 1991, c. 43, s. 4], ss. 672.11(a), (b), 672.21, 672.21(3)(f), 686(1)(b)(iii) [*idem*, s. 9 (Sch., item 8)].

#### Authors Cited

Canada. Canadian Committee on Corrections. Report. *Toward Unity: Criminal Justice and Corrections*. Ottawa: Queen's Printer, 1969.  
 Canada. Department of Justice. *Report of a Committee Appointed to Inquire Into the Principles and Procedures Followed in the Remission Service of the Department of Justice of Canada*. Ottawa: Queen's Printer, 1956.  
 Canada. *House of Commons Debates*, vol. III, 3rd Sess., 34th Parl., October 4, 1991, p. 3296.  
 Canada. Law Reform Commission. *Mental Disorder in the Criminal Process*. Ottawa: The Commission, 1976.  
 Canada. Royal Commission to investigate the Penal System of Canada. *Report of the Royal Commission to investigate the Penal System of Canada*. Ottawa: King's Printer, 1938.  
 Côté, Pierre-André. *The Interpretation of Legislation in Canada*, 2nd ed. Cowansville: Yvon Blais, 1991.  
 Driedger on the Construction of Statutes, 3rd ed. by Ruth Sullivan. Toronto: Butterworths, 1994.

APPEAL from a judgment of the Quebec Court of Appeal (1997), 10 C.R. (5th) 235, 119 C.C.C. (3d) 276, [1997] Q.J. No. 2267 (QL), allowing the accused's appeal from his conviction and ordering a new trial. Appeal dismissed, L'Heureux-Dubé, Gonthier and McLachlin JJ. dissenting.

*Maurice Galarneau and Caroline Vallières*, for the appellant.

*Robert Malo*, for the respondent.

c. *Davidson*, [1989] 1 R.C.S. 1038; R. c. *Zundel*, [1992] 2 R.C.S. 731; R. c. *Kuldip*, [1990] 3 R.C.S. 618; R. c. *Whittle* [1994] 2 R.C.S. 914; R. c. *White*, [1999] 2 R.C.S. 417.

#### Lois et règlements cités

*Charte canadienne des droits et libertés*, art. 1, 7, 11c), 13, 24(2).  
*Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46 [mod. 1991, ch. 43, art. 4], art. 672.11a), b), 672.21, 672.21(3)f), 686(1)b)(iii) [*idem*, art. 9 (ann., art. 8)].

#### Doctrine citée

Canada. Comité canadien de la réforme pénale et correctionnelle. Rapport. *Justice pénale et correction: un lien à forger*. Ottawa: Imprimeur de la Reine, 1969.  
 Canada. Commission de réforme du droit. *Le désordre mental dans le processus pénal*. Ottawa. La Commission, 1976.  
 Canada. Commission royale d'enquête sur le système pénal du Canada. *Rapport de la Commission royale d'enquête sur le système pénal du Canada*. Ottawa: Imprimeur du Roi, 1938.  
 Canada. *Débats de la Chambre des communes*, vol. III, 3<sup>e</sup> sess., 34<sup>e</sup> lég., 4 octobre 1991, p. 3296.  
 Canada. Ministère de la Justice. *Rapport d'un comité institué pour faire enquête sur les principes et les méthodes suivis au service des pardons du ministère de la Justice du Canada*. Ottawa: Imprimeur de la Reine, 1956.  
 Côté, Pierre-André. *Interprétation des lois*, 2<sup>e</sup> éd. Cowansville: Yvon Blais, 1990.  
 Driedger on the Construction of Statutes, 3rd ed. by Ruth Sullivan. Toronto: Butterworths, 1994.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel du Québec (1997), 10 C.R. (5th) 235, 119 C.C.C. (3d) 276, [1997] A.Q. n° 2267 (QL), qui a accueilli l'appel de l'accusé contre sa déclaration de culpabilité et ordonné la tenue d'un nouveau procès. Pourvoi rejeté, les juges L'Heureux-Dubé, Gonthier et McLachlin sont dissidents.

*Maurice Galarneau et Caroline Vallières*, pour l'appelante.

*Robert Malo*, pour l'intimé.

English version of the judgment of Lamer C.J. and Cory, Iacobucci, Major, Bastarache and Binnie JJ. delivered by

BASTARACHE J. —

## I. Introduction

The interpretation of a statutory provision is often problematic when the extent to which it must be consistent with traditional common law rules and the constitutional values of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* is to be determined. That is what must be done in the case at bar with respect to s. 672.21(3)(f) of the *Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46, which deals with the circumstances in which a “protected statement” made by an accused to a psychiatrist who is assessing his or her fitness to stand trial is admissible.

## II. Facts

The respondent B.G. is charged with engaging in various acts of a sexual nature with his young cousin D.C. over a seven-year period. The alleged incidents began in 1983 when the respondent was nineteen and the victim five years old.

On March 18, 1993, at the request of the police, the respondent went to a Sûreté du Québec police station, accompanied by his older brother. After he was cautioned and his constitutional rights were read, the respondent made an inculpatory statement which was taken down in writing by the police, in which he admitted and explained in detail the alleged sexual assaults. The respondent was subsequently charged with a summary conviction offence.

In February 1994, during the *pro forma* hearing, the court, with the consent of the parties, directed psychiatrist John Wolwertz to assess the respondent’s fitness to stand trial and his capacity for criminal responsibility under s. 672.11(a) and (b) of the *Criminal Code*. During this assessment, the respondent made an incriminating admission (hereafter the “protected statement”) to Dr. Wolwertz when the latter asked him to explain

Le jugement du juge en chef Lamer et des juges Cory, Iacobucci, Major, Bastarache et Binnie a été rendu par

LE JUGE BASTARACHE —

## I. Introduction

L’interprétation d’une disposition législative est souvent problématique lorsqu’il s’agit de déterminer dans quelle mesure elle doit s’harmoniser avec les règles traditionnelles de la common law et avec les valeurs constitutionnelles de la *Charte canadienne des droits et libertés*. C’est ce qu’il nous faut faire en l’espèce au sujet de l’al. 672.21(3)f) du *Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46, portant sur les modalités applicables à l’admissibilité d’une «déclaration protégée» faite par un accusé au psychiatre qui procède à l’évaluation de sa capacité à subir son procès.

## II. Les faits

L’intimé B.G., est accusé de s’être livré à divers actes à caractère sexuel sur son jeune cousin D.C. pendant une période de sept ans. Les événements reprochés débutent en 1983 alors que l’intimé est âgé de dix-neuf ans et la victime de cinq ans.

Le 18 mars 1993, à la demande des policiers, l’intimé se présente à un poste de la Sûreté du Québec, accompagné de son frère aîné. Après avoir reçu une mise en garde et obtenu lecture de ses droits constitutionnels, l’intimé fournit à la police une déclaration inculpatoire qui sera consignée par écrit, dans laquelle il admet et explique en détail le déroulement des agressions sexuelles reprochées. L’intimé est subséquemment inculpé par voie de procédure sommaire.

En février 1994, lors de l’enquête *pro forma*, le tribunal mandate, du consentement des parties, le psychiatre John Wolwertz afin d’évaluer l’aptitude de l’intimé à subir son procès et sa capacité d’encourir une responsabilité criminelle suivant les al. 672.11a) et b) du *Code criminel*. Lors de cette évaluation, le Dr Wolwertz obtient de l’intimé un aveu incriminant (ci-après la «déclaration protégée») en lui demandant de s’expliquer au

1

2

3

4

the out-of-court statement he had made to the police the year before.

5 The defence requested a second assessment, to be made by psychiatrist Paul-André Lafleur. After noting the respondent's limited mental capacity, lack of education and state of dependence, Dr. Lafleur and Dr. Wolwertz nevertheless concluded in their respective reports that he was fit to stand trial and should be considered to be of sound mind at the time of commission of the alleged acts. The reports also emphasized that the respondent was very accommodating toward those in authority and that his answers were unreliable in an anxiety-producing situation.

6 At trial, following the victim's testimony, the Crown sought to introduce the respondent's out-of-court statement. After a *voir dire*, Judge Lamoureux, sitting without a jury, ruled the statement inadmissible based on the psychiatric assessments which called into question the accused's ability to understand the consequences of his statement and its possible use in court, and on the unreliability of the accused's answers in an anxiety-producing situation.

7 The respondent later testified for the defence and denied any sexual activity with the victim. The Crown then cross-examined him on his "protected statement" under s. 672.21(3)(f) of the *Criminal Code*, in view of its inconsistency with his testimony. The defence did not object to these questions. Finally, before closing the case, counsel for both parties agreed to file the testimony given by the two psychiatrists during the *voir dire*, as well as their respective reports.

### III. Relevant Statutory Provisions

8 Section 672.21 of the *Criminal Code* provides as follows:

**672.21 (1)** In this section, "protected statement" means a statement made by the accused during the course and for the purposes of an assessment or treatment directed by a disposition, to the person specified in

sujet de la déclaration extrajudiciaire faite aux policiers l'année précédente.

Une seconde expertise est demandée par la défense, qui mandate le psychiatre Paul-André Lafleur à cette fin. Dans leurs rapports respectifs, le Dr Lafleur et le Dr Wolwertz, après avoir souligné les faibles capacités mentales, le manque d'éducation et l'état de dépendance de l'intimé, ont néanmoins conclu qu'il était apte à subir son procès et devait être tenu pour sain d'esprit au moment de la perpétration des actes reprochés. Les rapports soulignent également la grande complaisance de l'intimé devant les personnes en autorité et le peu de fiabilité de ses réponses lorsqu'il se trouve dans une situation anxiogène.

Au procès, à la suite du témoignage de la victime, le ministère public tente d'introduire en preuve la déclaration extrajudiciaire de l'intimé. À la suite d'un voir-dire, le juge Lamoureux, siégeant sans jury, déclare celle-ci inadmissible. Il se fonde en cela sur les expertises psychiatriques qui le font douter de la capacité de l'accusé à comprendre les conséquences de sa déclaration et de son utilisation éventuelle devant le tribunal, ainsi que sur le peu de fiabilité des réponses de l'accusé lorsqu'il se trouve dans une situation anxiogène.

Par la suite, l'intimé témoigne en défense et nie toute activité sexuelle avec la victime. Le ministère public le contre-interroge alors sur sa «déclaration protégée» en vertu de l'al. 672.21(3)f) du *Code criminel*, vu l'incompatibilité entre celle-ci et son témoignage. La défense ne s'oppose pas à ces questions. Enfin, avant de clore la preuve, les procureurs conviennent de déposer les témoignages rendus par les deux psychiatres lors du voir-dire, ainsi que leurs rapports respectifs.

### III. Les dispositions législatives pertinentes

L'article 672.21 du *Code criminel* prévoit:

**672.21 (1)** Au présent article, «déclaration protégée» s'entend de la déclaration faite par l'accusé dans le cadre de l'évaluation ou du traitement prévu par une décision à la personne désignée dans l'ordonnance

the assessment order or the disposition, or to anyone acting under that person's direction.

(2) No protected statement or reference to a protected statement made by an accused is admissible in evidence, without the consent of the accused, in any proceeding before a court, tribunal, body or person with jurisdiction to compel the production of evidence.

(3) Notwithstanding subsection (2), evidence of a protected statement is admissible for the purpose of

(a) determining whether the accused is unfit to stand trial;

(b) making a disposition or placement decision respecting the accused;

(c) finding whether the accused is a dangerous mentally disordered accused under section 672.65;

(d) determining whether the balance of the mind of the accused was disturbed at the time of commission of the alleged offence, where the accused is a female person charged with an offence arising out of the death of her newly-born child;

(e) determining whether the accused was, at the time of the commission of an alleged offence, suffering from automatism or a mental disorder so as to be exempt from criminal responsibility by virtue of subsection 16(1), if the accused puts his or her mental capacity for criminal intent into issue, or if the prosecutor raises the issue after verdict;

(f) challenging the credibility of an accused in any proceeding where the testimony of the accused is inconsistent in a material particular with a protected statement that the accused made previously; or

(g) establishing the perjury of an accused who is charged with perjury in respect of a statement made in any proceeding.

#### IV. Judicial History

##### A. *Court of Québec* (February 14, 1996)

Faced with contradictory versions of the facts, Judge Lamoureux stated that the debate turned entirely on the credibility of the witnesses. It was because of the accused's lack of credibility, due *inter alia* to his admission of guilt to Dr. Wolwertz and subsequent denial before the court, that Judge Lamoureux found the accused guilty, preferring

d'évaluation ou la décision ou à un préposé de cette personne.

(2) Les déclarations protégées ou la mention d'une déclaration protégée faite par l'accusé ne sont pas admissibles en preuve sans le consentement de l'accusé dans toute procédure devant un tribunal, une cour, un organisme ou une personne qui a compétence pour ordonner la production d'éléments de preuve.

(3) Par dérogation au paragraphe (2), une preuve d'une déclaration protégée est admissible pour:

a) déterminer l'aptitude de l'accusé à subir son procès;

b) rendre une décision ou une ordonnance de placement à l'égard de l'accusé;

c) déterminer si l'accusé est un accusé dangereux atteint de troubles mentaux au sens de l'article 672.65;

d) déterminer si l'accusée inculpée d'une infraction liée à la mort de son enfant nouveau-né était mentalement déséquilibrée au moment de la perpétration de l'infraction;

e) déterminer si l'accusé était atteint de troubles mentaux ou d'automatisme de nature à ne pas engager sa responsabilité criminelle sous le régime du paragraphe 16(1) au moment de la perpétration de l'infraction reprochée, à la condition que l'accusé ait lui-même mis en doute sa capacité mentale à former l'intention criminelle nécessaire ou que le poursuivant soulève la question après le verdict;

f) mettre en doute la crédibilité de l'accusé lorsque le témoignage qu'il rend dans des procédures est incompatible sur un point important avec une déclaration protégée qu'il a déjà faite;

g) prouver le parjure d'une personne accusée de parjure en raison d'une déclaration faite au cours de quelques procédures que ce soit.

#### IV. Historique judiciaire

##### A. *La Cour du Québec* (14 février 1996)

Confronté à des versions contradictoires des faits, le juge Lamoureux souligne que le débat porte entièrement sur la crédibilité des témoins. C'est en raison du manque de crédibilité de l'accusé, résultant entre autres de son admission de culpabilité au Dr Wolwertz et de la négation subséquente devant la cour, que le juge Lamoureux

the victim's version of the facts, which was the Crown's only evidence. He stated the following in this regard:

[TRANSLATION] The accused gave, invented two (2) scenarios for the crime with which he was charged. What credibility must I give to the testimony of the accused, who admitted to Dr. Wolwertz that he sexually assaulted the victim and who, under oath, before the Court, denied this statement? That the accused says to the Court that he was intimidated, I cannot accept this defence which was the only one put forward by the accused, his state of mind. I understand that the accused may have certain problems, but not to the point of not . . . in any event, he proved during his meeting with Dr. Wolwertz that he could understand the questions put to him reasonably well. I therefore accept what he said to Dr. Wolwertz.

The second part, the grounds which led me to a decision, is that I was not particularly impressed by the accused's testimony. I understand that the accused has certain problems, they are discussed in the reports by Dr. Wolwertz and Dr. Paul-André Lafleur, but neither of them can satisfy me that the accused did not know or could not understand the admissions he made. It is a question of credibility, and if, for the purposes of the authorities, I refer, as I must, to the Supreme Court's directions in *W.B.C.* on credibility with regard to the accused's behaviour during the trial, I cannot accept his testimony or his denial of the actions, the sexual assaults he committed.

B. *Quebec Court of Appeal* (1997), 10 C.R. (5th) 235

<sup>10</sup> Proulx J.A., for the court, first examined the legislative provisions concerning the use of a protected statement, namely s. 672.21 of the *Criminal Code*. He noted that the admissibility of an out-of-court statement of this type depends on the purpose for which it was introduced. He added that subs. (3)(f), which applies in the case at bar, was a codification of the principles set out by the Supreme Court in *R. v. Mannion*, [1986] 2 S.C.R. 272, and *R. v. Kuldip*, [1990] 3 S.C.R. 618.

<sup>11</sup> After noting that the respondent's admission to Dr. Wolwertz was indeed a "protected statement"

conclut à sa culpabilité, préférant la version des faits de la victime, qui constituait la seule preuve du ministère public. Il affirme à ce sujet:

L'accusé a donné, a inventé deux (2) scénarios pour le crime qu'on lui reproche. Quelle crédibilité dois-je donner au témoignage de l'accusé, qui a admis au docteur Wolwertz qu'il a agressé sexuellement la victime et qui, sous serment, devant la Cour, nie cette déclaration? Que l'accusé dise à la Cour qu'il était intimidé, je ne peux pas retenir cette à peu près seule défense que l'accusé a présentée, son état psychique. Je comprends que l'accusé peut avoir certains problèmes, mais pas au point de ne pas . . . d'ailleurs, il a prouvé lors de sa rencontre avec le docteur Wolwertz, qu'il pouvait raisonnablement bien comprendre les questions qui lui étaient posées. Alors, moi je retiens les paroles qu'il a tenues avec le docteur Wolwertz.

