

Her Majesty The Queen *Appellant*

v.

Nelson Lloyd Hart *Respondent*

and

**Director of Public Prosecutions of Canada,
Attorney General of Ontario,
Directeur des poursuites criminelles
et pénales du Québec,
Attorney General of British Columbia,
Association in Defence of the
Wrongly Convicted, British Columbia
Civil Liberties Association,
Criminal Lawyers' Association of Ontario,
Canadian Civil Liberties Association and
Association des avocats de la défense
de Montréal** *Intervenants*

INDEXED AS: R. v. HART

2014 SCC 52

File No.: 35049.

2013: December 3; 2014: July 31.

Present: McLachlin C.J. and LeBel, Abella, Cromwell,
Moldaver, Karakatsanis and Wagner JJ.

**ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR
NEWFOUNDLAND AND LABRADOR**

Criminal law — Evidence — Admissibility — Confessions — “Mr. Big” confessions — Accused confessing to murdering his two young daughters at end of lengthy Mr. Big operation — Whether new common law rule of evidence should be developed to determine admissibility of Mr. Big confessions — Whether accused’s confessions should be excluded.

Courts — Proceedings — Open court principle — Accused requesting to testify with public excluded from courtroom — Trial judge refusing request — Whether exclusion order in interests of proper administration of justice — Whether failure to accommodate request necessitates new trial — Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 486(1).

Sa Majesté la Reine *Appelante*

c.

Nelson Lloyd Hart *Intimé*

et

**Directeur des poursuites pénales du Canada,
procureur général de l’Ontario,
directeur des poursuites criminelles
et pénales du Québec, procureur général
de la Colombie-Britannique,
Association in Defence of the
Wrongly Convicted, Association des libertés
civiles de la Colombie-Britannique,
Criminal Lawyers’ Association of Ontario,
Association canadienne des libertés civiles et
Association des avocats de la défense
de Montréal** *Intervenants*

RÉPERTORIÉ : R. c. HART

2014 CSC 52

N° du greffe : 35049.

2013 : 3 décembre; 2014 : 31 juillet.

Présents : La juge en chef McLachlin et les juges LeBel,
Abella, Cromwell, Moldaver, Karakatsanis et Wagner.

**EN APPEL DE LA COUR D’APPEL DE TERRE-
NEUVE-ET-LABRADOR**

Droit criminel — Preuve — Admissibilité — Aveux — Aveux issus d’une opération « Monsieur Big » — Aveu par l’accusé du meurtre de ses deux fillettes au terme d’une longue opération Monsieur Big — Y a-t-il lieu d’établir une nouvelle règle de preuve en common law pour statuer sur l’admissibilité d’aveux issus d’une opération « Monsieur Big »? — Y a-t-il lieu d’exclure les aveux de l’accusé?

Tribunaux — Procédure — Publicité des débats — Demande de l’accusé de témoigner à huis clos — Refus du juge du procès d’accéder à la demande — Était-il dans l’intérêt de la bonne administration de la justice d’exclure le public de la salle d’audience? — L’omission d’accorder la mesure demandée commande-t-elle la tenue d’un nouveau procès? — Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 486(1).

H's twin daughters drowned on August 4, 2002. The police immediately suspected that H was responsible for their deaths. However, they lacked the evidence needed to charge him. As a result, two years after the drowning, undercover officers began a "Mr. Big" operation by recruiting H into a fictitious criminal organization. At the time, H was unemployed and socially isolated — he rarely left home and when he did, he was in the company of his wife. After he was recruited to the organization, H worked with the undercover officers and was quickly befriended by them. Over the next four months, H participated in 63 "scenarios" with the undercover officers and was paid more than \$15,000 for the work that he did for the organization. As part of that work, H was also sent on several trips across Canada — to Halifax, Montreal, Ottawa, Toronto and Vancouver. H often stayed in hotels and occasionally dined in expensive restaurants during these trips, all at the fictitious organization's expense. Over time, the undercover officers became H's best friends and H came to view them as his brothers. According to one of the undercover officers, during this time frame, H made a bald statement in which he confessed to having drowned his daughters.

The operation culminated with a meeting akin to a job interview between H and "Mr. Big", the man purportedly at the helm of the criminal organization. During their meeting, Mr. Big interrogated H about the death of his daughters, seeking a confession from him. After initially denying responsibility, H confessed to drowning his daughters. Two days later, H went to the scene of the drowning with an undercover officer and explained how he had pushed his daughters into the water. He was arrested shortly thereafter.

At trial, H's confessions were admitted into evidence. The trial judge denied H's request for permission to testify with the public excluded from the courtroom. A majority of the Court of Appeal allowed H's appeal and ordered a new trial. The Court of Appeal unanimously held that the trial judge erred in refusing to allow H to testify outside the presence of the public. A majority of the court also concluded that the Mr. Big operation had breached H's right to silence under s. 7 of the *Charter*. The majority excluded two of H's confessions, the one to Mr. Big and the one to the undercover officer at the scene of the drowning. However, the majority concluded that H's bald confession was admissible and ordered a new trial.

Held: The appeal should be dismissed.