La deuxième partie, les motifs qui m'ont m'amené (*sic*) à une conclusion, est que je n'ai pas particulièrement été épaté par le témoignage rendu par l'accusé. Je comprends que l'accusé a certains problèmes, on les considère dans le rapport du docteur Wolwertz, dans le rapport du docteur Paul-André Lafleur, mais ni un (*sic*) ni l'autre ne peut m'amener à la conclusion que l'accusé ne savait pas ou ne pouvait pas comprendre les admissions qu'il a faites. C'est une question de crédibilité, et si, pour les fins de la jurisprudence, je me réfère, et je dois le faire, aux impératifs de la cause *W.B.C.* de la Cour suprême sur la crédibilité vis-à-vis le comportement de l'accusé lors du procès, je ne retiens pas son témoignage, je ne retiens pas sa négation des gestes, des agressions sexuelles qu'il a commises.

B. *La Cour d'appel du Québec* (1997), 10 C.R. (5th) 235

Le juge Proulx, au nom de la cour, a d'abord examiné les dispositions législatives concernant l'usage d'une déclaration protégée, soit l'art. 672.21 du *Code criminel*. Il a noté que la recevabilité d'une déclaration extrajudiciaire de cette nature était fonction du but recherché par sa mise en preuve. Il a ajouté que l'al. (3)f), applicable en l'instance, était une codification des principes énoncés par la Cour suprême dans les arrêts *R. c. Mannion*, [1986] 2 R.C.S. 272, et *R. c. Kuldip*, [1990] 3 R.C.S. 618.

Après avoir noté que l'aveu de l'intimé au Dr Wolwertz constituait bel et bien une «déclara-

within the meaning of s. 672.21 of the *Criminal Code*, Proulx J.A. stated that this admission could normally be put to the respondent in cross-examination to challenge his credibility, but that the source of the problem in the instant case was that the statement itself was obtained illegally. At p. 242 he states:

[TRANSLATION] To read s. 672.21(3)(f) so as to authorize the use of any “protected statement” of an accused, without regard to the means used to obtain it, would contravene the most basic principles of fundamental justice which are entrenched in the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* and which also govern the exercise of the Court’s discretionary power to exclude evidence where the prejudice which would result from its admission would outweigh its probative value.

In the case before us, the evidence of the admission was obtained by Dr. Wolwertz by confronting the appellant [the respondent in this appeal] with his statement to the police which was later held inadmissible by the trial judge because it was not given freely and voluntarily. It seems difficult to imagine a clearer case for the application of the rule that “involuntary statements may not be used”, as the Supreme Court recently reiterated in *R. v. Calder*, [1996] 1 S.C.R. 660, p. 674. Furthermore, in that case, the Court adopted what had been stated in . . . *Monette v. The Queen*, [1956] S.C.R. 400], that is, that “nothing more ought to be heard of it” once a statement by the accused has been held inadmissible. Consequently, the admission obtained by Dr. Wolwertz was also inadmissible and the trial judge erred in using it against the [respondent].

The Court of Appeal was of the view that in his evaluation of the protected statement, Judge Lamoureux should have considered the same grounds which justified the exclusion of the first statement to the police, namely the lack of reliability of the respondent’s answers in an unusual and anxiety-producing situation.

The issue of consent by the defence to the use of the admission, which was raised by the Crown, was also examined by the Court of Appeal, which dealt with it as follows at p. 243:

[TRANSLATION] . . . I find it difficult to believe that after successfully challenging the admissibility of the admis-

sion protégée» au sens de l’art. 672.21 du *Code criminel*, le juge Proulx a observé que cet aveu pouvait normalement être opposé à l’intimé en contre-interrogatoire pour mettre en doute sa crédibilité, mais que la source du problème en l’instance résidait dans l’obtention illégale de la déclaration elle-même. Il affirme à la p. 242:

Lire l’al. 672.21(3)(f) de manière à autoriser l’utilisation de toute «déclaration protégée» d’un accusé, sans égard aux moyens utilisés pour l’obtenir, contreviendrait aux principes les plus élémentaires de justice fondamentale qui sont enchâssés dans la *Charte canadienne des droits et libertés* et qui régissent également l’exercice du pouvoir discrétionnaire du Tribunal d’écarter une preuve si le préjudice qui découlerait de son admission l’emportait sur sa valeur probante.

Dans le cas à l’étude, la preuve de l’aveu a été obtenue par le Dr Wolwertz en confrontant l’appelant [l’intimé dans le présent pourvoi] à sa déclaration donnée aux policiers qui a été par la suite jugée irrecevable par le premier juge parce que non libre et volontaire. Il me semble difficile d’imaginer un cas plus clair d’application de la règle qu’«on ne peut faire usage d’une déclaration involontaire», comme le rappelait récemment la Cour suprême dans l’arrêt *R. c. Calder*, [1996] 1 R.C.S. 660 [. . .], p. 674. D’ailleurs dans cet arrêt, la Cour reprend ce qui avait été affirmé dans [. . .] *Monette [c. The Queen]*, [1956] R.C.S. 400], à savoir, qu’ [TRANSLATION] «il n’en sera plus question» après qu’une déclaration d’un accusé ait été jugée irrecevable. En conséquence, l’aveu obtenu par le Dr Wolwertz était également irrecevable et c’est à tort que le premier juge l’a utilisé contre [l’intimé].

La Cour d’appel est d’avis que les mêmes raisons qui justifiaient l’exclusion de la première déclaration policière, à savoir le peu de fiabilité des réponses de l’intimé dans une situation inhabituelle et anxiogène, auraient dû être considérées par le juge Lamoureux dans son évaluation de la déclaration protégée.

La question du consentement de la défense à l’utilisation de l’aveu, soulevée par le ministère public, est aussi examinée par la Cour d’appel, qui en dispose en ces termes, à la p. 243:

. . . je peux difficilement concevoir qu’après avoir contesté avec succès l’admission en preuve des aveux faits

12

13

sions made by [the respondent] to the police, counsel for the [respondent] nevertheless wanted these admissions used against his client, through Dr. Wolwertz's report: the consent to the production of the report therefore cannot have this result.

#### V. Issues

- 14 On February 12, 1998, this Court granted the appellant leave to appeal the judgment of the Quebec Court of Appeal on the following issue:

[TRANSLATION] Did the Court of Appeal err in law in unanimously deciding that the trial judge had erred in law in interpreting s. 672.21(3)(f) of the *Criminal Code* as allowing him to use the respondent's "protected statement" against him?

The appellant has also formulated the following issue:

[TRANSLATION] May a "protected statement" be used for the purposes prescribed by the Act if it was obtained through the use of evidence, in this case an out-of-court statement, which was subsequently found to be inadmissible?

#### VI. Analysis

- 15 Part XX.1 of the *Criminal Code* is the result of a consolidation of all of the criminal law principles concerning persons with mental disorders. This consolidation occurred in February 1992, following much consultation and lengthy reflection on this issue which took into account the principles established by the House of Lords, in the nineteenth century, in *M'Naghten's Case* (1843), 10 Cl. & Fin. 200, 8 E.R. 718, and the recommendations of the Archambault Commission in 1938, the Fauteux Committee in 1956, the Ouimet Committee in 1969, and the Law Reform Commission of Canada in 1976. The key to these amendments, however, was this Court's decision in *R. v. Swain*, [1991] 1 S.C.R. 933.

- 16 Section 672.21 of the *Code* deals specifically with protected statements made by an accused during the assessment of his or her mental capacity and sets out the general principle that they are inadmissible in evidence at trial. Subsection (3) recognizes several exceptions to this principle,

par [l'intimé] aux policiers, l'avocat de [l'intimé] ait voulu que ces aveux soient néanmoins retenus contre son client, par le biais du rapport du Dr Wolwertz: le consentement à la production du rapport ne peut donc avoir cet effet.

#### V. Les questions en litige

Le 12 février 1998, notre Cour accordait à l'appelante l'autorisation de se pourvoir contre le jugement de la Cour d'appel du Québec sur la question suivante:

La Cour d'appel a-t-elle erré en droit en décidant à l'unanimité que le juge de première instance a commis une erreur de droit en interprétant l'article 672.21(3)f) du *Code criminel* comme lui permettant d'utiliser contre l'intimé sa «déclaration protégée»?

L'appelante formule également la question suivante:

Une «déclaration protégée» peut-elle être utilisée selon les fins prescrites par la loi si elle a été obtenue en faisant usage d'une preuve, en l'occurrence une déclaration extrajudiciaire, jugée inadmissible ultérieurement?

#### VI. L'analyse

La partie XX.1 du *Code criminel* est le résultat d'une refonte de tous les principes du droit pénal concernant les personnes atteintes de troubles mentaux. Cette refonte est survenue en février 1992, à la suite de nombreuses consultations et d'une longue réflexion sur la question qui a pris en compte les principes établis par l'affaire *M'Naghten* (1843), 10 Cl. & Fin. 200, 8 E.R. 718, de la Chambre des lords au XIX<sup>e</sup> siècle, les recommandations de la Commission Archambault en 1938, du Comité Fauteux en 1956, du Comité Ouimet en 1969, et de la Commission de réforme du droit du Canada en 1976. L'élément clé de ces modifications fut cependant la décision de notre Cour dans *R. c. Swain*, [1991] 1 R.C.S. 933.

L'article 672.21 du *Code* traite spécifiquement des déclarations protégées faites par un accusé lors de l'évaluation de sa capacité mentale et consacre le principe général de leur inadmissibilité en preuve lors du procès. Le paragraphe (3) reconnaît cependant diverses exceptions au principe, en

however, in particular in para. (f), which provides for admissibility to challenge the credibility of the accused where his or her testimony is inconsistent with the protected statement.

#### A. *The Nature of the “Protected Statement”*

In order to determine whether s. 672.21(3)(f) permitted the use at trial of the admission made by the accused to Dr. Wolwertz in the case at bar, we must first examine the contents of the statement. In view of its importance, I shall reproduce in full the passage from the psychiatrist’s report that gave rise to the controversy:

[TRANSLATION] When he was confronted with the statement made to the police, he said to us: “Since I didn’t know what to say, I told a story and since it was the first time I had dealings with the police, I was a bit uncomfortable since it is because of my aunt . . .”. When he was asked why [D.C.] or his aunt . . . would have spoken to the police, he gave me the following answer: “I don’t know why they are doing that, it may be that my aunt is angry with me because I let them down even though I was always with them, I helped them, I always looked after [D.]!” and added: “I don’t know why they are doing that when we were always good friends . . . I said what I did because I was uncomfortable, I was afraid!”. He later added: “Someone who hadn’t done that would find it hard to talk about it in detail and I said it like it was!”. He is also aware that what he is alleged to have done is wrong because he said: “I know that assaulting a child, that it’s not done and that it can have serious consequences. If I am found guilty, I can be sent to prison . . . but I regret having said that!”. When I went over the details of his statement with him and pointed out that it explains fairly well what happened between him and [D.C.], he replied: “Yes, I know”, and hastened to add “maybe the police misunderstood!”.

However, it was especially when I compared his statement with that of [D.C.] and showed him that there were remarks or phrases which were similar that he expressed astonishment, immediately searching for a way out, and said: “I made up a story. . . . It’s as if [C.] had copied my story.” But finally, when faced with the evidence that [D.C.]’s statement was made before his, he was confounded and caught off guard, he said to me: “Now that doesn’t make sense. I’ve just learned something. The story I made up, it’s the same.” He then became very tense, worried: “I was nervous when I spoke to the police and I didn’t know what to say.”

particulier à l’al. f), où l’admissibilité est prévue pour mettre en doute la crédibilité de l’accusé lorsqu’il rend un témoignage contredisant sa déclaration protégée.

#### A. *La nature de la «déclaration protégée»*

Afin de déterminer si l’al. 672.21(3)f) permettait en l’espèce d’utiliser au procès l’aveu fait par l’accusé au Dr Wolwertz, il convient d’abord d’examiner le contenu de la déclaration. Vu son importance, je reproduis intégralement l’extrait du rapport du psychiatre qui a donné naissance à la controverse:

Confronté à la déclaration faite aux policiers, il nous dit: «comme je ne savais pas quoi dire, j’ai dit une histoire et comme c’était la première fois que j’avais affaire avec la police, j’étais un peu mal à l’aise car c’est à cause de ma tante . . .». Questionné pourquoi [D.C.] ou sa tante [. . .] auraient fait des commentaires aux policiers, il me fournit la réponse suivante: «je ne sais pas pourquoi ils font ça, c’est peut-être que ma tante m’en veut parce que je les ai laissé tomber alors que j’ai toujours été avec eux, que je leur ai donné un coup de main, que je me suis toujours occupé de [D.]!» et d’ajouter: «je ne sais pas pourquoi ils font ça alors qu’on a toujours été de bons amis . . . j’ai dit ça comme ça parce que j’étais mal à l’aise, j’avais peur!». Il ajoutera encore plus loin: «quelqu’un qui n’aurait pas fait ça aurait de la difficulté à raconter ça en détails et j’ai dit ça comme tel!». Il est d’ailleurs conscient que ce qui lui est reproché est répréhensible car il nous dit «je sais qu’agresser un enfant, ça ne se fait pas et que ça peut aller loin. Si je suis reconnu coupable, je peux être envoyé en prison . . . mais je regrette d’avoir dit ça!». Reprenant avec lui les détails fournis dans sa déclaration et lui signifiant que ça explique assez bien ce qui se passait entre lui et [D.C.], il nous répond alors: «Oui, je le sais» et s’empressant d’ajouter «les policiers ont peut-être mal compris!».

Mais c’est surtout quand je compare sa déclaration à celle de [D.C.] et que je lui indique que des propos, des phrases sont similaires, qu’il exprime sa stupéfaction cherchant aussitôt une issue quand il dit: «j’ai inventé une histoire . . . c’est comme si [C.] avait copié mon histoire». Mais finalement, mis devant l’évidence que la déclaration de [D.C.] est antérieure à la sienne, il est désarçonné et pris de court et me dit: «là, ça ne marche pas l’affaire, je viens d’apprendre quelque chose, l’histoire que j’ai inventée c’est la même affaire!». Et il devient alors très tendu, inquiet: «j’étais énervé quand j’ai parlé aux policiers et je ne savais pas quoi dire!»

Then I asked him the following question: "Were you so nervous with the police that you told the truth?". That was when he agreed, answering in the affirmative.

Et alors que je lui pose la question suivante: «Tu étais tellement énervé devant les policiers que tu as dit l'histoire vraie?». C'est alors qu'il acquiesce répondant par l'affirmative.

18 There is no doubt, and no one disputes, that the admission made to the psychiatrist is indeed a protected statement within the meaning of s. 672.21 of the *Code*. The respondent submits, however, that it is a statement derived from a prior inadmissible statement, which would make it inadmissible.

Il ne fait pas de doute, et personne ne conteste, que l'aveu fait au psychiatre constitue bel et bien une déclaration protégée au sens de l'art. 672.21 du *Code*. L'intimé soutient toutefois qu'il s'agit d'une déclaration dérivée d'une déclaration inadmissible antérieure, ce qui la rendrait inadmissible.

19 With respect to that first statement, it is not clear, from reading Judge Lamoureux's reasons, whether he found that the accused was unable to understand the police officers' caution, in which case the statement was indeed inadmissible, or whether he was of the view that the accused was able to understand the meaning of the statement, but unable to grasp the full seriousness of its consequences. If the trial judge arrived at the latter conclusion, then there is every reason to believe that the first confession should have been admitted, and its weight left to be assessed by him as trier of the facts. That can be seen from *R. v. Whittle*, [1994] 2 S.C.R. 914, at pp. 941 and 947, concerning the "operating mind" test for confessions:

Au sujet de cette première déclaration, il n'est pas clair, à la lecture des motifs du juge Lamoureux, que celui-ci a conclu que l'accusé n'était même pas en mesure de comprendre la mise en garde des policiers, auquel cas la déclaration était effectivement inadmissible, ou qu'il était d'avis que l'accusé était en mesure de comprendre le sens de la déclaration, mais qu'il n'était pas apte à saisir toute la gravité des conséquences de celle-ci. Si c'est à cette seconde conclusion que le juge du procès est parvenu, il y a tout lieu de croire que la première confession aurait dû être admise et que sa valeur probante devait être laissée à son appréciation en qualité de juge des faits. C'est ce que nous enseigne l'arrêt *R. c. Whittle*, [1994] 2 R.C.S. 914, aux pp. 941 et 947, sur le critère de «l'état d'esprit conscient» en matière de confessions:

The operating mind test, which is an aspect of the confessions rule, includes a limited mental component which requires that the accused have sufficient cognitive capacity to understand what he or she is saying and what is said. This includes the ability to understand a caution that the evidence can be used against the accused.

Le critère de l'état d'esprit conscient, qui est une facette de la règle des confessions, comporte un élément psychologique limité selon lequel l'accusé doit avoir une capacité cognitive suffisante pour comprendre ce qu'il dit et ce qui est dit. Cela inclut la capacité de comprendre une mise en garde selon laquelle la déposition pourra être utilisée contre l'accusé.

. . .

. . .

In exercising the right . . . the accused must possess the limited cognitive capacity that is required for fitness to stand trial. . . .

En exerçant son droit [. . .] l'accusé doit avoir la capacité cognitive limitée qui est nécessaire pour être apte à subir son procès. . .

. . .

. . .

The decision by the trial judge to exclude the statements was on an erroneous view that the evidence which he accepted did not satisfy a separate awareness of the consequences test. [Emphasis added.]

La décision du juge du procès d'exclure les déclarations se fondait sur l'opinion erronée que la preuve qu'il avait acceptée ne satisfaisait pas à un critère distinct de la conscience des conséquences.

As that issue is not before the Court, and the Court is not in a position to decide it, I must proceed with my analysis on the basis that the first confession was in fact inadmissible. The question is important, however, and the trial judge will have to re-examine it should there be a new trial.

The leading case on the question of the common law “derived confessions rule” is *R. v. I. (L.R.) and T. (E.)*, [1993] 4 S.C.R. 504, in which this Court, *inter alia*, set out the test for evaluating the degree of connection between the statements, in order to determine when the second statement must be excluded. According to that decision, the second statement must be excluded when it arose out of the first or when they are one and the same. Speaking for the Court, Sopinka J. summarized the state of the authorities on the issue, at p. 526:

Under the rules relating to confessions at common law, the admissibility of a confession which had been preceded by an involuntary confession involved a factual determination based on factors designed to ascertain the degree of connection between the two statements. These included the time span between the statements, advertence to the previous statement during questioning, the discovery of additional incriminating evidence subsequent to the first statement, the presence of the same police officers at both interrogations and other similarities between the two circumstances. See *Boudreau v. The King*, [1949] S.C.R. 262; *Horvath v. The Queen*, [1979] 2 S.C.R. 376; and *Hobbins v. The Queen*, [1982] 1 S.C.R. 553. No general rule excluded subsequent statements on the ground that they were tainted irrespective of the degree of connection to the initial admissible statement. In this regard I adopt the language of Laskin C.J. in *Hobbins*, *supra*, at p. 558, when he states:

There can be no hard and fast rule that merely because a prior statement is ruled inadmissible a second statement taken by the same interrogating officers must be equally vulnerable. Factual considerations must govern, including similarity of circumstances and of police conduct and the lapse of time between the obtaining of the two statements. [Emphasis added.]

La Cour n’ayant pas été saisie de cette question et n’ayant pas les moyens de la trancher, il me faut poursuivre l’analyse en tenant pour acquis que la première confession était de fait inadmissible. La question est néanmoins importante et il sera nécessaire qu’un juge de première instance la réexamine lors d’un éventuel nouveau procès.

L’arrêt principal sur la question de la «règle des confessions dérivées» en common law est *R. c. I. (L.R.) et T. (E.)*, [1993] 4 R.C.S. 504, où notre Cour a notamment établi les critères permettant d’évaluer la connexité des déclarations, afin de déterminer quand la seconde doit être exclue. Selon cet arrêt, la deuxième déclaration doit être exclue lorsqu’elle est issue de la première ou qu’elle ne fait qu’un avec elle. Le juge Sopinka, pour la Cour, résume l’état de la jurisprudence sur la question (à la p. 526):

Selon les règles de common law relatives aux confessions, la détermination de l’admissibilité d’une confession précédée d’une confession involontaire comportait une décision factuelle fondée sur des facteurs destinés à établir le degré de connexité entre les deux déclarations. Ces facteurs comprenaient le délai écoulé entre les déclarations, les allusions à la déclaration antérieure pendant l’interrogatoire, la découverte d’une preuve incriminante supplémentaire après la première déclaration, la présence des mêmes policiers au cours des deux interrogatoires et d’autres similarités entre les deux cas. Voir *Boudreau c. The King*, [1949] R.C.S. 262, *Horvath c. La Reine*, [1979] 2 R.C.S. 376, et *Hobbins c. La Reine*, [1982] 1 R.C.S. 553. Aucune règle générale n’excluait les déclarations subséquentes pour le motif qu’elles étaient entachées d’un vice indépendamment de leur degré de connexité avec la déclaration initiale admissible. À cet égard, j’adopte les propos suivants que tient le juge en chef Laskin, à la p. 558 de l’arrêt *Hobbins*, précité:

Il ne peut y avoir de règle absolue selon laquelle, simplement parce qu’on a jugé irrecevable une déclaration antérieure, une seconde déclaration recueillie par les mêmes policiers doit, elle aussi, être irrecevable. Ce sont les faits, y compris la similitude des circonstances et des procédés employés par la police ainsi que le laps de temps entre les deux déclarations, qui doivent être déterminants. [Je souligne.]

20

21

Sopinka J. then concluded his discussion of the derived confessions rule by stating:

In applying these factors, a subsequent confession would be involuntary if either the tainting features which disqualified the first confession continued to be present or if the fact that the first statement was made was a substantial factor contributing to the making of the second statement.

22

In my view, it is not necessary here to analyse *I. (L.R.) and T. (E.)*, where Sopinka J. was dealing with a situation in which two confessions are made to persons in authority. It is sufficient to retain from it that the derived confessions rule applies where there is a sufficient connection between the two statements. This follows from the rationale for the rule. The Quebec Court of Appeal cited *Monette v. The Queen*, [1956] S.C.R. 400, in this regard, where the Court said of an inadmissible statement: “nothing more ought to be heard of it”. The second statement is inadmissible because the first confession contaminated it. Therefore, it is not necessary to decide whether the second statement is a confession made to a person in authority in the present case. This interpretation also meets the requirements of the *Charter*, which entrenched certain aspects of the confessions rule in s. 7. A confession found to be inadmissible could not be introduced indirectly without affecting the right to silence and the principle against self-incrimination, which is what we would be doing by admitting a statement that was “contaminated” by an inadmissible confession.

23

Sopinka J. states clearly that the continued presence of the tainting features or the substantial contribution of the first statement to the making of the second may establish that the second statement was derived from the first. While that is true in the clearest cases, it will generally be easier to establish this when both conditions are present to some extent. Ultimately, what matters is that the court is satisfied that the degree of connection between the

Le juge Sopinka conclut ensuite son exposé sur la règle des confessions dérivées en disant:

Si on applique ces facteurs, une confession subséquente serait involontaire si les\* caractéristiques ayant vicié la première confession existaient toujours ou si la première déclaration était un facteur important qui a incité à faire la seconde déclaration.

À mon avis, il n'est pas nécessaire d'analyser ici l'arrêt *I. (L.R.) et T. (E.)* où le juge Sopinka traite d'une situation où deux confessions sont faites à des personnes en autorité. Il suffit de retenir de cet arrêt que la règle des confessions dérivées s'applique lorsqu'il y a connexité des deux déclarations. Ceci découle de la raison d'être de la règle. La Cour d'appel du Québec cite à ce sujet l'arrêt *Monette c. The Queen*, [1956] R.C.S. 400, où la Cour dit d'une déclaration irrecevable: «*nothing more ought to be heard of it*», c.-à-d. [TRADUCTION] «il n'en sera plus question». C'est en raison de la contamination qui existe entre la première confession et la seconde déclaration que cette dernière est inadmissible. Par conséquent, il n'y a pas lieu de décider si la deuxième déclaration est une confession faite à une personne en autorité en l'espèce. Cette interprétation est aussi conforme aux exigences de la *Charte* qui a constitutionnalisé certains éléments de la règle des confessions, à l'art. 7. Une confession jugée inadmissible ne saurait être introduite en preuve indirectement sans mettre en cause le droit au silence et le principe interdisant l'auto-incrimination, ce que l'on se trouverait à faire en admettant une déclaration «contaminée» par une confession inadmissible.

Le juge Sopinka indique clairement que la persistance des facteurs viciateurs ou l'importance de la première confession dans l'obtention de la seconde peuvent en établir le caractère dérivé. Bien que cela soit vrai dans les cas les plus clairs, il sera généralement plus facile d'établir ce caractère lorsque les deux conditions seront présentes dans une certaine mesure. En définitive, ce qui importe c'est que le tribunal soit convaincu que la

\* L'erreur dans la traduction du texte cité a été corrigée.

two statements is sufficient for the second to have been contaminated by the first.

In the case at bar, the admission made to Dr. Wolwertz resulted directly from the confrontation of the accused with his previous statement. No additional information which was not already included in the inadmissible prior statement was obtained during the meeting; the second admission is merely an assertion of the truth of the first statement. It is interesting to note in this regard that at common law, an admission by an accused during a *voir dire* confirming the truth of a prior confession is inadmissible at trial: *Erven v. The Queen*, [1979] 1 S.C.R. 926. As the respondent states, Dr. Wolwertz in fact cross-examined the accused on his first statement.

Given that the second statement in the case at bar exists only because of the first, it is unnecessary to consider here whether the factors for exclusion continued to exist, although it might be helpful to make a brief comment in this regard. Subject to the doubts expressed in paras. 19 and 20, the confession made to the police was declared inadmissible by Judge Lamoureux apparently for two reasons: the first was the doubt as to the accused's ability to understand the legal consequences of his statement; the second was the unreliability of the accused's answers when he was in an anxiety-producing situation. It seems that these two factors were still present to some extent when the admission was made to Dr. Wolwertz. An interview conducted by a psychiatrist pursuant to an order under s. 672.11 of the *Criminal Code* certainly gives rise to an anxiety-producing situation. Confirmation of the truth of the previous admission was therefore no more reliable than the admission itself. There is also no reason to conclude that the respondent was better able to understand the legal consequences of his statement to Dr. Wolwertz than those of his confession to the police. On the contrary, an accused is generally somewhat mistrustful of the police, whereas he might be less mistrustful as to

connexité entre les deux déclarations est suffisante pour que la seconde ait été contaminée par la première.

En l'espèce, l'aveu fait au Dr Wolwertz résulte directement de la confrontation de l'accusé avec sa déclaration antérieure. Aucune information supplémentaire n'a été obtenue lors de l'entretien qui n'était déjà contenue dans la déclaration antérieure inadmissible; le dernier aveu n'est qu'une confirmation de la véracité de la première déclaration. Il est intéressant de souligner à cet égard qu'en vertu de la common law, l'aveu d'un accusé confirmant la véracité d'une confession antérieure lors d'un *voir-dire* est inadmissible au procès: *Erven c. La Reine*, [1979] 1 R.C.S. 926. Comme l'affirme l'intimé, le Dr Wolwertz a ni plus ni moins contre-interrogé l'accusé sur sa première déclaration.

En raison du fait que la seconde déclaration n'existe en l'espèce qu'en vertu de la première, il n'est pas nécessaire de s'attarder ici à la persistance des facteurs d'exclusion, quoiqu'il puisse être utile de faire un bref commentaire à ce sujet. Sous réserve des doutes exprimés aux par. 19 et 20, la confession faite aux policiers a été déclarée irrecevable par le juge Lamoureux, apparemment pour deux raisons: la première, c'est le doute quant à la capacité de l'accusé de comprendre les conséquences légales de sa déclaration; la seconde, c'est le manque de fiabilité des réponses de l'accusé lorsqu'il se trouve dans une situation anxiogène. Or il semble que ces deux facteurs étaient toujours présents dans une certaine mesure lors de l'aveu fait au Dr Wolwertz. Il est certain qu'une entrevue menée par un psychiatre suivant une ordonnance rendue en vertu de l'art. 672.11 du *Code criminel* donne lieu à une situation anxiogène. La confirmation de la véracité de l'aveu antérieur n'était donc pas plus fiable que l'aveu lui-même. Ensuite, il n'y a aucune raison de conclure que l'intimé était plus à même de réaliser les conséquences légales de sa déclaration au Dr Wolwertz que celles découlant de sa confession faite aux policiers. Bien au contraire, un accusé conserve généralement une certaine méfiance devant les autorités policières alors qu'il peut être moins méfiant quant à l'usage éventuel des déclarations qu'il peut faire devant un psychia-

24

25

the possible use of any statements he may make to a psychiatrist who is assessing his mental capacity.

26 It matters little that the declaration of inadmissibility was made after Dr. Wolwertz had used the original confession. This confession did not become inadmissible at that moment; it was inadmissible as soon as it was made. Knowledge of this inadmissibility by the person who obtains the second confession is not relevant. The second confession is inadmissible because it was derived from the first, not because it was used in bad faith by the person conducting the examination.

27 Since s. 672.21(3)(f) of the *Code* makes the protected statement admissible for the purpose of challenging the credibility of the accused, there is an apparent conflict here between two rules. To resolve the matter properly, we must first examine the scope of the exclusion of evidence under the confessions rule.

#### B. *The Scope of the Confessions Rule*

28 The principles which govern the admissibility of a statement made by an accused to a person in authority are essential to the integrity of the judicial process. As Sopinka J. stated in *Whittle, supra*, at p. 931:

While the confession rule and the right to silence originate in the common law, as principles of fundamental justice they have acquired constitutional status under s. 7 of the *Charter*.

29 As the exception in s. 672.21(3)(f) allows a statement to be used solely to challenge an accused's credibility, and not as proof of its contents, it is important to know whether, notwithstanding the confessions rule, it is possible to use a statement whose voluntariness has not been established for this purpose. That is the first step, before arriving at the question of using a statement found to be inadmissible in order to challenge the credibility of an accused.

tre qui procède à l'évaluation de sa capacité mentale.

Il importe peu que la déclaration d'inadmissibilité ait été subséquente à l'utilisation par le Dr Wolwertz de la confession originale. Cette confession n'est pas devenue inadmissible à ce moment; elle l'était dès qu'elle fut prononcée. La connaissance de cette inadmissibilité par celui qui obtient la seconde confession n'est pas pertinente. C'est parce qu'elle est dérivée de la première confession que la deuxième est inadmissible. Ce n'est pas en raison de son utilisation de mauvaise foi par la personne procédant à l'interrogatoire.

Puisque l'al. 672.21(3)f) du *Code* rend la déclaration protégée admissible afin de mettre en doute la crédibilité de l'accusé, il y a ici un conflit apparent entre deux règles. Pour en juger correctement, il faut d'abord examiner la portée de l'exclusion d'une preuve en vertu de la règle des confessions.

#### B. *La portée de la règle des confessions*

Les principes qui régissent l'admissibilité en preuve d'une déclaration faite par un accusé à une personne en autorité sont des éléments essentiels à l'intégrité du processus judiciaire. Comme le souligne le juge Sopinka dans l'arrêt *Whittle*, précité, aux pp. 931 et 932:

Bien que la règle des confessions et le droit de garder le silence aient leur origine dans la common law, ils sont, à titre de principes de justice fondamentale, constitutionnalisés à l'art. 7 de la *Charte*.

Puisque l'exception inscrite à l'al. 672.21(3)f) permet uniquement d'utiliser une déclaration afin de mettre en doute la crédibilité d'un accusé, et non de faire la preuve de son contenu, il importe de savoir si, nonobstant la règle des confessions, il est possible d'utiliser une déclaration dont le caractère volontaire n'a pas été établi à cette fin. C'est la première étape avant d'arriver à la question de l'utilisation d'une déclaration jugée inadmissible afin de mettre en doute la crédibilité d'un accusé.

This question has been examined by Canadian courts on a number of occasions, and in particular by this Court in *Hebert v. The Queen*, [1955] S.C.R. 120, as early as 1954. In that case, the Crown had sought to cross-examine the accused on a statement he had made to the police, without a *voir dire* being held, to establish its voluntariness. With regard to this practice, Estey J. stated at p. 134:

A cross-examination upon such a statement, by the great weight of authority in our provincial courts, as well as in the court of criminal appeal in England, has been condemned.

His colleague, Fauteux J., dealt specifically with the issue of credibility as follows at p. 147:

[TRANSLATION] Moreover, did the Crown not seek to justify the introduction of this evidence in the record both at trial and in this Court merely through the provisions of sections 10 and 11 of the *Evidence Act*, which permit the credibility of witnesses to be challenged by cross-examining them on their prior statements which are inconsistent with their testimony. The issue of whether, during the cross-examination of an accused heard as a witness, the Crown may refer to statements made by him or her to the police, before it is determined whether the statements were made freely and voluntarily, has been considered in several cases. My colleague Cartwright J. referred to these decisions in his reasons and, like him, I am of the view that in the instant case, the Crown cannot further justify the position it has taken at trial and before this Court on this basis. The tendering of this evidence was therefore completely unlawful such that in my view it would have warranted, if not required, the declaration of a mistrial.

More recently, this Court again dealt with the issue, although incidentally, in *R. v. Calder*, [1996] 1 S.C.R. 660. In that case Sopinka J. considered the admissibility of evidence under s. 24(2) of the *Charter*, drawing an analogy with the confessions rule. He put the question with regard to an involuntary confession, at para. 26:

Is the distinction between use of a statement for all purposes rather than for the limited purpose of impeaching credibility a valid one in the application of s. 24(2)? The respondent draws an analogy with the practice relat-

Cette question a été examinée plusieurs fois par les tribunaux canadiens et en particulier par notre Cour, dès 1954, dans l'arrêt *Hebert c. The Queen*, [1955] R.C.S. 120. Dans cette affaire, le ministère public avait tenté de contre-interroger l'accusé sur une déclaration qu'il avait faite à la police, sans qu'il y ait eu de *voir-dire* au préalable, pour en établir le caractère volontaire. Le juge Estey, à la p. 134, affirme à propos de cette pratique:

[TRADUCTION] La tenue d'un contre-interrogatoire à l'égard d'une telle déclaration a été condamnée par la vaste majorité de nos cours provinciales ainsi que par la Cour d'appel en matière criminelle d'Angleterre.

Son collègue le juge Fauteux traite spécifiquement de la question de la crédibilité en ces termes, à la p. 147:

Aussi bien, la Couronne, au procès comme devant cette Cour, n'a-t-elle cherché à justifier l'introduction de cette preuve au dossier que par les dispositions des articles 10 et 11 de la *Loi de la preuve*, lesquelles autorisent d'attaquer la crédibilité d'un témoin en le contre-interrogeant sur ses déclarations antérieures incompatibles avec son témoignage. Le point de savoir si dans le contre-interrogatoire d'un accusé entendu comme témoin, il est loisible à la Couronne de référer à des déclarations faites par lui à la police alors que le caractère libre et volontaire de ces déclarations n'a pas été décidé, a été considéré dans plusieurs causes. Dans ses notes, mon collègue le Juge Cartwright réfère à ces décisions et, comme lui, je suis d'opinion que la Couronne ne peut davantage, sur cette base, justifier, en l'espèce, la position prise par elle au procès et devant cette Cour. L'introduction de cette preuve était donc totalement illégale et d'une illégalité qui, je crois, aurait justifié, sinon commandé, la mise à fin du procès comme *mistrial*.