Les filles jumelles de H se sont noyées le 4 août 2002. Les policiers ont immédiatement soupçonné H d'être responsable de leurs décès. Or, ils ne disposaient pas de la preuve nécessaire pour l'inculper. C'est pourquoi deux ans après les noyades, des agents banalisés ont entrepris une opération « Monsieur Big » en amenant H à se joindre à une organisation criminelle fictive. H était alors sans emploi et isolé socialement; il quittait rarement la maison et, lorsqu'il le faisait, c'était en compagnie de sa femme. Après son recrutement par l'organisation, H a commencé à travailler avec les agents banalisés et s'est rapidement lié d'amitié avec eux. Au cours des quatre mois qui ont suivi, il a pris part à 63 « scénarios » avec les agents et l'organisation l'a rémunéré à raison de plus de 15 000 \$. Dans le cadre de son travail, H était aussi appelé à voyager à la grandeur du Canada et il s'est notamment rendu à Halifax, Montréal, Ottawa, Toronto et Vancouver. Il séjournait souvent à l'hôtel et mangeait parfois dans de coûteux restaurants, toujours aux frais de l'organisation fictive. Avec le temps, les agents sont devenus les meilleurs amis de H, qui en est arrivé à les considérer comme ses frères. Selon l'un des agents, pendant le déroulement de l'opération, H a fait une simple déclaration dans laquelle il a avoué avoir noyé ses filles.

L'opération a atteint son point culminant lors de la rencontre — semblable à un entretien d'embauche — entre H et « Monsieur Big », lequel était censé être à la tête de l'organisation. Pendant l'entretien, Monsieur Big a interrogé H sur le décès de ses filles et il a cherché à obtenir un aveu de sa part. Après avoir initialement nié toute responsabilité, H a avoué avoir noyé les fillettes. Deux jours plus tard, il s'est rendu sur le lieu des noyades en compagnie d'un agent et il lui a montré comment il avait poussé les victimes à l'eau. Il a été arrêté peu après.

Au procès, les aveux de H ont été admis en preuve. Le juge a rejeté sa demande visant l'exclusion du public de la salle d'audience pendant son témoignage. Les juges majoritaires de la Cour d'appel ont accueilli l'appel de H et ordonné un nouveau procès. La Cour d'appel a unanimement estimé que le juge du procès avait eu tort de rejeter la demande de H de témoigner à huis clos. Ses juges majoritaires ont conclu que l'opération Monsieur Big avait porté atteinte au droit de H de garder le silence garanti par l'art. 7 de la *Charte*. Ils ont exclu deux des aveux de H, celui à Monsieur Big et celui fait à l'agent sur le lieu des noyades. Ils ont cependant opiné que la simple déclaration de H était admissible et ont ordonné un nouveau procès.

Arrêt : Le pourvoi est rejeté.

Per McLachlin C.J. and LeBel, Abella, Moldaver and Wagner J.J.: There is agreement with the Court of Appeal that, in the circumstances of this case, H should have been allowed to testify outside the presence of the public.

The Mr. Big technique is a Canadian invention. Although a version of the technique appears to have been used more than a century ago, its modern use began in the 1990s and, by 2008, it had been used by police across Canada more than 350 times. The technique, used only in cases involving serious unsolved crimes, has secured confessions and convictions in hundreds of cases. The confessions wrought by the technique are often detailed and confirmed by other evidence.

However, the Mr. Big technique comes at a price. Suspects confess to Mr. Big during pointed interrogations in the face of powerful inducements and sometimes veiled threats — and this raises the spectre of unreliable confessions. Unreliable confessions provide compelling evidence of guilt and present a clear and straightforward path to conviction. In other contexts, they have been responsible for wrongful convictions — a fact we cannot ignore.

Mr. Big confessions are also invariably accompanied by evidence that shows the accused willingly participated in “simulated crime” and was eager to join a criminal organization. This evidence sullies the accused’s character and, in doing so, carries with it the risk of prejudice.

Experience in Canada and elsewhere teaches that wrongful convictions are often traceable to evidence that is either unreliable or prejudicial. When the two combine, they make for a potent mix — and the risk of a wrongful conviction increases accordingly. Wrongful convictions are a blight on our justice system. We must take reasonable steps to prevent them before they occur.

Mr. Big operations also run the risk of becoming abusive. Undercover officers provide their targets with inducements, including cash rewards, to encourage them to confess. They also cultivate an aura of violence by showing that those who betray the criminal organization are met with violence. There is a risk these operations may become coercive. Thought must be given to the kinds of police tactics we, as a society, are prepared to condone in pursuit of the truth.

Under existing law, Mr. Big confessions are routinely admitted under the party admissions exception to the hearsay rule. Attempts to extend existing legal protections

La juge en chef McLachlin et les juges LeBel, Abella, Moldaver et Wagner : La Cour d’appel a eu raison de statuer que, dans les circonstances de l’espèce, H aurait dû pouvoir témoigner à huis clos.

La technique d’enquête Monsieur Big est une invention canadienne. Sa première ébauche paraît remonter à plus d’un siècle, mais sa version moderne date des années 1990 et, jusqu’à 2008, la technique avait été utilisée plus de 350 fois au Canada. Réservée aux crimes graves non résolus, la technique a permis d’obtenir des aveux puis des déclarations de culpabilité dans des centaines de dossiers. Les aveux obtenus sont souvent étoffés et confirmés par d’autres éléments de preuve.