Plus récemment, notre Cour s'est à nouveau penchée sur la question, quoique accessoirement, dans l'arrêt *R. c. Calder*, [1996] 1 R.C.S. 660. Le juge Sopinka y examine l'admissibilité d'une preuve au regard du par. 24(2) de la *Charte*, par analogie avec la règle des confessions. Il s'interroge cette fois sur la confession involontaire, au par. 26:

La distinction entre l'utilisation d'une déclaration à des fins générales et son utilisation à seule fin de mettre en doute la crédibilité est-elle valide dans l'application du par. 24(2)? L'intimé fait valoir par analogie la règle

ing to confessions. An involuntary confession could not be used for any purpose. [Emphasis added.]

Citing *Monette*, *supra*, he added, at para. 26:

The authority of this case has not been questioned. Moreover, it is acknowledged by the appellant that involuntary statements may not be used by the Crown for any purpose. [Emphasis added.]

des confessions. On ne peut utiliser à quelque fin que ce soit une confession involontaire. [Je souligne.]

Citant *Monette*, précité, il ajoute, au par. 26:

La valeur jurisprudentielle de cet arrêt n'a pas été mise en doute. Qui plus est, l'appelante reconnaît que le ministère public ne peut faire aucun usage d'une déclaration involontaire. [Je souligne.]

32 I do not believe that there can now be any doubt about the state of the law on this issue in Canada. Although it is possible, in certain circumstances, to distinguish between the use of evidence to challenge the credibility of an accused and its use on the merits, that is not the case with the confessions rule. The voluntariness of a statement, unlike the effect of evidence on the administration of justice, which may theoretically depend on the use made of it, is established only on the basis of the circumstances at the time the statement was made. A confession cannot suddenly become voluntary at the time of cross-examination.

Je ne crois pas qu'il soit possible aujourd'hui d'entretenir quelque doute quant à l'état du droit au Canada sur la question. S'il est possible, dans certaines circonstances, de faire la distinction entre l'utilisation d'une preuve dans le but de mettre en doute la crédibilité d'un accusé et son utilisation au fond, ce n'est pas le cas en ce qui concerne la règle des confessions. Le caractère volontaire d'une déclaration, contrairement à l'effet d'une preuve sur l'administration de la justice, qui peut théoriquement dépendre de l'utilisation que l'on en fait, n'est établi qu'en fonction des circonstances qui existaient au moment où la déclaration a été faite. Une confession ne saurait devenir soudainement volontaire, au moment du contre-interrogatoire.

33 To reintroduce an involuntary statement in this way would run counter to the most fundamental aspect of trial fairness. In many cases, as here, the guilt of the accused will depend solely on his or her credibility and on that of the other witnesses. To allow the statement to be used, even for the limited purpose of undermining the credibility of the accused, could lead to abuse and serious injustice. That is why the traditional rule, which is still in force in Canadian law, must be interpreted in such a way that no use may be made of an inadmissible statement at any stage whatsoever of the trial.

Réintroduire en preuve par ce moyen une déclaration involontaire irait à l'encontre de l'équité la plus élémentaire du procès. Dans bien des cas, comme en l'espèce, la culpabilité de l'accusé dépendra uniquement de sa crédibilité et de celle des autres témoins. Permettre l'utilisation de la déclaration, même à seules fins de miner la crédibilité de l'accusé, pourrait mener à des abus et à de graves injustices. C'est pourquoi la règle traditionnelle, qui est toujours en vigueur dans notre droit, doit être interprétée de façon à ce qu'il ne puisse être fait aucun usage d'une déclaration inadmissible à quelque étape du procès que ce soit.

34 This principle must not be confused with the rule applicable to witnesses, which allows a prior inconsistent statement to be introduced in cross-examination only to impeach the credibility of a witness (see in this regard *R. v. B. (K.G.)*, [1993] 1 S.C.R. 740), or with the rule concerning s. 13 of the *Charter*, which also permits the cross-examination of accused persons on their prior testimony, but only to challenge their credibility (see *Kuldip*, *supra*). There may also be an exception in the case

Il ne faut pas confondre ce principe avec la règle applicable aux témoins qui permet d'introduire en contre-interrogatoire une déclaration antérieure incompatible pour mettre en doute la crédibilité du témoin seulement (voir à ce sujet l'arrêt *R. c. B. (K.G.)*, [1993] 1 R.C.S. 740), ni avec celle portant sur l'art. 13 de la *Charte*, qui permet également de contre-interroger un accusé sur son témoignage antérieur afin de mettre en doute sa crédibilité seulement (voir *Kuldip*, précité). Il se peut qu'il

of the cross-examination of a co-accused (see *R. v. Pelletier* (1986), 29 C.C.C. (3d) 533 (B.C.C.A.)).

In the instant case, the confessions rule excludes the protected statement because it is derived from the prior inadmissible confession. We must, however, examine s. 672.21 of the *Code* to determine whether there is a real conflict between this provision and the confessions rule, or whether it is possible to reconcile them.

*C. Interpretation of Section 672.21(3)(f) of the Criminal Code*

A statutory provision such as s. 672.21 of the *Criminal Code* cannot be interpreted in a contextual vacuum. As I mentioned earlier, this section is the result of a lengthy consultation process and of the slow evolution of the law respecting criminal liability where the accused suffers from a mental disorder.

The object of this provision is to provide a guarantee of confidentiality to accused persons in order to facilitate the assessment of their mental capacity. Parliament was also concerned with respect for the essential principle of every criminal trial — the search for truth. The parliamentary history is instructive in this regard. In fact, it is settled that when courts are called upon to consider the constitutionality of an enactment, they may take into account the parliamentary history, which is generally not the case for the ordinary interpretation of an enactment. As Professor P.-A. Côté states in *The Interpretation of Legislation in Canada* (2nd ed. 1991), at p. 363:

The parliamentary history of the enactments whose constitutionality is being challenged may also be consulted, not with a view to interpreting the enactments, but in order to appreciate their validity, either from the standpoint of the division of powers, or of the *Charter of Rights and Freedoms*.

The same is true when the issue is whether the interpretation of a given enactment is consistent with the values of the *Charter*.

existe aussi une exception dans le cas du contre-interrogatoire d'un coaccusé (voir *R. c. Pelletier* (1986), 29 C.C.C. (3d) 533 (C.A.C.-B.)).

En l'espèce, la règle des confessions prévoit l'exclusion de la déclaration protégée parce qu'elle est dérivée de la confession inadmissible antérieure. Il nous faut cependant aussi examiner l'art. 672.21 du *Code* afin de voir s'il y a un réel conflit entre cette disposition et la règle des confessions, ou s'il est possible de les harmoniser.

*C. L'interprétation de l'al. 672.21(3)f) du Code criminel*

L'interprétation d'une disposition législative telle que l'art. 672.21 du *Code criminel* ne saurait se faire dans un vide contextuel. Comme je l'ai déjà mentionné, cet article est le résultat d'un long processus consultatif et de la lente évolution du droit en matière de responsabilité criminelle dans le cas d'accusés souffrant de troubles mentaux.

Le but de cette disposition est d'offrir une garantie de confidentialité aux accusés afin de faciliter l'évaluation de leur capacité mentale. Le législateur était également préoccupé par le respect du principe primordial de tout procès criminel: la recherche de la vérité. Les travaux préparatoires sont d'ailleurs éloquents sur ce point. Lorsque les tribunaux sont appelés à évaluer la constitutionnalité d'une loi, il est en effet bien établi qu'ils peuvent se référer aux travaux préparatoires, contrairement à ce qui est généralement le cas pour la simple interprétation d'une loi. Comme l'indique le professeur P.-A. Côté dans son ouvrage *Interprétation des lois* (2<sup>e</sup> éd. 1990), à la p. 414:

Les travaux préparatoires des textes dont la constitutionnalité est contestée peuvent également être consultés, non pas en vue d'interpréter les textes, mais afin d'en apprécier la validité, soit au regard des règles du partage des compétences, soit en rapport avec la Charte des droits.

Il en va de même lorsqu'il s'agit d'examiner si une interprétation de la législation donnée est en harmonie avec les valeurs de la *Charte*.

35

36

37

38

In a speech in the House of Commons on October 4, 1991 (during second reading of the bill), the then Minister of Justice, the Honourable Kim Campbell, identified the interests the legislation was seeking to reconcile. She said:

At present there is a risk that incriminating statements made to a doctor during a court-ordered psychiatric assessment may be used as evidence against the accused. As a result, many defence counsels advise their clients to refuse to answer questions during such assessment. This deprives the doctor of a very important source of information about the accused and undermines the effectiveness of the court order.

At the same time, concern has been expressed by prosecutors that completely prohibiting the use of this evidence would deprive the court of important information needed to learn the truth about the accused and the offence.

(*House of Commons Debates*, vol. III, 3rd sess., 34th Parl., at p. 3296.)

Parliament thus sought a balance between the need to learn the truth and the protection of accused persons ordered to undergo an assessment of their mental capacity.

39

The appellant maintains that there is no reason to take the interpretation any further. The wording of s. 672.21(3)(f) clearly allows a protected statement to be used to challenge the credibility of an accused, and that is what the Crown has done in this case. According to the appellant, if Parliament had wished the admissibility of this statement to be subject to the rules of evidence applicable to criminal matters, it would certainly have said so. This argument cannot succeed. While the presumption against adding or deleting terms in interpreting legislation is certainly a long-established principle at common law (see *Thompson v. Goold & Co.*, [1910] A.C. 409 (H.L.), at p. 420), it is not the only principle to be considered.

40

First, the principle that legislation that overrides the common law must be strictly interpreted prevailed for a long time in Canada. Under this principle, it would have to be concluded that s. 672.21

Lors d'une allocution prononcée le 4 octobre 1991 (en deuxième lecture du projet de loi) à la Chambre des communes, la ministre de la Justice de l'époque, l'honorable Kim Campbell, a indiqué quels intérêts la loi cherchait à concilier. Elle affirme:

À l'heure actuelle, il y a un risque que des déclarations compromettantes faites à un médecin pendant une évaluation psychiatrique ordonnée par un tribunal soient utilisées comme preuves contre l'accusé. Par conséquent, nombre d'avocats de la défense conseillent à leurs clients de refuser de répondre aux questions pendant une telle évaluation, ce qui prive le médecin d'une très importante source de renseignements sur l'accusé et nuit à l'efficacité de l'ordonnance du tribunal.

En outre, les avocats du ministère public disent s'inquiéter du fait que l'interdiction complète du recours à ce genre de preuve priverait le tribunal de renseignements importants qui pourraient contribuer à faire toute la lumière sur l'accusé et le délit.

(*Débats de la Chambre des communes*, vol. III, 3<sup>e</sup> sess., 34<sup>e</sup> lég., à la p. 3296.)

C'est donc un équilibre entre la recherche de la vérité et la protection des accusés soumis à une évaluation de leur capacité mentale que cherchait à atteindre le législateur.

L'appelante soutient qu'il n'y a pas lieu de procéder à une interprétation plus poussée. Le texte de l'al. 672.21(3)f) permet clairement d'utiliser une déclaration protégée pour attaquer la crédibilité d'un accusé et c'est ce que le procureur du ministère public a fait en l'espèce. Selon l'appelante, si le législateur avait voulu que l'admissibilité de cette déclaration soit soumise aux règles de preuve en matière criminelle, il l'aurait certainement précisé. Or ce raisonnement ne saurait prévaloir. La présomption contre l'addition ou la suppression de termes dans l'interprétation d'une loi est certes un principe reconnu depuis fort longtemps en common law (voir *Thompson c. Goold & Co.*, [1910] A.C. 409 (H.L.), à la p. 420), mais il ne s'agit pas de l'unique principe à considérer.

En premier lieu, le principe voulant qu'il faille interpréter restrictivement les lois dérogatoires au droit commun a longtemps prévalu au Canada. Selon ce principe, il faudrait considérer que

does not in any way proscribe the use of the common law rules of evidence since it does not expressly provide for this. The application of this rule is not, however, conclusive.

Second, the rule *cessante ratione legis, cessat ipsa lex*, derived from the purposive method, which was adopted by this Court to interpret the *Charter* in *R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 S.C.R. 295, also supports a strict construction of the exception in s. 672.21(3)(f). According to this rule:

General words, however broad, in the absence of compelling reasons to the contrary, must be limited to the objects of the Act.

(See *Motel Pierre Inc. v. Cité de Saint-Laurent*, [1967] Que. Q.B. 239, at p. 240.)

The object of the legislation in this case is to strike a balance between ascertaining the truth and facilitating an effective psychiatric assessment. This balance would be difficult to achieve if the rules of evidence which provide for the exclusion of otherwise inadmissible evidence were set aside. If the exception does in fact allow previously excluded evidence to be reintroduced indirectly, accused persons will refuse to answer some of their psychiatrist's questions for fear this evidence may be reintroduced at trial. The *cessante ratione legis* rule thus stands in opposition to the appellant's interpretation since that interpretation is contrary to one of the objects of the Act.

The conclusive argument, however, is the presumption of validity. That principle was recognized by this Court in *Slaight Communications Inc. v. Davidson*, [1989] 1 S.C.R. 1038, and has been applied on numerous occasions since. Lamer J. (as he then was) described it as follows, at p. 1078:

Although this Court must not add anything to legislation or delete anything from it in order to make it consistent with the *Charter*, there is no doubt in my mind that it should also not interpret legislation that is open to more than one interpretation so as to make it inconsistent with the *Charter* and hence of no force or effect.

l'art. 672.21 n'abolit en rien l'usage des règles de common law en matière de preuve, puisque le texte ne le précise pas explicitement. L'application de cette règle n'est cependant pas déterminante.

Deuxièmement, la règle *cessante ratione legis, cessat ipsa lex*, issue de la méthode téléologique et adoptée par cette Cour pour l'interprétation de la *Charte* dans *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 R.C.S. 295, favorise aussi une interprétation restrictive de l'exception contenue à l'al. 672.21(3)f). Selon cette règle:

[TRADUCTION] Les termes généraux, si étendu soit leur sens, doivent, à moins de motifs impérieux, être restreints aux objets de la loi.

(Voir *Motel Pierre Inc. c. Cité de Saint-Laurent*, [1967] B.R. 239, à la p. 240.)

L'objet de la loi est ici d'atteindre l'équilibre entre la découverte de la vérité et le désir de faciliter un examen psychiatrique efficace. Cet équilibre sera difficilement atteint par une mise à l'écart des règles de preuve qui prévoient l'exclusion d'une preuve par ailleurs inadmissible. En effet, si l'exception permet de réintroduire indirectement des preuves précédemment exclues, les accusés refuseront de répondre à certaines questions de leur psychiatre de peur que ces preuves ne soient réintroduites au procès. La règle *cessante ratione legis* s'oppose donc à l'interprétation de l'appelante puisque celle-ci est contraire à l'un des objets de la loi.

L'argument décisif est cependant la présomption de validité. Celle-ci a été reconnue par notre Cour dans *Slaight Communications Inc. c. Davidson*, [1989] 1 R.C.S. 1038, et appliquée de nombreuses fois depuis. Le juge Lamer (maintenant Juge en chef) décrit ce principe de la manière suivante, à la p. 1078:

... quoique cette Cour ne doive pas ajouter ou retrancher un élément à une disposition législative de façon à la rendre conforme à la *Charte*, elle ne doit pas par ailleurs interpréter une disposition législative, susceptible de plus d'une interprétation, de façon à la rendre incompatible avec la *Charte* et, de ce fait, inopérante.

43

As I stated earlier, the confessions rule does not allow for any use of an involuntary statement. Now that *Whittle, supra*, has given constitutional expression to this rule, it must be concluded based on the historical definition of the confessions rule that both obtaining and using evidence contrary to this rule infringe s. 7 of the *Charter*. This is made apparent by the very existence of the “operating mind” test, which implies no police conduct that infringes the accused’s rights. In that respect, the rule is similar to s. 13 of the *Charter*, which may be violated by using testimony rather than by obtaining it. I do not agree with McLachlin J. that this entails a consideration of the constitutionality of an Act. In my view, that question has already been settled in *Whittle*; the issue here is simply to determine the scope of that decision. Also, contrary to the appellant’s contention, the actual wording of s. 672.21 is not inconsistent with the application of the confessions rule. In fact, nothing in the wording indicates that Parliament was trying to abolish it, especially if the section is read with the above-mentioned principles of interpretation in mind. Moreover, the opposite conclusion would require this Court to declare s. 672.21(3)(f) unconstitutional, which would be inconsistent not only with the legislative intent, but also with the appellant’s position, as no provision would permit the introduction of the protected statement.