Or, la méthode a un revers. Le suspect se confie à Monsieur Big au cours d’un interrogatoire serré où il est soumis à de fortes pressions, parfois même à des menaces voilées, ce qui comporte le risque d’un aveu non digne de foi. L’aveu non digne de foi constitue une preuve convaincante de culpabilité et offre une voie claire et directe vers une déclaration en ce sens. On ne saurait ignorer que, dans d’autres contextes, des aveux non dignes de foi ont mené à des déclarations de culpabilité injustifiées.

L’aveu issu d’une opération Monsieur Big s’accompagne invariablement d’éléments qui attestent que l’accusé a participé de son plein gré à un « crime simulé » et qu’il a vivement souhaité faire partie d’une organisation criminelle. Ces éléments de preuve entachent la moralité de l’accusé et risquent de ce fait de lui porter préjudice.

Au Canada et à l’étranger, l’expérience enseigne qu’une déclaration de culpabilité injustifiée découle souvent d’une preuve non digne de foi ou préjudiciable. Lorsque ces deux caractéristiques sont réunies, l’effet est décuplé, tout comme le risque de déclaration de culpabilité injustifiée. Les déclarations de culpabilité injustifiées déconsidèrent le système de justice, et des mesures raisonnables s’imposent pour les prévenir.

L’opération Monsieur Big comporte également un risque d’abus. L’agent banalisé offre au suspect des gratifications, notamment sous forme d’argent, pour l’amener à avouer. Il fait régner un climat empreint de brutalité en montrant que celui qui trahit l’organisation criminelle s’expose à des actes de violence. L’opération peut devenir coercitive. Il faut se pencher sur le genre de stratégie policière que la société est disposée à tolérer dans la recherche de la vérité.

Dans l’état actuel du droit, les aveux obtenus grâce à une opération Monsieur Big sont couramment admis en preuve sur le fondement de l’exception à la règle du

to Mr. Big operations have failed. This Court has held that Mr. Big operations do not engage the right to silence because the accused is not detained by the police at the time he or she confesses. And the confessions rule — which requires the Crown to prove an accused's statement to a person in authority is "voluntary" — is inoperative because the accused does not know that Mr. Big is a police officer when he confesses.

In sum, the law as it stands provides insufficient protection to accused persons who confess during Mr. Big operations. A two-pronged response is needed to address the concerns with reliability, prejudice and police misconduct raised by these operations.

The first prong requires recognizing a new common law rule of evidence. Under this rule, where the state recruits an accused into a fictitious criminal organization and seeks to elicit a confession from him, any confession made by the accused to the state during the operation should be treated as presumptively inadmissible. This presumption of inadmissibility is overcome where the Crown can establish, on a balance of probabilities, that the probative value of the confession outweighs its prejudicial effect.

The probative value of a Mr. Big confession is a function of its reliability. In assessing the reliability of a Mr. Big confession, courts must first look to the circumstances in which the statement was made. These circumstances include — but are not strictly limited to — the length of the operation, the number of interactions between the police and the accused, the nature of the relationship between the undercover officers and the accused, the nature and extent of the inducements offered, the presence of any threats, the conduct of the interrogation itself, and the personality of the accused, including his or her age, sophistication and mental health. The question for the trial judge is whether and to what extent the reliability of the confession has been called into doubt by the circumstances in which it was made.

After considering the circumstances in which the confession was made, the court should look to the confession itself for markers of reliability. Trial judges should consider the level of detail contained in the confession, whether it leads to the discovery of additional evidence, whether it identifies any elements of the crime that have not been made public, or whether it accurately describes mundane details of the crime the accused would likely

ouï-dire qui s'applique aux déclarations de l'intéressé. On a tenté en vain d'opposer les garanties juridiques existantes aux aveux issus d'opérations Monsieur Big. La Cour a statué qu'une telle opération ne met pas en jeu le droit de l'accusé de garder le silence car il n'est pas détenu par la police au moment où il avoue. La règle des confessions, selon laquelle le ministère public est tenu de prouver le caractère « volontaire » de la déclaration de l'accusé à une personne en situation d'autorité, ne s'applique pas non plus parce que, lorsqu'il avoue, l'accusé ne sait pas que Monsieur Big est policier.

En somme, le droit actuel n'offre pas de protection suffisante à l'accusé qui avoue un crime dans le cadre d'une opération Monsieur Big. Une démarche à deux volets s'impose pour contrer les risques liés à la fiabilité, au préjudice et au comportement policier répréhensible que comporte pareille opération.

Le premier volet consacre une nouvelle règle de preuve en common law suivant laquelle, lorsque l'État amène une personne à se joindre à une organisation criminelle fictive et qu'il tente d'obtenir d'elle un aveu, l'aveu alors recueilli est présumé inadmissible. Cette présomption d'inadmissibilité est réfutée si le ministère public prouve, selon la prépondérance des probabilités, que la valeur probante de l'aveu l'emporte sur son effet préjudiciable.

La valeur probante de l'aveu issu d'une opération Monsieur Big tient à sa fiabilité. Apprécier la fiabilité d'un tel aveu exige du tribunal qu'il examine d'abord les circonstances dans lesquelles il est intervenu, dont la durée de l'opération, le nombre d'interactions entre les policiers et l'accusé, la nature de la relation qui s'est tissée entre les agents banalisés et l'accusé, la nature des incitations et leur importance, le recours à des menaces, la conduite de l'interrogatoire, ainsi que la personnalité de l'accusé, y compris son âge, ses connaissances et son état de santé mentale. Le juge du procès doit se demander si les circonstances permettent de douter de la fiabilité de l'aveu et, si oui, dans quelle mesure.