44

Since the protected statement in the instant case was inadmissible because of its degree of connection with the prior inadmissible confession, Parliament could not make it admissible for any purpose whatsoever without violating s. 7 of the *Charter*. It was argued that s. 24(2) of the *Charter* could allow this evidence to be used; however, I very much doubt this to be the case, in light of *Calder, supra*, where this Court ruled that a statement obtained in violation of the right to counsel was admissible for the purpose of challenging the accused’s credibility, but only in some “very limited” and “very special” circumstances. This is confirmed in

Comme je l’ai dit précédemment, la règle des confessions s’oppose à toute utilisation d’une déclaration involontaire. Cette règle étant maintenant constitutionnalisée par l’arrêt *Whittle*, précité, il faut conclure en vertu de la définition historique de la règle des confessions que l’obtention aussi bien que l’utilisation d’une preuve en contradiction de cette règle contrevient à l’art. 7 de la *Charte*. Ceci est d’ailleurs rendu manifeste par l’existence même du critère de «l’état d’esprit conscient», qui n’implique aucun comportement attentatoire aux droits de l’accusé par les policiers. En cela, la règle est similaire à l’art. 13 de la *Charte*, qui est susceptible d’être violée par l’utilisation d’un témoignage plutôt que par son obtention. Je ne partage pas l’avis du juge McLachlin lorsqu’elle voit en cela l’examen de la constitutionnalité d’une loi. Selon moi, cette question a déjà été réglée dans l’arrêt *Whittle*; il s’agit simplement ici d’évaluer la portée de cette décision. Contrairement aussi à ce qu’affirme l’appelante, le texte même de l’art. 672.21 n’est pas incompatible avec l’application de la règle des confessions. Rien dans le texte ne permet en effet d’affirmer que le législateur cherchait à l’abolir, particulièrement si on lit l’article en gardant à l’esprit les principes interprétatifs mentionnés précédemment. D’ailleurs, la conclusion inverse forcerait notre Cour à déclarer inconstitutionnel l’al. 672.21(3)f), ce qui serait non seulement incompatible avec l’intention du législateur, mais également avec la position de l’appelante elle-même, puisqu’elle ne pourrait désormais s’appuyer sur aucune disposition pour introduire en preuve la déclaration protégée.

Puisqu’en l’espèce, la déclaration protégée était inadmissible en raison de sa connexité avec la confession inadmissible antérieure, le législateur ne pouvait la rendre admissible pour quelque fin que ce soit sans violer l’art. 7 de la *Charte*. L’on a prétendu que le par. 24(2) de la *Charte* pourrait permettre l’utilisation de cette preuve; or je doute grandement que ceci soit le cas, en raison de l’arrêt *Calder*, précité, où notre Cour a jugé admissible, dans le but de mettre en doute la crédibilité de l’accusé, une déclaration obtenue en contravention du droit à l’assistance d’un avocat, mais uniquement dans des «circonstances très limitées» et pour

*R. v. Cook*, [1998] 2 S.C.R. 597, where Cory and Iacobucci JJ. stated for the majority, at para. 76:

It is not necessary to speculate what “special circumstances” would be required to allow the admission of evidence for a limited purpose that was not otherwise admissible. In our view those circumstances would be very rare indeed. In this case, there are no special circumstances which would justify such a finding. Rather, we find that there should be no difference, for the purposes of deciding whether to exclude the evidence under s. 24(2), between the admission of evidence generally and admission for the limited purpose of challenging the credibility of the accused.

It is also clear that s. 24(2) itself cannot guarantee the constitutional validity of s. 672.21(3)(f) of the *Criminal Code*. That is the role of s. 1. Therefore, notwithstanding s. 24(2), the appellant’s interpretation would be contrary to the *Charter*. In my view, applying the presumption of validity, we must prefer the interpretation that does not make the provision of no force or effect — if that interpretation is at all plausible — even if justification under s. 1 would be possible. This is sufficient to dispose of the appeal.

It is unnecessary to rule on the application of the various rules of evidence to the admissibility of a protected statement. The issue of whether the confessions rule applies directly to a psychiatric assessment ordered under s. 672.11, and whether the psychiatrist is a person in authority in this regard, will have to be decided when a suitable case presents itself.

Whatever the eventual number of rules of evidence that will have to be consistent with s. 672.21(3)(f), it should be noted that their application will affect only the admissibility of protected statements for trial purposes. The rules of evidence do not affect the psychiatrist’s work in assessing the mental capacity of the accused in any way. In the instant case, Dr. Wolwertz could use the confession to the police to make the psychiatric assessment of the accused. Only the admissibility for trial purposes of the statement thus obtained was compromised. The determination of mental

certain «cas exceptionnels». Ceci est confirmé dans l’arrêt *R. c. Cook*, [1998] 2 R.C.S. 597, où les juges Cory et Iacobucci affirment pour la majorité, au par. 76:

Il n’est pas nécessaire de faire des conjectures sur les «cas exceptionnels» où une preuve par ailleurs non admissible serait admissible dans un but limité. À notre avis, pareils cas seraient rarissimes. En l’espèce, les circonstances n’autorisent pas une telle conclusion. Nous estimons au contraire qu’il ne doit pas y avoir de différence, pour ce qui est de décider s’il convient d’écarter la preuve en vertu du par. 24(2), entre l’utilisation de celle-ci en général et son utilisation dans le but limité d’attaquer la crédibilité de l’accusé.

Il est aussi indéniable que le par. 24(2) lui-même ne peut garantir la validité constitutionnelle de l’al. 672.21(3)f) du *Code criminel*. C’est là le rôle de l’art. 1. Par conséquent, nonobstant le par. 24(2), l’interprétation de l’appelante serait contraire à la *Charte*. À mon avis, en appliquant la présomption de validité, il faut préférer l’interprétation qui ne rend pas la disposition inopérante, si tant est qu’elle soit plausible, et ce même si une justification sous le régime de l’art. 1 serait possible. Ceci suffit pour disposer de l’appel.

Il n’est pas nécessaire de se prononcer sur l’application de l’ensemble des règles de preuve à l’admissibilité d’une déclaration protégée. La question de savoir si la règle des confessions s’applique directement à l’évaluation psychiatrique ordonnée en vertu de l’art. 672.11, et si le psychiatre est une personne en autorité dans ce contexte, devra être décidée lorsqu’une cause appropriée se présentera.

Quel que soit le nombre éventuel des règles de preuve qui devront s’harmoniser avec l’al. 672.21(3)f), je tiens à préciser que l’application de celles-ci ne saurait affecter que l’admissibilité des déclarations protégées aux fins du procès. Les règles de preuve n’affectent en rien le travail du psychiatre dans son évaluation de la capacité mentale de l’accusé. En l’espèce, le Dr Wolwertz pouvait utiliser la confession faite aux policiers pour procéder à l’évaluation psychiatrique de l’accusé. Seule l’admissibilité aux fins du procès de la déclaration ainsi obtenue était compromise.

45

46

47

capacity does not raise the same considerations of procedural fairness as the trial itself. The psychiatrist merely makes a recommendation to the court and the defence may always introduce its own psychiatric assessment if it believes that the first assessment was not made in accordance with the rules provided for in the section. Trial fairness is simply not in issue. What is important is to obtain the most accurate assessment possible of the accused's mental capacity.

#### D. Waiver

48 The appellant argues that even though the statement was inadmissible, the defence waived the exercise of its right and accepted the introduction in evidence of the psychiatrist's report and the statement it contained. The appellant also points out that neither did the respondent object to the use of this evidence by the Crown during cross-examination of the accused.

49 First, this waiver must be placed in context. It was after the defence had filed the report of its expert, Dr. Lafleur, whose opinion had been used by Judge Lamoureux during the *voir dire* on the admissibility of the confession to the police, that the Crown sought to file the report of Dr. Wolwertz, to which the defence did not object. When Crown counsel later questioned the accused about his admission to Dr. Wolwertz, she was careful not to identify the document she was brandishing as the inadmissible confession. On neither occasion was the inadmissible confession the central issue and it could in a sense go unnoticed. As Proulx J.A. stated (at p. 243):

[TRANSLATION] . . . I find it difficult to believe that after successfully challenging the admissibility of the admissions made by the appellant to the police, counsel for the appellant nevertheless wanted these admissions used against his client, through Dr. Wolwertz's report. . . .

50 The law on the question is clear. Despite s. 672.21(2) and (3), it had to be determined whether the protected statement was admissible in

La détermination de la capacité mentale ne soulève pas les mêmes considérations d'équité procédurale que le procès lui-même. Le psychiatre ne fait qu'une recommandation au tribunal et la défense peut toujours soumettre sa propre évaluation psychiatrique si elle croit que la première évaluation n'a pas été faite conformément aux règles prévues par l'article. L'équité du procès n'est tout simplement pas en cause. Ce qui importe, c'est d'obtenir l'évaluation la plus exacte possible de la capacité mentale de l'accusé.

#### D. La renonciation

L'appelante fait valoir que même si la déclaration était inadmissible, la défense a renoncé à se prévaloir de son droit et a accepté que le rapport du psychiatre, et la déclaration qu'il contenait, soient déposés en preuve. L'appelante souligne également que l'intimé ne s'est pas non plus opposé à l'utilisation de cette preuve par le ministère public lors du contre-interrogatoire de l'accusé.

En premier lieu, il convient de remettre cette renonciation dans son contexte. C'est à la suite de la production par la défense du rapport de son expert, le Dr Lafleur, dont l'opinion avait été utilisée par le juge Lamoureux lors du *voir-dire* sur l'admissibilité de la confession faite aux policiers, que le ministère public a demandé à déposer le rapport de Dr Wolwertz, ce à quoi la défense ne s'est pas opposée. Lorsque l'avocate du ministère public a ensuite questionné l'accusé concernant son aveu au Dr Wolwertz, elle s'est bien gardée d'identifier le document qu'elle brandissait comme étant la confession inadmissible. Dans un cas comme dans l'autre, la confession inadmissible n'était pas au cœur du débat et pouvait en quelque sorte passer inaperçue. Comme le souligne le juge Proulx de la Cour d'appel, à la p. 243:

. . . je peux difficilement concevoir qu'après avoir contesté avec succès l'admission en preuve des aveux faits par l'appellant aux policiers, l'avocat de l'appellant ait voulu que ces aveux soient néanmoins retenus contre son client, par le biais du rapport du Dr Wolwertz. . .

L'état du droit sur la question est d'ailleurs clair. Malgré les par. 672.21(2) et (3), il fallait déterminer si la déclaration protégée était admissible, étant

light of its degree of connection with the prior confession which was found to be inadmissible. This degree of connection can only be assessed during a *voir dire*, which was accordingly mandatory (see *Erven, supra*). By this I do not mean that there must be a *voir dire* on the voluntariness of the protected statement in every case; once again, this is a question that will have to be determined in another case. I am merely confirming that there must be a *voir dire* where, as here, the issue of whether the admission was derived from a prior inadmissible confession arises.

Whether the possibility of waiving the *voir dire* or consenting to the use of the protected statement is based on s. 672.21(2) or whether it has a more general foundation (see in this regard *R. v. Dietrich* (1970), 1 C.C.C. (2d) 49 (Ont. C.A.)), it is well established that “[s]ilence or mere lack of objection does not constitute a lawful waiver” (see *Park v. The Queen*, [1981] 2 S.C.R. 64, at p. 74). In the circumstances, the Crown cannot argue that the situation was otherwise. I therefore adopt the position of the Court of Appeal and find that there was no valid waiver or consent to the use of the protected statement in the case at bar.

#### E. *Appropriate Remedy*

Although I have found that Judge Lamoureux erred in admitting the accused’s admission, that is not sufficient to dispose of the appeal. It is also important to consider how it was used in his reasons. There is no doubt in the instant case that the protected statement played a significant role in the trial judge’s conviction of B.G. He defended his verdict by saying:

[TRANSLATION] With regard to credibility, certain seemingly insignificant facts which become exceedingly important in the decision I have to make must be considered. The accused denies he ever sexually assaulted the victim. However, he met with Dr. John Wolwertz and (inaudible) with the latter. And in his report, Dr. Wolwertz recounts the made-up story, that the accused made admissions to Dr. Wolwertz concerning his sexual behaviour. . . .

The accused gave, invented two (2) scenarios for the crime with which he was charged. What credibility must I give to the testimony of the accused, who admitted to

donné sa connexité avec la confession antérieure jugée inadmissible. Cette connexité ne peut s’évaluer que lors d’un *voir-dire* dont la tenue était, pour cette raison, obligatoire (voir *Erven*, précité). Je n’affirme pas ici qu’un *voir-dire* sur le caractère volontaire de la déclaration protégée doit être tenu dans tous les cas; à nouveau, il s’agit là d’une question qui devra être tranchée lors d’un autre litige. Je confirme simplement qu’il doit y avoir *voir-dire* lorsque se pose, comme en l’espèce, la question de savoir si l’aveu est dérivé d’une confession inadmissible antérieure.

Que la possibilité de renoncer au *voir-dire*, ou de consentir à l’utilisation de la déclaration protégée, repose sur le par. 672.21(2) ou qu’elle repose sur un fondement plus large (voir à ce sujet l’arrêt *R. c. Dietrich* (1970), 1 C.C.C. (2d) 49 (C.A. Ont.)), il est bien établi que «[l]e silence ou la simple absence d’opposition ne constitue pas une renonciation valide» (voir *Park c. La Reine*, [1981] 2 R.C.S. 64, à la p. 74). Dans les circonstances, le ministère public ne peut prétendre qu’il s’est produit autre chose. J’adopte donc la position de la Cour d’appel et conclus qu’il n’y a pas eu, en l’espèce, renonciation valable, ni consentement, à l’utilisation de la déclaration protégée.

#### E. *La réparation appropriée*

Même si j’ai conclu que l’aveu de l’accusé a été erronément admis en preuve par le juge Lamoureux, cela n’est pas suffisant pour trancher l’appel. Il importe aussi d’examiner l’usage qu’il en a fait dans ses motifs. En l’espèce, il ne fait aucun doute que la déclaration protégée a joué un rôle important dans la condamnation de B.G. par le juge du procès. Il justifie son verdict en disant:

Relativement à la crédibilité, il faut voir certains petits faits qui deviennent excessivement importants dans la décision que j’ai à prendre. L’accusé nie toute agression sexuelle sur sa victime. Pourtant, il a rencontré le docteur John Wolwertz et (inaudible) avec celui-ci. Et le docteur Wolwertz, dans son rapport, nous rapporte l’histoire inventée, à savoir que l’accusé avait, au docteur Wolwertz, fait des admissions relativement à son comportement sexuel . . .

L’accusé a donné, a inventé deux (2) scénarios pour le crime qu’on lui reproche. Quelle crédibilité dois-je donner au témoignage de l’accusé, qui a admis au

51

52

Dr. Wolwertz that he sexually assaulted the victim and who, under oath, before the Court, denied this statement? . . . I therefore accept what he said to Dr. Wolwertz.

Since there is other evidence which might stand against the accused, the Court of Appeal properly ordered a new trial rather than a stay of proceedings. The Crown did not seek the application of the remedial provision in s. 686(1)(b)(iii) to uphold the verdict of guilty despite the error in law on the ground that no substantial wrong or miscarriage of justice occurred. In fact, the Crown specifically refused to invoke the provision despite the Quebec Court of Appeal's express inquiry.

#### VII. Conclusion and Disposition

53 For these reasons, I would dismiss the appeal and affirm the judgment of the Quebec Court of Appeal ordering a new trial.

The reasons of L'Heureux-Dubé, Gonthier and McLachlin JJ. were delivered by

54 MCLACHLIN J. (dissenting) — The accused was charged with several counts of sexual assault. He made a statement to the police admitting guilt. Later, he confirmed the validity of that statement to a psychiatrist in the course of a court-ordered assessment of his mental condition pursuant to s. 672.11(a) and (b) of the *Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46. At his trial, he took the stand in his defence and denied that he committed the offences in question, giving a different version of events from the one he had provided to the police and confirmed to the psychiatrist.

55 Section 672.21 of the *Criminal Code* provides that statements made by the accused in the course of a court-ordered assessment of his or her mental condition are "protected statements" inadmissible in evidence without the consent of the accused, subject to certain exceptions. One exception allows protected statements to be used to challenge the credibility of the accused if his or her testimony at

docteur Wolwertz qu'il a agressé sexuellement la victime et qui, sous serment, devant la Cour, nie cette déclaration? [. . .] Alors, moi je retiens les paroles qu'il a tenues avec le docteur Wolwertz.

Étant donné qu'il existe d'autres preuves susceptibles d'être retenues contre l'accusé, c'est à bon droit que la Cour d'appel a ordonné la tenue d'un nouveau procès plutôt que l'arrêt des procédures. Le ministère public n'a pas demandé l'application de la disposition réparatrice du sous-al. 686(1)b)(iii) en vue de maintenir le verdict de culpabilité malgré l'erreur de droit, au motif qu'aucun tort important ou aucune erreur judiciaire grave ne s'est produit. En fait, le ministère public a spécifiquement refusé de se prévaloir de cette disposition malgré la demande expresse de la Cour d'appel du Québec.

#### VII. Conclusion et dispositif

Pour ces motifs, je rejeterais l'appel et confirmerais le jugement de la Cour d'appel du Québec qui ordonne la tenue d'un nouveau procès.

Version française des motifs des juges L'Heureux-Dubé, Gonthier et McLachlin rendus par

LE JUGE MCLACHLIN (dissidente) — L'accusé a été inculpé de plusieurs chefs d'agression sexuelle. Il a fait à la police une déclaration dans laquelle il reconnaissait sa culpabilité. Il a plus tard confirmé la validité de cette déclaration à un psychiatre au cours de l'évaluation de son état mental ordonnée par le tribunal conformément aux al. 672.11a) et b) du *Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46. À son procès, il a témoigné pour sa défense et nié avoir commis les infractions en question, donnant des événements une version différente de celle qu'il avait donnée à la police et confirmée au psychiatre.

L'article 672.21 du *Code criminel* dispose que les déclarations faites par l'accusé au cours d'une évaluation de son état mental ordonnée par la cour sont des «déclarations protégées» qui ne sont pas admissibles en preuve sans le consentement de l'accusé, sous réserve de certaines exceptions. Suivant une exception, les déclarations protégées peuvent être utilisées pour mettre en doute la

a later proceeding is inconsistent with the previously made protected statements. The issue before us on this appeal is whether the trial judge erred in considering the statement the accused made to the psychiatrist when assessing his credibility at trial, pursuant to s. 672.21(3)(f) of the *Criminal Code*.

The statement the accused made to the psychiatrist is a “protected statement” defined by Parliament, under s. 672.21(1), as follows:

**672.21** (1) In this section, “protected statement” means a statement made by the accused during the course and for the purposes of an assessment or treatment directed by a disposition, to the person specified in the assessment order or the disposition, or to anyone acting under that person’s direction.

A protected statement cannot be used at trial, subject to certain exceptions, one of which is to challenge the credibility of the accused where he or she gives a different statement in evidence:

(2) No protected statement or reference to a protected statement made by an accused is admissible in evidence, without the consent of the accused, in any proceeding before a court, tribunal, body or person with jurisdiction to compel the production of evidence.

(3) Notwithstanding subsection (2), evidence of a protected statement is admissible for the purpose of

. . .

(f) challenging the credibility of an accused in any proceeding where the testimony of the accused is inconsistent in a material particular with a protected statement that the accused made previously;

The accused contends that the trial judge erred in considering the statement the accused made to the psychiatrist when assessing his credibility at trial, notwithstanding s. 672.21(3)(f) of the *Criminal Code*, which on its face authorizes this. He argues: (1) that the statement to the psychiatrist is inadmissible as an involuntary confession made to a person in authority; (2) in the alternative, that the statement is inadmissible because it is the product

crédibilité de l’accusé si le témoignage qu’il rend dans une procédure subséquente est incompatible sur un point important avec les déclarations protégées qu’il a déjà faites. Dans le présent pourvoi, il s’agit de déterminer si le juge du procès a commis une erreur en prenant en considération la déclaration faite par l’accusé au psychiatre lorsqu’il a apprécié la crédibilité du premier conformément à l’al. 672.21(3)f) du *Code criminel*.

La déclaration de l’accusé au psychiatre est une «déclaration protégée», expression qui a été définie ainsi par le législateur au par. 672.21(1):

**672.21** (1) Au présent article, «déclaration protégée» s’entend de la déclaration faite par l’accusé dans le cadre de l’évaluation ou du traitement prévu par une décision à la personne désignée dans l’ordonnance d’évaluation ou la décision ou à un préposé de cette personne.

Une déclaration protégée ne peut pas être utilisée au procès, sous réserve de certaines exceptions, notamment en vue de mettre en doute la crédibilité de l’accusé lorsqu’il fait une déclaration différente au cours de son témoignage:

(2) Les déclarations protégées ou la mention d’une déclaration protégée faite par l’accusé ne sont pas admissibles en preuve sans le consentement de l’accusé dans toute procédure devant un tribunal, une cour, un organisme ou une personne qui a compétence pour ordonner la production d’éléments de preuve.

(3) Par dérogation au paragraphe (2), une preuve d’une déclaration protégée est admissible pour:

. . .

f) mettre en doute la crédibilité de l’accusé lorsque le témoignage qu’il rend dans des procédures est incompatible sur un point important avec une déclaration protégée qu’il a déjà faite;

L’accusé prétend que, lorsque que le juge du procès a apprécié sa crédibilité au procès, ce dernier a commis une erreur en prenant en considération la déclaration qu’il avait faite au psychiatre, et ce malgré le fait que le texte de l’al. 672.21(3)f) du *Code criminel* autorise une telle utilisation. Il avance les arguments suivants: (1) la déclaration au psychiatre est inadmissible parce qu’elle est une confession involontaire faite à une personne en

56

57

of an earlier inadmissible confession; and (3) that in either case, s. 672.21(3)(f) does not permit its use, even to assess credibility. I cannot accept these arguments. I shall discuss each in turn.

situation d'autorité; (2) la déclaration est inadmissible parce qu'elle est le fruit d'une confession antérieure inadmissible; (3) dans un cas comme dans l'autre, l'al. 672.21(3)f) ne permet pas son utilisation, même aux fins d'appréciation de la crédibilité. Je ne peux pas accepter ces arguments. Je vais les examiner à tour de rôle.

58 I proceed on the basis that the trial judge used the accused's statement only to assess his credibility. The trial judge began and ended his reasons with clear affirmations that the central issue before him was that of the accused's credibility. Indeed, the case fell to be decided on the basis of the evidence of the complainant versus the evidence of the accused.

Je tiens pour acquis que le juge du procès a utilisé la déclaration de l'accusé dans le seul but d'apprécier sa crédibilité. Le juge du procès a commencé et terminé ses motifs en affirmant clairement que la question centrale dont il était saisi était celle de la crédibilité de l'accusé. De fait, c'est la comparaison de la valeur relative du témoignage du plaignant et de celui de l'accusé qui a déterminé l'issue de l'affaire.

(1) The Argument that the Accused's Statement to the Psychiatrist is an Involuntary Confession

(1) L'argument que la déclaration de l'accusé au psychiatre est une confession involontaire

59 The first argument is that the accused's statement to the psychiatrist is an inadmissible confession, quite apart from the earlier inadmissible confession to the police. The argument depends upon the defence establishing that the psychiatrist was a person in authority and that he improperly obtained the confession from the accused by using threats or promises, or otherwise effectively depriving the accused of his right to choose whether to confess or not. At the very least, the defence argues, the trial judge should have held a *voir dire* to determine these matters. It seems clear that even if the psychiatrist could be considered a person in authority, there is no suggestion that he used threats, promises, or other techniques to deprive the accused of his choice. There is also no suggestion that the accused did not know his rights or that he did not possess an operating mind. The trial judge, having considered the reports of both the court-appointed and defence psychiatrists, concluded that the accused understood and appreciated the admissions he gave. The appeal was therefore quite properly advanced mainly on the basis that the statement to the psychiatrist is involuntary because of its connection to the accused's earlier

Le premier argument est que la déclaration de l'accusé au psychiatre constitue une confession inadmissible, indépendamment de la confession antérieure inadmissible faite à la police. Cet argument dépend de la capacité de la défense de démontrer que le psychiatre était une personne en situation d'autorité et qu'il a obtenu irrégulièrement la confession de l'accusé, au moyen de menaces ou de promesses, ou qu'il a, de quelque autre manière, effectivement privé l'accusé de son droit de décider de faire ou non une confession. À tout le moins, affirme la défense, le juge du procès aurait dû tenir un *voir-dire* pour trancher ces questions. Il semble clair que, même s'il était possible de considérer le psychiatre comme une personne en situation d'autorité, personne ne prétend qu'il se soit servi de menaces, de promesses ou de tout autre moyen pour priver l'accusé de son droit de choisir. Personne ne prétend non plus que l'accusé ne connaissait pas ses droits ou qu'il n'était pas dans un état d'esprit conscient. Après examen du rapport du psychiatre nommé par la cour et celui du psychiatre de la défense, le juge du procès a conclu que l'accusé comprenait les aveux qu'il avait faits et leurs conséquences. En appel, on a donc, à juste titre, plaidé principalement que la déclaration faite au psychiatre était involontaire

confession to the police which the trial judge had ruled inadmissible.

(2) The Argument that the Statement to the Psychiatrist is Inadmissible Because of its Links to the Earlier Inadmissible Confession to the Police

The second argument is that the accused's statement to the psychiatrist is an inadmissible confession because of its links to the earlier police confession which the trial judge ruled inadmissible. In my view, the connection between the statement to the psychiatrist and the earlier statement to the police does not meet the test established by this Court for inadmissibility by derivation.

A preliminary issue arises of whether statements derived from an involuntary confession may be excluded whether or not such statements are made to a person in authority. I can find no case where the common law doctrine of derivative exclusion has been applied to exclude a secondary statement not made to a person in authority. The common law doctrine of derivative exclusion is concerned with voluntariness, a concern which arises only in the case of confessions made to persons in authority.

Assuming, without deciding, that the person in authority requirement is met, the issue becomes whether the statement to the psychiatrist is rendered involuntary by the preceding statement to the police. The test was set by Sopinka J. in *R. v. I. (L.R.) and T. (E.)*, [1993] 4 S.C.R. 504, at p. 526:

... a subsequent confession would be involuntary if either the tainting features which disqualified the first confession continued to be present or if the fact that the

parce qu'elle était liée à la confession qui avait été faite auparavant par l'accusé à la police et qui avait été déclarée inadmissible par le juge du procès.

(2) L'argument que la déclaration faite au psychiatre est inadmissible en raison de ses liens avec la confession antérieure inadmissible faite à la police

Le deuxième argument est que la déclaration faite par l'accusé au psychiatre constitue une confession inadmissible en raison de ses liens avec la confession antérieure qui a été faite à la police et que le juge du procès a déclarée inadmissible. À mon avis, le lien entre la déclaration au psychiatre et la déclaration antérieure à la police ne satisfait pas au critère établi par notre Cour en matière d'inadmissibilité par dérivation.

La question préliminaire qui se pose est de savoir si les déclarations dérivées d'une confession involontaire peuvent être écartées, qu'elles aient ou non été faites à une personne en situation d'autorité. Je ne peux trouver aucun arrêt où une déclaration secondaire faite à une personne qui n'était pas en situation d'autorité aurait été écartée en vertu de la doctrine de common law concernant l'exclusion des éléments de preuve dérivée. Cette doctrine s'attache au caractère volontaire des déclarations, question qui ne se pose que dans le cas de confessions faites à des personnes en situation d'autorité.

Si l'on suppose, sans toutefois statuer sur la question, que la condition relative à la présence d'une personne en situation d'autorité est respectée, il faut alors se demander si la déclaration faite au psychiatre devient involontaire du fait de la déclaration antérieure à la police. Le critère applicable a été établi par le juge Sopinka dans l'arrêt *R. c. I. (L.R.) et T. (E.)*, [1993] 4 R.C.S. 504, à la p. 526:

... une confession subséquente serait involontaire si les\* caractéristiques ayant vicié la première confession existaient toujours ou si la première déclaration était un

\* L'erreur dans la traduction du texte cité a été corrigée.

first statement was made was a substantial factor contributing to the making of the second statement. [Emphasis added.]

As this statement makes clear, the issue is whether the second confession has been rendered involuntary. If it is not involuntary, it stands as an admissible confession.

facteur important qui a incité à faire la seconde déclaration. [Je souligne.]

Comme l'indique clairement cet énoncé, la question est de savoir si la seconde confession est devenue involontaire. Si elle ne l'est pas, elle est valide en tant que confession admissible.

63

On the first branch of the test, Sopinka J. held that “a subsequent confession would be involuntary if . . . the tainting features which disqualified the first confession continued to be present”. Sopinka J. identified the following as potentially “tainting features”: the time span between the statements, advertence to the previous statement during questioning; the discovery of additional incriminating evidence subsequent to the first statement; the presence of the same police officers at both interrogations; and other similarities between the two circumstances (*I. (L.R.) and T. (E.)*, *supra*, at p. 526). On the second branch of the test, more apposite here, Sopinka J. stated that “a subsequent confession would be involuntary . . . if the fact that the first statement was made was a substantial factor contributing to the making of the second statement”. This might occur where the fact of the first statement produces a “strong urge to explain away incriminating matters in a prior statement” (p. 527); or the second statement was a “continuation of the first” (p. 531); or where, in light of the first statement, “the rationale for further restraint in self-incrimination was gone” (p. 532). In short, the inquiry is whether the first inadmissible confession effectively deprived the accused of the choice of whether to make the subsequent confession, rendering it involuntary and hence inadmissible.

Relativement au premier volet du critère, le juge Sopinka a conclu qu’«une confession subséquente serait involontaire si les caractéristiques ayant vicié la première confession existaient toujours». Le juge Sopinka a qualifié de «vices» potentiels les facteurs suivants: le délai écoulé entre les déclarations, les allusions à la déclaration antérieure pendant l’interrogatoire, la découverte d’éléments de preuve incriminants supplémentaires après la première déclaration, la présence des mêmes policiers au cours des deux interrogatoires ainsi que d’autres similarités entre les cas (*I. (L.R.) et T. (E.)*, précité, à la p. 526). Relativement au deuxième volet du critère, le juge Sopinka a dit qu’«une confession subséquente serait involontaire [. . .] si la première déclaration était un facteur important qui a incité à faire la seconde déclaration». De tels cas pourraient survenir lorsque la première déclaration provoque une «invitation pressante à expliquer des éléments incriminants révélés dans une déclaration antérieure» (p. 527), lorsque la seconde déclaration était une «continuité de la première» (p. 531), ou lorsque, à la lumière de la première déclaration, «il n’y avait plus de raison d’éviter de s’incriminer» (p. 532). Bref, il s’agit de se demander si la première confession inadmissible a effectivement privé l’accusé de la possibilité de choisir de faire ou non la confession subséquente, rendant celle-ci involontaire et, de ce fait, inadmissible.

64

To assert that every statement similar to or derived from an inadmissible statement thereby becomes inadmissible is to undermine the rationale of choice that lies at the heart of the confessions rule: *R. v. Hebert*, [1990] 2 S.C.R. 151, at p. 173. It would make virtually all second confessions inadmissible, regardless of the circumstances, since second statements almost always will have reference in some derivative way to prior statements. It would prevent an accused who has made an

Affirmer que toute déclaration dérivée d’une déclaration inadmissible ou similaire à une telle déclaration devient de ce fait inadmissible a pour effet de miner la raison d’être du choix qui est au cœur de la règle des confessions: *R. c. Hebert*, [1990] 2 R.C.S. 151, à la p. 173. Cela aurait pour effet de rendre inadmissible pratiquement toute seconde confession, quelles que soient les circonstances, puisqu’une telle déclaration se rapporte presque toujours, de façon dérivée, à la déclaration

inadmissible first statement from making an admissible second statement, even where this is to his or her advantage. And it would disadvantage the search for the truth and the proper administration of justice, all in the absence of the self-incrimination and abuse rationales that underlie the rule that involuntary confessions should be excluded.

For these reasons, I respectfully dissent from my colleague Bastarache J.'s view that a subsequent statement is inadmissible if the second statement "arose out of the first" or where the first and the second statements "are one and the same". The fact that the second statement contained no additional information, and that the second admission was merely an assertion of the truth of the first statement does not suffice, without more, to render a second confession inadmissible. Nor is a second confession rendered inadmissible because it is "contaminated" by or "exists only because of", the prior inadmissible confession. Connectedness or similarity between a prior inadmissible confession and a subsequent statement renders the subsequent statement inadmissible only if it rises to the level of showing that the connection may have rendered the second statement involuntary.

Applying the doctrine of derivative exclusion set out in *I. (L.R.)* and *T. (E.)* to the facts here, and bearing in mind the protection against involuntary self-incrimination that lies at the heart of it, I conclude that the statement to the psychiatrist, assuming it to be a confession falling under the reach of this doctrine, is not inadmissible on either branch of the test. The time span between the first and second statements was long — about one year, during which time the accused consulted with a lawyer. There was no mass of subsequently discovered evidence acting as a practical compulsion to confess. The circumstances and personnel involved in the two situations were entirely different. The accused's mother had explained to the accused the purpose and nature of the meeting with

antérieure. Cela empêcherait l'accusé qui a fait une première déclaration inadmissible de faire une seconde déclaration admissible, même lorsque cela serait à son avantage. Une telle situation ne favoriserait pas non plus la recherche de la vérité ni la bonne administration de la justice, et tout cela en l'absence des justifications fondées sur la protection contre l'auto-incrimination et les abus sur lesquelles repose la règle selon laquelle les confessions involontaires doivent être écartées.

Pour ces motifs, je dois avec égards exprimer ma dissidence avec l'opinion de mon collègue le juge Bastarache qu'une déclaration subséquente est inadmissible lorsque la seconde déclaration «est issue de la première» ou «ne fait qu'un avec elle». Le fait que la seconde déclaration ne contenait aucune information supplémentaire et qu'elle n'était simplement qu'une affirmation de la véracité de la première ne rend pas, à lui seul, la seconde confession inadmissible. Une seconde déclaration ne devient pas non plus inadmissible parce qu'elle a été «contaminée» par la confession antérieure inadmissible ou qu'elle «n'existe [...] qu'en vertu de» celle-ci. La connexité ou la similitude entre une première confession inadmissible et une déclaration subséquente ne rend cette dernière inadmissible que si cette connexité ou similitude est suffisante pour démontrer que le lien est susceptible d'avoir rendu la seconde déclaration involontaire.