Après l'examen des circonstances de l'aveu, le juge du procès doit rechercher dans l'aveu même des indices de sa fiabilité. Il doit tenir compte du caractère plus ou moins détaillé de l'aveu, du fait qu'il a mené ou non à la découverte d'autres éléments de preuve, de la mention de modalités du crime non révélées au public ou du fait qu'il décrit fidèlement ou non certaines données anodines que l'accusé n'aurait pas connues s'il n'avait pas commis

not know had he or she not committed it. Confirmatory evidence is not a hard and fast requirement, but where it exists, it can provide a powerful guarantee of reliability. The greater the concerns raised by the circumstances in which the confession was made, the more important it will be to find markers of reliability in the confession itself or the surrounding evidence.

Weighing the prejudicial effect of a Mr. Big confession is a more straightforward and familiar exercise. Trial judges must be aware that admitting Mr. Big confessions creates a risk of moral and reasoning prejudice. With respect to moral prejudice, the jury learns that the accused wanted to join a criminal organization and committed a host of “simulated crimes” that he believed were real. Moral prejudice may increase with operations that involve the accused in simulated crimes of violence, or that demonstrate the accused has a past history of violence. As for reasoning prejudice — defined as the risk that the jury’s focus will be distracted away from the charges before the court — it too can pose a problem depending on the length of the operation, the amount of time that must be spent detailing it, and any controversy as to whether a particular event or conversation occurred. However, the risk of prejudice can be mitigated by excluding certain pieces of particularly prejudicial evidence that are unessential to the narrative, or by providing limiting instructions to the jury.

In the end, trial judges must weigh the probative value and the prejudicial effect of the confession at issue and decide whether the Crown has met its burden. Because trial judges, after assessing the evidence before them, are in the best position to conduct this exercise, their decision to admit or exclude a Mr. Big confession will be afforded deference on appeal.

This new common law rule of evidence goes a long way toward addressing the concerns with reliability, prejudice, and police misconduct that are raised by Mr. Big operations. It squarely tackles the problems with reliability and prejudice. In addition, it takes account of police misconduct both by placing the admissibility onus on the Crown and by factoring the conduct of the police into the assessment of a Mr. Big confession’s probative value. However, the common law rule of evidence I have proposed does not provide a complete response to the problems raised by Mr. Big operations. On its own,

the crime. Une preuve de corroboration n’est pas absolument nécessaire, mais lorsqu’elle existe, elle peut offrir une solide garantie de fiabilité. Plus les circonstances de l’aveu soulèvent des doutes, plus il importe de trouver des indices de fiabilité dans l’aveu même ou dans l’ensemble de la preuve.

Apprécier l’effet préjudiciable de l’aveu issu d’une opération Monsieur Big constitue une entreprise relativement simple et plutôt familière. Le juge du procès doit être conscient du risque que l’admission de l’aveu inflige à l’accusé un préjudice moral ou un préjudice par raisonnement. En ce qui concerne le préjudice moral, le jury apprendra que l’accusé a voulu faire partie d’une organisation criminelle et qu’il a commis nombre de « crimes simulés » qu’il croyait réels. La gravité du préjudice moral pourra s’accroître dans le cas d’une opération qui aura comporté la participation de l’accusé à des crimes violents simulés ou qui aura révélé que l’accusé avait des antécédents de violence. En ce qui a trait au préjudice par raisonnement, à savoir le risque que le jury ne s’en tienne pas aux accusations sur lesquelles il doit se prononcer, un problème pourra également se poser selon la durée de l’opération et le temps requis pour en donner le détail, et selon que les parties conviennent ou non de l’existence d’un événement ou d’une conversation en particulier. En revanche, il est possible d’atténuer le risque de préjudice par l’exclusion de certains éléments particulièrement préjudiciables qui ne sont pas essentiels au récit des faits ou par la communication de directives restrictives au jury.

Enfin, le juge du procès doit mettre en balance la valeur probante de l’aveu et son effet préjudiciable, puis déterminer si le ministère public s’est acquitté de sa charge de preuve. Étant donné que, après examen de la preuve offerte, le juge du procès est le plus à même de mener à bien cette entreprise, le tribunal d’appel devra faire preuve de déférence à l’égard de sa décision d’admettre ou non l’aveu issu de l’opération Monsieur Big.

La nouvelle règle de preuve en common law répond en grande partie aux préoccupations que soulève l’opération Monsieur Big au chapitre de la fiabilité, du préjudice et du comportement policier répréhensible. Elle s’attaque sans détour aux problèmes que présente l’opération sur les plans de la fiabilité de l’aveu et du préjudice infligé par son admission. Elle tient aussi compte du comportement répréhensible des policiers par l’obligation qu’elle fait au ministère public de démontrer l’admissibilité de l’aveu et par l’attention qu’elle porte au comportement policier pour déterminer la valeur probante de l’aveu. La nouvelle

it might suggest that abusive police conduct will be forgiven so long as a demonstrably reliable confession is ultimately secured.

The second prong of the response fills this gap by relying on the doctrine of abuse of process. The doctrine of abuse of process is intended to guard against state misconduct that threatens the integrity of the justice system and the fairness of trials.

Trial judges must be aware that Mr. Big operations can become abusive. It is of course impossible to set out a precise formula for determining when a Mr. Big operation will reach that threshold. But there is one guideline that can be suggested. In conducting an operation, the police cannot be permitted to overcome the will of the accused and coerce a confession. This would almost certainly amount to an abuse of process. While violence and threats of violence are two forms of unacceptable coercion, operations that prey on an accused's vulnerabilities, such as mental health problems, substance addictions, or youthfulness, can also become unacceptable.

Unsurprisingly, the trial judge did not apply this two pronged framework in determining the admissibility of H's confessions. Nor did the parties address it in the courts below or before this Court. Nonetheless, this Court is in a position to decide whether the respondent's confessions were properly admitted. Although a new rule has emerged, the issues have not changed: the reliability of H's confessions, their potential for prejudice, and the conduct of the police in carrying out this Mr. Big operation have been in issue from the outset. The parties have addressed these issues, and there is a substantial record before us. These proceedings have also been difficult and protracted. More than a decade has passed since H's daughters died. Ordering a new trial and leaving the admissibility of H's confessions to be determined by a new trial judge would be tantamount to sending this case back to square one. That would not be in the interests of justice.

Applying the new common law rule to the three confessions attributed to H, it is apparent that their probative value does not outweigh their prejudicial effect. At the time the operation began, H was unemployed and socially isolated. The operation had a transformative effect on his life, lifting him out of poverty and providing him

règle de preuve proposée ne résout cependant pas tous les problèmes liés à l'opération Monsieur Big. Appliquée seule, elle peut donner à penser que le comportement répréhensible des policiers sera toléré si un aveu dont on peut démontrer qu'il est digne de foi est finalement obtenu.

Le second volet de la démarche remédie à cette éventualité par le recours à la doctrine de l'abus de procédure, qui vise à protéger l'intégrité du système de justice et l'équité du procès contre le comportement répréhensible de l'État.

Le juge du procès doit être conscient qu'une opération Monsieur Big peut devenir abusive. Il est évidemment impossible de recourir à une formule précise pour déterminer à quel moment une opération Monsieur Big devient abusive, mais une ligne directrice peut être avancée. Les policiers qui mènent une telle opération ne sauraient être autorisés à venir à bout de la volonté de l'accusé et à contraindre ainsi ce dernier à avouer, ce qui équivaldrait presque assurément à un abus de procédure. La violence et la menace d'y recourir constituent deux formes de contrainte inadmissible, et une opération peut être abusive pour d'autres raisons. L'opération qui mise sur les points vulnérables de l'accusé — tels ses problèmes de santé mentale, sa toxicomanie ou sa jeunesse — peut aussi devenir inacceptable.

Le juge du procès n'a évidemment pas eu recours à cette démarche à deux volets pour statuer sur l'admissibilité des aveux de H. Les parties ne l'ont pas invoquée directement non plus devant les juridictions inférieures et devant notre Cour. Néanmoins, la Cour est en mesure de décider si les aveux de H ont été admis en preuve à bon droit. Une nouvelle règle s'applique, mais les questions soulevées demeurent. La fiabilité des aveux de H, leur effet préjudiciable éventuel et la conduite des policiers lorsqu'ils ont mené l'opération Monsieur Big sont objets de litige depuis le début. Les parties se sont exprimées sur ces questions, et le dossier de la Cour est volumineux. L'instance a été longue et difficile. Plus d'une décennie s'est écoulée depuis la mort des filles de H. Ordonner un nouveau procès et laisser à un nouveau juge le soin de décider si les aveux de H sont admissibles ou non équivaut à tout reprendre depuis le début, ce qui ne servirait pas les intérêts de la justice.

Au regard de la nouvelle règle de preuve en common law, il est manifeste que la valeur probante des trois aveux attribués à H ne l'emporte pas sur leur caractère préjudiciable. Au début de l'opération, H était sans emploi et isolé socialement. L'opération a transformé sa vie, l'a sorti de la pauvreté et lui a fait nouer des amitiés

with illusory friendships. These financial and social inducements provided H with an overwhelming incentive to confess — either truthfully or falsely.

Nor do the confessions themselves contain any markers of reliability that are capable of restoring faith in their reliability. The confessions contain internal contradictions, and there is no confirmatory evidence capable of verifying any of the details contained within the confessions. When the circumstances in which the respondent's confessions were made are considered alongside their internal inconsistencies and the lack of any confirmatory evidence, their reliability is left in serious doubt.

On the other hand, these confessions — like all Mr. Big confessions — carried with them an obvious potential for prejudice. The jury heard extensive evidence that for four months H devoted himself to trying to join a criminal organization and that he repeatedly participated in what he thought were criminal acts. It is easy to see how the jury could come to view H with disdain. Here was a man who bragged about killing his three-year-old daughters to gain the approval of criminals. The potential for prejudice in these circumstances was significant.

On balance, the Crown has not met its onus. The probative value of H's confessions does not outweigh their prejudicial effect. Put simply, these confessions are not worth the risk they pose. It would be unsafe to rest a conviction on this evidence. It is accordingly unnecessary to decide whether the police conduct amounted to an abuse of process.

Having excluded H's confessions from evidence, it is doubtful whether any admissible evidence remains upon which a jury, properly instructed and acting reasonably, could convict H of murder. However, the final decision on how to proceed rests with the Crown.