Appliquant aux faits de l'espèce la doctrine de l'exclusion de la preuve dérivée qui a été énoncée dans *I. (L.R.)* et *T. (E.)*, tout en gardant à l'esprit la protection contre l'auto-incrimination involontaire qui est au cœur de cette doctrine, je conclus que la déclaration qui a été faite au psychiatre — en tenant pour acquis qu'elle est une confession relevant du champ d'application de cette doctrine — n'est pas inadmissible suivant l'un ou l'autre des volets du critère. Il s'est écoulé, entre la première et la seconde déclaration, un long délai — environ un an — au cours duquel l'accusé a consulté un avocat. On n'a pas découvert, subséquentement à la première déclaration, une masse d'éléments de preuve qui auraient eu pour effet de forcer concrètement l'accusé à passer aux aveux. Les circons-

65

66

the psychiatrist. While the psychiatrist adverted to the first statement in questioning the accused, he did not do so in a deceptive or coercive way. The accused was never deprived of his right to choose whether to make the statement or not. These circumstances do not bring the case within the situations described by Sopinka J. where a second statement might be inadmissible on the basis of a prior inadmissible confession. The substantial connection between the two statements required by the law to establish involuntariness is not established, and the doctrine of derivative exclusion does not apply to exclude the statement at issue.

(3) The Argument that Section 672.21(3)(f) of the Criminal Code Does not Permit the Use of Inadmissible Confessions

67

In the event the accused was able to establish that the statement to the psychiatrist was an inadmissible confession, which I reject, he would face the further hurdle of showing that the inadmissibility of the statement took it out of the reach of s. 672.21(3)(f). To this end, the accused submits that the common law confessions rule and s. 11(c) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* prohibit any subsequent use of an involuntary confession. He argues that, in order to conform with the requirements of the *Charter*, s. 672.21(3)(f) must be read down or interpreted as incorporating the common law confessions rule and excluding inadmissible confessions. On this view, the “protected statements” referred to in s. 672.21(3)(f), would have to be read as “protected statements, except inadmissible confessions”. Bastarache J. applies similar reasoning and concludes that the exception created under s. 672.21(3)(f) does not allow statements derived from inadmissible confessions to be used to challenge an accused’s credibility, because to do so would render the section

tances et les personnes en cause dans les deux cas n’étaient pas du tout les mêmes. Bien que le psychiatre ait fait allusion à la première déclaration lorsqu’il a questionné l’accusé, il ne l’a pas fait de façon autoritaire ou de manière à prendre l’accusé en défaut. Ce dernier n’a jamais été privé de son droit de choisir de faire ou non la déclaration. Ces circonstances ne font pas de la présente affaire un des cas décrits par le juge Sopinka où la seconde déclaration pourrait être jugée inadmissible en raison d’une confession antérieure inadmissible. On n’a pas démontré l’existence, entre les deux déclarations, du degré de connexité important exigé par le droit pour établir le caractère involontaire, et la doctrine de l’exclusion des éléments de preuve dérivée ne s’applique pas et n’écarte pas la déclaration en litige.

(3) L’argument que l’al. 672.21(3)f) du Code criminel ne permet pas l’utilisation des confessions inadmissibles

Dans l’hypothèse où l’accusé a pu démontrer que sa déclaration au psychiatre constituait une confession inadmissible, hypothèse que je rejette, il devrait surmonter un obstacle supplémentaire, c’est-à-dire prouver que l’inadmissibilité de la déclaration a eu pour effet de soustraire celle-ci à l’application de l’al. 672.21(3)f). À cet égard, l’accusé soutient que la règle de common law relative aux confessions et l’al. 11c) de la *Charte canadienne des droits et libertés* interdisent toute utilisation subséquente d’une confession involontaire. Il prétend que, pour que l’al. 672.21(3)f) soit conforme aux exigences de la *Charte*, il faut lui donner une interprétation atténuée ou considérer qu’il a incorporé la règle de common law relative aux confessions et qu’il écarte les confessions inadmissibles. Suivant ce raisonnement, l’expression «déclaration protégée» visée à l’al. 672.21(3)f) devrait plutôt être considérée comme visant les «déclarations protégées, à l’exception des confessions inadmissibles». Le juge Bastarache applique un raisonnement similaire et conclut que l’exception créée par l’al. 672.21(3)f) ne permet pas l’utilisation de déclarations dérivées de confessions inadmissibles pour mettre en doute la crédibilité de l’accusé, étant donné que cela aurait pour effet

unconstitutional in light of the “constitutionalized” confessions rule.

In my opinion, the statement to the psychiatrist, even if an inadmissible confession, could be used to challenge the accused’s credibility pursuant to s. 672.21(3)(f). The wording of s. 672.21(3)(f) is clear and conforms to the documented intention of Parliament. Given the lack of ambiguity in s. 672.21(3)(f) and the absence of a constitutional challenge of this section, I take the view that it cannot be read down on constitutional grounds. I also note that even if the constitutionality of the section were considered, there is every indication that it would pass constitutional muster.

The cardinal principle of interpretation is that a statute must be interpreted in a way that gives effect to the intention of Parliament. While various considerations and rules aid in ascertaining this intention, the words chosen by Parliament are the prime indicators of its purpose. Absent ambiguity, one can reasonably assume that Parliament said what it intended to say. The courts are not, however, the slave of the text. The words must be read with the object of the statute and the intention of Parliament in mind. A related rule is that the statute should be read in a way that avoids absurdity and assigns a meaning to all of the words Parliament has used. See generally: *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 S.C.R. 27, per Iacobucci J. Yet another rule is that where two interpretations of a provision are possible, and one raises constitutional difficulty, the court should prefer the interpretation that more closely accords with the Constitution: *Slaight Communications Inc. v. Davidson*, [1989] 1 S.C.R. 1038, at p. 1078, per Lamer J. (as he then was); *R. v. Zundel*, [1992] 2 S.C.R. 731, at p. 771, per McLachlin J. This follows from the common-sense presumption that Parliament intends to respect the constitutional limits on its jurisdiction, *Driedger on the Construction of Statutes* (3rd ed. 1994), by R. Sullivan, at pp. 322-23.

d’invalider cet alinéa vu la «constitutionnalisation» de la règle des confessions.

À mon avis, la déclaration faite au psychiatre — même si elle constituait une confession inadmissible — pourrait être utilisée pour mettre en doute la crédibilité de l’accusé en vertu de l’al. 672.21(3)(f). Le texte de cet alinéa est clair et conforme à l’intention documentée du législateur. Vu l’absence d’ambiguïté du texte de l’al. 672.21(3)(f) et le fait qu’on ne conteste pas sa constitutionnalité, je suis d’avis qu’il ne peut recevoir une interprétation atténuée pour des motifs d’ordre constitutionnel. Je souligne également que, même si la constitutionnalité de cet alinéa était contestée, tout indique qu’il résisterait à un tel examen.

68

Le principe fondamental d’interprétation est qu’un texte de loi doit recevoir une interprétation qui donne effet à l’intention du législateur. Bien que différentes règles et considérations aident à dégager cette intention, les mots choisis par le législateur sont les premiers indicateurs de l’objectif qu’il vise. En l’absence d’ambiguïté, on peut raisonnablement présumer que le législateur a dit ce qu’il entendait dire. Les tribunaux ne sont cependant pas esclaves du texte. Les mots utilisés doivent être lus en gardant à l’esprit l’objet de la loi et l’intention du législateur. Suivant une règle connexe, le texte de loi doit être interprété de manière à éviter les absurdités et à donner un sens à tous les mots utilisés par le législateur. Voir, de façon générale: *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 R.C.S. 27, le juge Iacobucci. Cependant, selon une autre règle, lorsqu’une disposition est susceptible de deux interprétations et que l’une d’elles soulève des difficultés du point de vue constitutionnel, le tribunal devrait préférer l’interprétation qui est la plus conforme à la Constitution: *Slaight Communications Inc. c. Davidson*, [1989] 1 R.C.S. 1038, à la p. 1078, le juge Lamer (plus tard Juge en chef); *R. c. Zundel*, [1992] 2 R.C.S. 731, à la p. 771, le juge McLachlin. Cette règle découle de la présomption sensée selon laquelle le législateur entend respecter les limites constitutionnelles encadrant sa compétence, *Driedger on the Construction of Statutes* (3<sup>e</sup> éd. 1994), par R. Sullivan, aux pp. 322 et 323.

69

70

In my view, the application of these principles to s. 672.21(3)(f) does not lead to the conclusion that it should be read as inapplicable to inadmissible confessions. I agree with Bastarache J. that Parliament had two purposes in passing s. 672.21. Parliament wished to facilitate court-ordered assessments of accused persons by providing them with a guarantee of confidentiality. Parliament, however, also wanted to uphold and protect the search for truth. The Minister of Justice indicated in introducing the provisions that she had received representations from the defence bar that lawyers were advising their clients to refuse to answer questions during such assessments to avoid the risk of incriminating statements. She noted that this practice threatened to undermine the effectiveness of court-ordered assessments. At the same time, the Minister indicated that she was alive to representations from those concerned with law enforcement that a complete interdiction on the use of such statements would deprive the courts of important information that might cast light on the accused's situation and the crime. Section 672.21(3)(f) effects a compromise between these two Parliamentary purposes. To protect the confidentiality of the accused, s. 672.21 affirms that communications in court-ordered assessments or treatments are inadmissible in evidence absent consent, subject to certain exceptions. To uphold and protect the search for truth, s. 672.21(3)(f) creates a limited exception providing for the use of such statements to challenge the accused's credibility where he or she takes the stand and testifies in a manner inconsistent with these statements.

À mon avis, l'application de ces principes à l'al. 672.21(3)f n'amène pas à conclure qu'il devrait être considéré comme inapplicable aux confessions inadmissibles. Je partage l'opinion du juge Bastarache que le législateur visait deux objectifs en édictant l'art. 672.21. Il désirait faciliter les évaluations psychiatriques ordonnées par les tribunaux, et ce en accordant aux accusés une garantie de confidentialité. Cependant, le législateur voulait également soutenir et protéger la recherche de la vérité. Lorsqu'elle a déposé les dispositions en question, la ministre de la Justice a indiqué que des associations d'avocats de la défense avaient affirmé que certains avocats conseillaient à leurs clients de refuser de répondre aux questions qui leur étaient posées au cours de ces évaluations, de façon à éviter de faire des déclarations incriminantes. La ministre a souligné que cette pratique risquait de compromettre l'efficacité des évaluations ordonnées par les tribunaux. À cette occasion, elle a également dit être sensible aux observations émanant des personnes chargées de l'application de la loi, qui affirmaient que le fait d'interdire complètement le recours à ce genre de déclarations priverait les tribunaux de renseignements importants qui pourraient faire la lumière sur la situation de l'accusé et sur le crime. L'alinéa 672.21(3)f réalise un compromis entre ces deux objectifs du législateur. Pour protéger la confidentialité des déclarations de l'accusé, l'art. 672.21 affirme que les communications faites au cours d'évaluations ou de traitements ordonnés par les tribunaux ne sont pas admissibles en preuve sans le consentement de l'accusé, sous réserve de certaines exceptions. Pour soutenir et protéger la recherche de la vérité, l'al. 672.21(3)f crée une exception limitée, qui permet l'utilisation des déclarations protégées pour mettre en doute la crédibilité de l'accusé lorsqu'il se présente à la barre et rend un témoignage incompatible sur un point important avec de telles déclarations.

71

An interpretation of s. 672.21(3)(f) that extends its limited use exception to otherwise inadmissible confessions is consistent with Parliament's intentions. The common law distinguishes between tendering evidence for the purpose of incrimination and referring to evidence for the purpose of

L'interprétation de l'al. 672.21(3)f qui étend aux déclarations dérivées de confessions par ailleurs inadmissibles l'exception limitée en matière d'utilisation prévue par cette disposition est compatible avec l'intention du législateur. La common law fait une distinction entre la présentation d'un

challenging credibility. It has long recognized that when an accused puts his or her credibility in issue by taking the stand, a range of otherwise inadmissible evidence is admissible to impeach that credibility. This is neither unfair nor unjust. The accused has chosen, under oath, to put a certain version of events before the court and ask the court to believe it. In so doing, the accused has opened the door to having the trustworthiness of the evidence he or she offers challenged on the basis of contrary statements. Getting at the truth is an important value in criminal trials. Permitting the Crown to cross-examine a witness by reference to other versions of the events he or she has presented furthers that goal. As stated by Lamer C.J. in *R. v. Kuldip*, [1990] 3 S.C.R. 618, at pp. 635-36:

An accused has the right to remain silent during his or her trial. However, if an accused chooses to take the stand, that accused is implicitly vouching for his or her credibility. Such an accused, like any other witness, has therefore opened the door to having the trustworthiness of his/her evidence challenged. An interpretation of s.13 which insulates such an accused from having previous inconsistent statements put to him/her on cross-examination where the only purpose of doing so is to challenge that accused's credibility, would, in my view, "stack the deck" too highly in favour of the accused.

This logic applies to all previously-made inconsistent statements of an accused, including inadmissible confessions. While the common law confessions rule has developed in a way that does not permit inadmissible confessions to be used to impeach credibility, Parliament has the power to alter the common law. It was therefore open to Parliament, absent constitutional impermissibility, to enact that all "protected statements" under s. 672.21, including inadmissible confessions, can be used to challenge the accused's credibility if he or she takes the stand to tell a different story.

témoignage aux fins d'incrimination et la référence à ce témoignage aux fins de mise en doute de la crédibilité. La common law reconnaît depuis longtemps que, lorsqu'un accusé met sa crédibilité en cause en se présentant à la barre, toute une gamme d'éléments de preuve qui ne sont pas normalement admissibles le deviennent pour attaquer sa crédibilité. Cette situation n'est ni inéquitable ni injuste. En effet, l'accusé choisit alors, sous serment, de présenter au tribunal une certaine version des événements, qu'il lui demande de croire. Ce faisant, l'accusé ouvre la porte aux attaques contre la fiabilité de son témoignage au moyen de déclarations contradictoires. La découverte de la vérité est un objectif important des procès criminels. Permettre au ministère public de contre-interroger un témoin en se référant à d'autres versions des événements qu'a données ce dernier contribue à la réalisation de cet objectif. Comme l'a dit le juge en chef Lamer dans *R. c. Kuldip*, [1990] 3 R.C.S. 618, aux pp. 635 et 636:

Un accusé a le droit de garder le silence pendant son procès. Toutefois, si l'accusé choisit de témoigner, c'est qu'il se porte implicitement garant de sa crédibilité. Cet accusé, tout comme n'importe quel autre témoin, ouvre donc la porte aux attaques contre la fiabilité de son témoignage. Interpréter l'art. 13 de façon à protéger l'accusé contre un contre-interrogatoire portant sur ses déclarations antérieures incompatibles aux seules fins d'attaquer sa crédibilité, équivaudrait, à mon avis, à trop «fausser la donne» en faveur de l'accusé.

Cette logique s'applique à toutes les déclarations antérieures incompatibles faites par un accusé, y compris les confessions inadmissibles. Bien que la règle de common law relative aux confessions ait évolué de telle façon qu'elle ne permet pas l'utilisation des confessions inadmissibles pour attaquer la crédibilité de leur auteur, le législateur a le pouvoir de modifier la common law. Il lui était donc loisible, en l'absence d'interdiction constitutionnelle, d'édicter que toutes les «déclarations protégées» visées par l'art. 672.21, y compris les confessions inadmissibles, peuvent être utilisées pour mettre en doute la crédibilité de l'accusé qui se présente à la barre et relate une version différente des faits.

72

I conclude that reading s. 672.21(3)(f) as including inadmissible confessions, far from conflicting with Parliament's goals, furthers them. The Crown is prohibited from using any statement in a court-ordered assessment as incriminating evidence against the accused. It cannot tender it as a confession. It cannot put it in as part of its case against the accused. At the same time, if the accused chooses to take the stand in his or her defence and tell a different story than that he or she told during his or her assessment, the Crown can use the statement to challenge his or her credibility. The statement, unless affirmed by the accused, does not become evidence against the accused. The judge cannot use it as part of the material upon which he or she bases a conviction. But the judge can use it to assist in assessing the accused's credibility if the accused testifies in an inconsistent manner at trial.

Je conclus que, loin d'aller à l'encontre des objectifs visés par le législateur, le fait de donner à l'al. 672.21(3)f) une interprétation qui inclut les confessions inadmissibles favorise plutôt la réalisation de ces objectifs. Il est interdit au ministère public d'utiliser comme preuve incriminante contre l'accusé toute déclaration faite au cours d'une évaluation ordonnée par le tribunal. Il ne peut déposer cette déclaration en preuve en tant que confession. Il ne peut l'inclure dans sa preuve contre l'accusé. Par ailleurs, si l'accusé choisit de témoigner pour sa défense et relate une version des faits différente de celle qu'il a donnée au cours de son évaluation, le ministère public peut alors utiliser la déclaration pour mettre en doute sa crédibilité. À moins qu'elle ne soit confirmée par l'accusé, cette déclaration ne devient pas un élément de preuve contre lui. Le juge ne peut en faire un des éléments sur lesquels il fonde la déclaration de culpabilité. Toutefois, il peut s'en servir pour apprécier la crédibilité de l'accusé si, au procès, ce dernier rend un témoignage incompatible.

73

The rules of statutory interpretation that each part of an enactment must be given full credit and that absurdity be avoided, also support this interpretation. In s. 672.21 Parliament has set up a general rule and carefully enunciated exceptions to it. In order to accept the position of the defence and Bastarache J., it is necessary to conclude that Parliament intended to enact yet another exception — the inadmissible confessions exception — but neglected to do so. The argument seems to be that Parliament saw no need to explicitly expound this exception, as it already existed at common law. It does not seem reasonable to me that Parliament, having carefully considered the need for a general rule and what exceptions there should be to that rule, should be assumed to have overlooked the confessions rule that bulks so large in criminal law in crafting its clearly articulated exception in s. 672.21(3)(f).