Per Cromwell J.: There is agreement with the majority's analysis of the legal framework that ought to apply to statements obtained from accused persons as a result of Mr. Big operations. However, the admissibility of H's statements to the undercover officers ought to be determined at a new trial where the judge and the parties would have the benefit of the new framework set out in the majority's reasons.

Per Karakatsanis J.: Confessions to state agents raise particular dangers for the criminal justice system. The

factices. Ces gratifications financières et sociales l'ont irrésistiblement poussé à faire des aveux, vrais ou faux.

Les aveux ne renferment pas d'indices de fiabilité susceptibles de les rendre dignes de foi. Ils comportent des incohérences, et nul élément de corroboration ne permet de vérifier leur véracité en détail. Lorsqu'on examine les circonstances des aveux en regard de leurs incohérences et de l'absence de toute preuve de corroboration, leur fiabilité soulève de sérieux doutes.

Par ailleurs, comme tout aveu issu d'une opération Monsieur Big, les aveux de H comportent un risque manifeste de préjudice. Les jurés ont entendu de nombreux témoignages suivant lesquels, pendant quatre mois, H a consacré ses efforts à tenter de se joindre à une organisation criminelle et il a participé maintes fois à ce qu'il croyait être des actes criminels. On conçoit aisément que le jury puisse arriver à considérer H avec mépris. Voilà un homme qui se vante d'avoir tué ses fillettes de trois ans afin d'impressionner des criminels. Dans ces circonstances, le risque de préjudice est important.

Le ministère public ne s'est pas acquitté de sa charge de preuve selon la prépondérance des probabilités. L'effet préjudiciable des aveux de H l'emporte sur leur valeur probante. En somme, ces aveux ne valent pas le risque qu'ils font courir. Il serait périlleux de fonder une déclaration de culpabilité sur eux. Il n'est donc pas nécessaire de décider si le comportement des policiers a constitué un abus de procédure.

Puisque les aveux de H sont exclus de la preuve, on peut douter qu'un élément de preuve admissible permette encore à un jury ayant reçu des directives appropriées et agissant de manière raisonnable de déclarer H coupable de meurtre. Cependant, la décision finale quant à la suite de l'instance appartient au ministère public.

Le juge Cromwell : Les juges majoritaires font une juste analyse du cadre juridique qui devrait s'appliquer aux déclarations obtenues d'un accusé à l'issue d'une opération Monsieur Big. Il convient cependant de statuer sur l'admissibilité des déclarations de H aux agents banalisés dans le cadre d'un nouveau procès, le juge et les parties disposant alors du nouveau cadre établi dans les motifs des juges majoritaires.

La juge Karakatsanis : L'aveu à un agent de l'État présente des risques particuliers pour le système de

very structure of Mr. Big operations creates circumstances that (1) compromise the suspects' autonomy, (2) undermine the reliability of confessions, and (3) raise concerns about abusive state conduct. Yet, Mr. Big confessions are not caught by the traditional rules governing confessions to the state, such as the confessions rule or the right to silence. The common law rule proposed by the majority fails to consistently take into account broader concerns that arise when state agents generate a confession at a cost to human dignity, personal autonomy and the administration of justice. The principle against self-incrimination, under s. 7 of the *Charter*, provides comprehensive and flexible protection in such circumstances.

The principle against self-incrimination provides the appropriate analytical framework for several reasons. First, Mr. Big operations directly engage the individual privacy, autonomy and dignity interests that the principle is meant to protect. Second, this approach draws on existing jurisprudence concerning the principle against self-incrimination, making it unnecessary to create a new rule. Third, the principle provides an opportunity to weigh intertwined concerns about reliability, autonomy and state conduct together in a nuanced way. Finally, it addresses suspects' rights both during the operation and at trial.

In *R. v. White*, [1999] 2 S.C.R. 417, this Court identified four factors for determining whether the principle against self-incrimination has been violated by the production or use of a suspect's statements: adversarial relationship; coercion; reliability; and abuse of state power. While these factors should be considered together, each emphasizes a particular legal interest.

The onus will be on the accused to establish a *prima facie* breach of the principle against self-incrimination. To do so, the accused must show that concerns about autonomy, reliability, and police conduct exist, as they will in nearly every Mr. Big operation. In such circumstances, the burden will shift to the Crown to establish that there is no breach.

As concerns the first factor, the relationship between H and the state was adversarial. As in any Mr. Big operation, the police deliberately set out to obtain a confession from him.

As for the second factor, coercion is primarily concerned with the autonomy and dignity of the suspect

justice pénale. De par sa conception même, l'opération Monsieur Big crée des conditions qui (1) compromettent l'autonomie du suspect, (2) minent la fiabilité de l'aveu et (3) font craindre le comportement abusif de l'État. L'aveu issu d'une opération Monsieur Big n'est cependant pas soumis aux règles qui s'appliquent habituellement aux aveux à l'État, comme la règle des confessions ou le droit de garder le silence. La règle de common law que proposent les juges majoritaires ne tient pas systématiquement compte des préoccupations plus larges que soulève l'aveu obtenu par un représentant de l'État au détriment de la dignité humaine, de l'autonomie de la personne et de l'administration de la justice. Le principe interdisant l'auto-incrimination garanti par l'art. 7 de la *Charte* permet de se prémunir à tous égards et avec souplesse contre ces risques.

Le principe interdisant l'auto-incrimination offre le bon cadre d'analyse pour plusieurs raisons. Premièrement, l'opération Monsieur Big fait directement intervenir les droits à la vie privée, à l'autonomie de la personne et à la dignité humaine que le principe vise à défendre. Deuxièmement, l'approche s'appuie sur la jurisprudence relative à l'application du principe, de sorte que point n'est besoin de créer une nouvelle règle. Troisièmement, le principe permet d'apprécier de manière globale et nuancée des considérations étroitement liées concernant la fiabilité, l'autonomie et le comportement de l'État. Enfin, il protège les droits du suspect aussi bien pendant l'opération qu'au procès.

Dans *R. c. White*, [1999] 2 R.C.S. 417, la Cour fait état de quatre éléments à considérer pour déterminer si la production ou l'utilisation des déclarations du suspect portent atteinte au principe interdisant l'auto-incrimination : une relation de nature contradictoire, la contrainte, la fiabilité et l'abus du pouvoir de l'État. Même s'ils doivent être considérés ensemble, chacun s'attache à un intérêt juridique particulier.

Il appartient à l'accusé de démontrer l'atteinte *prima facie* au principe interdisant l'auto-incrimination. Il doit alors établir que des craintes touchant à l'autonomie, à la fiabilité et à la conduite policière existent, ce qui sera le cas de la quasi-totalité des opérations Monsieur Big. Dès lors, il incombera au ministère public de prouver qu'il n'a pas été porté atteinte au principe.

En ce qui concerne le premier élément, la relation entre H et l'État était de nature contradictoire. Comme dans toute opération Monsieur Big, la police a délibérément cherché à obtenir un aveu du suspect.

Quant au deuxième élément, la contrainte intéresse principalement l'autonomie et la dignité du suspect et

and asks whether the suspect had a choice to speak to the authorities. There will almost always be some degree of coercion in a Mr. Big operation. The court should consider: the magnitude and duration of the operation, any explicit or implied threats used, any financial, social or emotional inducements applied, and the characteristics of the suspect, including any mental, physical, social or economic disadvantages. This approach protects the autonomy of the suspect.

In this case, the trial judge concentrated on the lack of violent coercion during the operation, but did not consider the effect of the financial and social inducements on H. These inducements were significant by anyone's measure, but must be viewed as more seriously infringing H's autonomy interests, given his extreme poverty and social isolation as well as his lack of education. The deceit employed was extensive. By preying on his vulnerabilities to such a degree, the police deprived H of meaningful choice about whether to give an incriminating statement to Mr. Big.

The reliability enquiry focuses on the trustworthiness of any statement obtained. The court must execute a gatekeeper function in assessing the risk of a false confession and corroborating evidence will usually be a prerequisite to admission. This function is important because juries often struggle to properly assess the ultimate reliability of Mr. Big confessions. They find it difficult to believe that someone would confess to a crime that he or she did not commit and are loath to disregard a confession even where it is known to be coerced. This danger is compounded by the criminal propensity evidence generated during a Mr. Big investigation. An accused must either let the confession stand or explain that he or she made it to continue their new criminal lifestyle. Thus, confessions made to Mr. Big are particularly hazardous and the judge must evaluate their threshold reliability to satisfy the principle against self-incrimination. Generally, an uncorroborated, unverified confession will not be sufficiently reliable and will be inadmissible. However, the inverse does not necessarily hold. The principle against self-incrimination is not solely concerned with ensuring reliable statements; even true statements may be excluded if they were obtained through coercion that overrode the suspect's autonomy interest.

In this case, H had every incentive to confess, whether he committed the crime or not. Not only was his final confession uncorroborated, but it contained inconsistencies with the other known facts of the case. Likewise,

appelle à se demander si ce dernier avait le choix ou non de se confier aux autorités. Une certaine contrainte est presque toujours exercée lors d'une opération Monsieur Big. Le tribunal doit prendre en compte l'ampleur et la durée de l'opération, toute menace explicite ou implicite, toute incitation financière, sociale ou psychologique que les caractéristiques du suspect, y compris tout point vulnérable d'ordre mental, physique, social ou financier. Cette approche protège l'autonomie du suspect.

En l'espèce, le juge du procès a insisté sur l'absence de contrainte par la violence lors de l'opération, mais il a omis de tenir compte de l'effet sur H des incitations financières et sociales. Celles-ci auraient eu un effet attractif sur n'importe qui, mais il faut y voir une atteinte accrue au droit à l'autonomie de H, eu égard à son extrême pauvreté et à son isolement social, ainsi qu'à sa faible scolarité. La police a abondamment eu recours à la tromperie. En exploitant ainsi ses points vulnérables, la police a privé H du choix véritable de faire ou non une déclaration incriminante à Monsieur Big.