Cette interprétation trouve également appui dans les règles d'interprétation législative précisant qu'il faut donner plein effet à chaque partie d'un texte de loi et éviter les absurdités. À l'article 672.21, le législateur a établi une règle générale, qu'il a soigneusement assortie d'exceptions. Pour accepter la position préconisée par la défense et par le juge Bastarache, il est nécessaire de conclure que le législateur entendait édicter une exception additionnelle — visant les confessions inadmissibles —, mais qu'il a négligé de le faire. L'argument semble être que le législateur n'a pas vu la nécessité de formuler expressément cette exception, puisqu'elle existait déjà en common law. Il ne me semble pas raisonnable de présumer que, après avoir soigneusement examiné le besoin d'établir une règle générale et les exceptions dont elle devrait être assortie, le législateur aurait oublié la règle des confessions — qui occupe une place si importante en droit criminel — lorsqu'il a rédigé son exception clairement formulée à l'al. 672.21(3)f).

74

The argument is also advanced that to interpret s. 672.21(3)(f) as permitting the statement to be

On avance également l'argument que le fait de considérer que l'al. 672.21(3)f) permet l'utilisation

used to challenge the accused's credibility violates the accused's constitutional rights. Applying the principle of interpretation that where an ambiguous statute permits two meanings, one constitutional and the other not, the court should choose the constitutional meaning, it is argued that s. 672.21(3)(f) should be read as not applying to inadmissible confessions.

I find this principle of little assistance in the case at bar. It applies only where the statutory provision is ambiguous, in the sense of being capable of being read in two ways. It cannot apply in the case at bar since s. 672.21(3)(f), considered on its words and in light of Parliament's stated intention, is not ambiguous. The section is quite clear — protected statements cannot be used in evidence against the accused but can, exceptionally, be used to challenge the accused's credibility where the accused takes the stand and tells a different story. It seems to me the *Slaight* rule of interpretation does not go so far as to entitle the Court to rewrite an unchallenged and unambiguous statutory provision under the guise of statutory interpretation.

In my view, this is sufficient to resolve this point. Absent ambiguity or a constitutional challenge, s. 672.21(3)(f) should be read as its words, confirmed by Parliament's purpose, suggest. However, as Bastarache J. suggest that this result would be unconstitutional, it may be appropriate to point out some of the problems I see with my colleague's assertion.

Bastarache J.'s reasoning appears to follow these lines: (1) the common law confessions rule does not permit inadmissible confessions or statements derived therefrom to be used to impeach an accused's credibility; (2) certain aspects of the common law confessions rule have been "constitutionalized"; (3) to permit inadmissible confessions or statements derived therefrom to be used to chal-

de la déclaration pour mettre en doute la crédibilité de l'accusé porte atteinte aux droits garantis à ce dernier par la Constitution. Appliquant le principe d'interprétation selon lequel lorsqu'une loi ambiguë est susceptible de deux interprétations — l'une valide sur le plan constitutionnel et l'autre non — le tribunal doit retenir celle qui est valide, on plaide que l'al. 672.21(3)(f) doit être interprété comme ne s'appliquant pas aux confessions inadmissibles.

J'estime que ce principe est peu utile en l'espèce. Il s'applique seulement lorsque la disposition législative en cause est ambiguë, c'est-à-dire lorsqu'elle est susceptible de deux interprétations. Ce principe ne peut pas s'appliquer dans le présent cas puisque, à la lumière de son texte même et de l'intention exprimée du législateur, l'al. 672.21(3)(f) n'est pas ambigu. Cette disposition est très claire: les déclarations protégées ne peuvent pas être utilisées en preuve contre l'accusé, mais elles peuvent, exceptionnellement, être utilisées pour mettre en doute sa crédibilité lorsqu'il se présente à la barre et donne une version différente des faits. Il me semble que la règle d'interprétation établie dans l'arrêt *Slaight* ne va pas jusqu'à autoriser la Cour à récrire, sous couleur de l'interpréter, une disposition législative non contestée et non ambiguë.

À mon avis, cela est suffisant pour disposer de ce point. En l'absence d'ambiguïté ou de contestation d'ordre constitutionnel, l'al. 672.21(3)(f) devrait recevoir l'interprétation qui ressort de son texte et qui est confirmée par l'objectif du législateur. Cependant, étant donné que le juge Bastarache suggère que ce résultat serait inconstitutionnel, il pourrait être utile que je signale certains des problèmes que je vois dans l'affirmation de mon collègue.

Le raisonnement du juge Bastarache semble s'articuler ainsi: (1) la règle de common law relative aux confessions n'autorise pas l'utilisation des confessions inadmissibles ou des déclarations qui en sont dérivées pour attaquer la crédibilité d'un accusé; (2) certains aspects de la règle de common law relative aux confessions ont été «constitutionalisés»; (3) le fait de permettre que les confes-

75

76

77

lenge credibility runs counter to these aspects and is therefore unconstitutional.

sions inadmissibles ou les déclarations qui en sont dérivées soient utilisées pour mettre en doute la crédibilité est incompatible avec ces aspects et est, par conséquent, inconstitutionnel.

78

The first premise in this syllogism is correct; the common law confessions rule does not permit inadmissible confessions to be used to impeach credibility. If the accused's statement was found to be an inadmissible confession, a finding I reject, outside of the impugned statutory regime, it could not be used to challenge the accused's credibility.

La première prémisse de ce syllogisme est correcte; la règle de common law relative aux confessions n'autorise pas l'utilisation des confessions inadmissibles pour attaquer la crédibilité de l'accusé. Si la déclaration de l'accusé était jugée être une confession inadmissible — conclusion que je rejette — en dehors du régime législatif contesté, elle ne pourrait pas être utilisée pour mettre en doute sa crédibilité.

79

I cannot, however, concur in the second premise of this argument. While aspects of the common law confessions rule have been "constitutionalized" (if that is an appropriate term), we must be clear on what this means. There is a distinction between a right which is "constitutionalized", and the consequences that flow from a breach of that right. The fact that a statement was obtained in breach of a constitutional right, specifically the right not to incriminate oneself, does not automatically render any subsequent use of the statement unconstitutional. Such a proposition would run counter to the *Charter*, which excludes evidence obtained in violation of *Charter* rights only "if it is established that, having regard to all the circumstances, the admission of it in the proceedings would bring the administration of justice into disrepute": s. 24(2). For this reason, the Court in *Hebert, supra*, considering a confession obtained in violation of s. 7, went on to consider whether the constitutional breach rendered the statement inadmissible under s. 24(2). In that case, the statement was sought to be tendered as Crown evidence against the accused. The Court concluded that the statement at issue had been taken in violation of the accused's right not to incriminate himself because the accused had been denied his right to choose whether to make the statement or not. Going on to s. 24(2), it held that the statement could not be used as evidence against the accused for the truth of its contents. But this does not mean that all uses of the statement would necessarily have been unconstitutional. While *Hebert, supra*,

Je ne peux cependant pas souscrire à la seconde prémisse de cet argument. Bien que certains aspects de la règle de common law relative aux confessions aient été «constitutionnalisés» (si ce terme convient), il faut cependant être bien clair sur ce que cela signifie. Il y a une distinction entre un droit qui est «constitutionnalisé» et les conséquences qui découlent d'une atteinte à ce droit. Le fait qu'une déclaration ait été obtenue en violation d'un droit reconnu par la Constitution, en l'occurrence le droit de ne pas s'incriminer, ne rend pas automatiquement inconstitutionnelle toute utilisation subséquente de cette déclaration. Une telle proposition irait à l'encontre de la *Charte*, qui écarte les éléments de preuve obtenus en violation des droits qu'elle garantit seulement «s'il est établi, eu égard aux circonstances, que leur utilisation est susceptible de déconsidérer l'administration de la justice»: par. 24(2). Voilà pourquoi notre Cour, dans *Hebert*, précité, examinant une confession obtenue en violation de l'art. 7, s'est demandé si la violation de la Constitution rendait la déclaration inadmissible en vertu du par. 24(2). Dans cette affaire, où le ministère public voulait déposer la déclaration en preuve contre l'accusé, notre Cour a conclu que la déclaration en cause avait été recueillie en violation du droit de l'accusé de ne pas s'incriminer, car on lui avait refusé le droit de choisir de faire ou non la déclaration. Examinant ensuite l'application du par. 24(2), elle a conclu que la déclaration ne pouvait pas être invoquée contre l'accusé pour faire foi de son contenu. Toutefois, cela ne signifie pas que toute utilisation de

and *R. v. Whittle*, [1994] 2 S.C.R. 914, constitutionalized aspects of the common law confessions rule, they did not endorse a constitutional right to be completely sheltered from all possible uses of inadmissible confessions as an inexorable remedy. Put in terms of this case, we cannot infer from the fact the accused holds a constitutional right to choose not to incriminate himself, that it is necessarily unconstitutional for Parliament to enact legislation that permits the use of such statements for the limited purpose of challenging credibility where the accused chooses to take the stand and ask the trier of fact to believe a different version of the events.

The aspect of the confessions rule that is constitutionally protected is the right under s. 7 of the *Charter* not to incriminate oneself. This right has been interpreted as being the right to choose whether to make a statement to authorities or not. The consequences of a breach of that right fall to be decided under s. 24 of the *Charter* by assessing whether the use of the statement will bring the administration of justice into disrepute. If situations arise where such use requires exclusion under s. 24(2) they may be addressed on the facts of the case at issue. This does not support the conclusion that Parliament is generally prohibited from permitting the use of protected statements, including inadmissible confessions, to challenge the accused's credibility.

The comments of Iacobucci J. in *R. v. White*, [1999] 2 S.C.R. 417, at para. 45, underscore this point:

That the principle against self-incrimination does have the status as an overarching principle does not imply that the principle provides absolute protection for an accused against all uses of information that has been compelled by statute or otherwise. The residual protections provided by the principle against self-incrimination as contained in s. 7 are specific, and contextually-sensitive. This point was made in *Jones*, *supra*, at

la déclaration aurait nécessairement été inconstitutionnelle. Bien que les arrêts *Hebert*, précité, et *R. c. Whittle*, [1994] 2 R.C.S. 914, aient constitutionnalisés certains aspects de la règle de common law relative aux confessions, ils n'ont pas souscrit à l'existence, en tant que réparation inexorable, d'un droit constitutionnel protégeant les accusés contre toutes utilisations possibles d'une confession inadmissible. Dans le contexte du présent pourvoi, nous ne pouvons inférer du fait que l'accusé possède le droit constitutionnel de choisir de ne pas s'incriminer qu'il est nécessairement inconstitutionnel pour le législateur d'édicter une disposition législative autorisant l'utilisation de telles déclarations à seule fin de mettre en doute la crédibilité de l'accusé qui choisit de se présenter à la barre et qui demande au juge des faits de croire une version différente des événements.

L'aspect de la règle des confessions qui bénéficie de la protection de la Constitution est le droit de ne pas s'incriminer, que garantit l'art. 7 de la *Charte*. Ce droit a été interprété comme étant le droit de choisir de faire ou non une déclaration aux autorités. Les conséquences d'une atteinte à ce droit sont déterminées par application de l'art. 24 de la *Charte*, c'est-à-dire en décidant si l'utilisation de la déclaration en cause est susceptible de déconsidérer l'administration de la justice. Les cas où une telle utilisation d'une déclaration commande d'écarter celle-ci en vertu du par. 24(2) peuvent être décidés à la lumière des faits qui leur sont propres. Cela ne permet pas de conclure qu'il est généralement interdit au législateur de permettre l'utilisation de déclarations protégées, y compris les confessions inadmissibles, pour mettre en doute la crédibilité de l'accusé.

Les commentaires suivants du juge Iacobucci dans l'arrêt *R. c. White*, [1999] 2 R.C.S. 417, au par. 45, font bien ressortir ce point:

Le fait que le principe interdisant l'auto-incrimination a effectivement le statut de principe prépondérant ne signifie pas que ce principe fournit à l'accusé une protection absolue contre toute utilisation des renseignements dont la divulgation a été forcée en vertu de la loi ou d'une autre manière. Les protections résiduelles qui découlent du principe interdisant l'auto-incrimination et que contient l'art. 7 sont précises et varient selon le

80

81

p. 257, *per* Lamer C.J., and in *S. (R.J.)*, *supra*, at paras. 96-100, *per* Iacobucci J., where it was explained that the parameters of the right to liberty can be affected by the context in which the right is asserted. The principle against self-incrimination demands different things at different times, with the task in every case being to determine exactly what the principle demands, if anything, within the particular context at issue. See also *R. v. Lyons*, [1987] 2 S.C.R. 309, at p. 361, *per* La Forest J.

contexte. Cela ressort des arrêts *Jones*, précité, à la p. 257, le juge en chef Lamer, et *S. (R.J.)*, précité, aux par. 96 à 100, le juge Iacobucci, où il est expliqué que les paramètres du droit à la liberté peuvent varier selon le contexte dans lequel le droit est invoqué. Le principe interdisant l'auto-incrimination exige différentes choses à différents moments, la tâche dans chaque affaire étant de déterminer avec précision ce que le principe exige, s'il y a lieu, dans le contexte particulier en cause. Voir aussi *R. c. Lyons*, [1987] 2 R.C.S. 309, à la p. 361, le juge La Forest.

82

We cannot therefore infer from the fact that a confession is obtained in breach of the accused's right not to incriminate himself, that it is unconstitutional to use the confession to impeach the accused's credibility. On the contrary, the use of statements otherwise inadmissible for purpose of challenging credibility was upheld as constitutional in *Kuldip*, *supra*. There is no reason to assume that the use of statements derived from confessions for the same purpose under s. 672.21(3)(f) would be unconstitutional. It follows that there is no basis for suggesting that s. 672.21(3)(f), read exhaustively, is constitutionally suspect. Accordingly, even if the provision were ambiguous, I would find the presumption of validity embodied in *Slaight*, *supra*, of no application.

Nous ne pouvons donc pas inférer du fait qu'une confession a été obtenue en violation du droit de l'accusé de ne pas s'incriminer qu'il est inconstitutionnel d'utiliser cette confession pour attaquer la crédibilité de ce dernier. Au contraire, la constitutionnalité de l'utilisation de déclarations par ailleurs inadmissibles dans le but de mettre en doute la crédibilité de l'accusé a été confirmée dans l'arrêt *Kuldip*, précité. Il n'y a aucune raison de présumer qu'il serait inconstitutionnel d'utiliser pour la même fin en vertu de l'al. 672.21(3)f) des déclarations dérivées de confessions. Il s'ensuit que rien ne permet d'affirmer que la constitutionnalité de l'al. 672.21(3)f), considéré dans son ensemble, est douteuse. Par conséquent, même si cette disposition était ambiguë, je conclurais que la présomption de validité énoncée dans l'arrêt *Slaight*, précité, ne s'applique pas.

83

I readily acknowledge that this argument requires us to accept that the common law may not be perfectly congruent with *Charter* protection. I see nothing anomalous in this. Common law principles, even those that reflect *Charter* values, may in their details offer more protection than the *Charter* guarantees. The *Charter* sets out minimum standards to which the common law and statute law must conform. It does not preclude the common law and statute law from offering additional protection. There is therefore nothing exceptional in the fact that the common law confessions rule offers protection against uses of involuntary confessions that is not incorporated in s. 7 of the *Charter*.

Je reconnais volontiers que cet argument exige que nous acceptions que la protection reconnue par la common law puisse ne pas coïncider parfaitement avec celle reconnue par la *Charte*. Je ne vois rien d'anormal dans cette situation. Les principes de common law, même ceux qui correspondent aux valeurs exprimées par la *Charte*, peuvent, dans leurs particularités, offrir une protection plus grande que les garanties reconnues par la *Charte*. La *Charte* établit des normes minimales auxquelles la common law et le droit écrit doivent se conformer. Elle ne les empêche pas d'offrir une protection additionnelle. Il n'y a donc rien d'exceptionnel à ce que la règle de common law relative aux confessions accorde, contre l'utilisation des confessions involontaires, une protection qui n'est pas incorporée dans l'art. 7 de la *Charte*.

I conclude that the limited use exception set out in s. 672.21(3)(f) is properly interpreted as applying to all “protected statements”, including inadmissible confessions. It follows that the trial judge did not err in using the statement for purposes of credibility.

I would allow the appeal and reinstate the conviction.

*Appeal dismissed, L’HEUREUX-DUBÉ, GONTHIER and MCLACHLIN JJ. dissenting.*

*Solicitors for the appellant: Maurice Galarneau, Montréal; Caroline Vallières, Sainte-Foy.*

*Solicitors for the respondent: Malo & Associés, Joliette.*

Je conclus qu’il est bien fondé de considérer que l’exception limitée en matière d’utilisation prévue par l’al. 672.21(3)f) s’applique à toutes les «déclarations protégées», y compris les confessions inadmissibles. Il s’ensuit que le juge du procès n’a pas commis d’erreur en utilisant la déclaration afin d’apprécier la crédibilité de l’accusé.

J’accueillerais le pourvoi et rétablirais la déclaration de culpabilité.

*Pourvoi rejeté, les juges L’HEUREUX-DUBÉ, GONTHIER et MCLACHLIN sont dissidents.*

*Procureurs de l’appelante: Maurice Galarneau, Montréal; Caroline Vallières, Sainte-Foy.*

*Procureurs de l’intimé: Malo & Associés, Joliette.*

84

85