La fiabilité s'attache pour sa part à la crédibilité de la déclaration obtenue. Le tribunal doit exercer une fonction de gardien vis-à-vis du risque de faux aveux et, généralement, l'existence d'un élément de corroboration constituera une condition préalable à l'admission. Cette fonction est importante, car les jurés ont souvent du mal à juger convenablement de la fiabilité en dernière analyse d'un aveu issu d'une opération Monsieur Big. Ils ont généralement du mal à croire qu'une personne puisse avouer un crime qu'elle n'a pas commis et sont peu enclins à ne pas tenir compte d'un aveu même lorsqu'ils savent que celui-ci a été obtenu sous la contrainte. Le risque est exacerbé par la preuve de propension à la criminalité que produit l'opération. Soit l'accusé ne conteste pas l'aveu, soit il explique l'avoir fait pour préserver son nouveau mode de vie criminel. L'aveu fait à Monsieur Big présente donc un risque particulier, et le tribunal doit déterminer son seuil de fiabilité pour respecter le principe interdisant l'auto-incrimination. En général, l'aveu ni corroboré ni vérifié n'est pas suffisamment digne de foi pour être jugé admissible. Cependant, l'inverse n'est pas nécessairement vrai. Le principe interdisant l'auto-incrimination ne se soucie pas uniquement de la fiabilité, car même une déclaration véridique peut être exclue si elle a été obtenue par le recours à une contrainte qui a porté atteinte au droit du suspect à l'autonomie.

En l'espèce, tout poussait H à passer aux aveux, qu'il ait ou non commis le crime. Non seulement l'aveu final n'est pas corroboré, mais il contredit d'autres faits établis dans le dossier. De même, l'aveu que H aurait fait le

H's April 10 confession carries many of the same reliability concerns.

Under the fourth and final factor, the conduct of the state is examined with a view to determining whether the authorities used their position of power in an unfair, abusive, or shocking manner. State conduct throughout a Mr. Big operation must be scrutinized to determine whether it unfairly, unnecessarily or disproportionately manipulated the suspect. This inquiry will also consider other objectionable police tactics such as involving the suspect in dangerous conduct or exposing him or her to physical or psychological harm. The entrapment doctrine assists by identifying factors which may be considered in examining the conduct of the state.

In this case, the police conduct was egregious and this factor especially weighs in favour of exclusion. The extreme lengths to which the police went to pursue H, exploiting his weaknesses in this protracted and deeply manipulative operation, is troubling. This was not the usual undercover investigation where police join an existing criminal organization to witness criminals in action. This case is more akin to entrapment.

The court should consider these factors collectively, attaching weight to them, depending on the degree to which they are present in the individual case. The four factors above clearly point to a s. 7 violation. Statements obtained in violation of the principle against self-incrimination will almost always be excluded under s. 24(2). This case is no exception; both the risk of a miscarriage of justice and the abusive police conduct call for exclusion.

The abuse of process doctrine always remains independently available to provide a remedy where the conduct of the state rises to such a level that it risks undermining the integrity of the judicial process. In this case, the threshold is met.

Cases Cited

By Moldaver J.

Distinguished: *R. v. White*, [1999] 2 S.C.R. 417; **referred to:** *Canadian Broadcasting Corp. v. New Brunswick (Attorney General)*, [1996] 3 S.C.R. 480; *R. v. Todd* (1901), 4 C.C.C. 514; *R. v. Hathway*, 2007 SKQB 48, 292 Sask. R. 7; *R. v. Copeland*, 1999 BCCA 744, 131 B.C.A.C. 264; *R. v. Bates*, 2009 ABQB 379, 468

10 avril suscite en bonne partie les mêmes craintes de non-fiabilité.

En ce qui concerne le quatrième et dernier élément, la conduite de l'État est examinée dans le but de déterminer si les autorités ont utilisé leur position de force de façon inéquitable, abusive ou choquante. Pour décider s'il y a eu manipulation inéquitable, inutile ou démesurée du suspect, il faut considérer attentivement la conduite adoptée par l'État tout au long de l'opération Monsieur Big. On doit aussi se pencher sur les autres tactiques policières discutables utilisées, comme faire participer le suspect à des activités dangereuses ou l'exposer à un préjudice physique ou psychologique. La doctrine de la provocation policière et les considérations qu'elle tient pour pertinentes sont utiles dans l'examen de la conduite de l'État.

La conduite de l'État était en l'espèce inadmissible, ce qui milite particulièrement en faveur de l'exclusion. Les moyens extrêmes que les policiers ont employés pour coincer H et l'exploitation des faiblesses de ce dernier lors d'une opération longue et profondément manipulative sont déconcertants. Il ne s'agit pas d'une opération classique où des policiers infiltrent une organisation criminelle pour être témoins d'actes criminels. Les faits s'apparentent plutôt à de la provocation policière.

Le tribunal doit examiner ces considérations globalement et déterminer leur incidence selon leur degré d'application dans le dossier. Les quatre considérations susmentionnées permettent clairement de conclure à la violation d'un droit garanti à l'art. 7. Les déclarations dont l'obtention contrevient au principe interdisant l'auto-incrimination seront presque toujours exclues en application du par. 24(2). La présente affaire ne fait pas exception; le risque d'erreur judiciaire et la conduite policière abusive militent tous deux en faveur de l'exclusion.

La doctrine de l'abus de procédure demeure une assise indépendante pour l'octroi d'une réparation lorsque le comportement de l'État est tel qu'il risque de compromettre l'intégrité du processus judiciaire. Cette condition est remplie en l'espèce.

Jurisprudence

Citée par le juge Moldaver

Distinction d'avec l'arrêt : *R. c. White*, [1999] 2 R.C.S. 417; **arrêts mentionnés :** *Société Radio-Canada c. Nouveau-Brunswick (Procureur général)*, [1996] 3 R.C.S. 480; *R. c. Todd* (1901), 4 C.C.C. 514; *R. c. Hathway*, 2007 SKQB 48, 292 Sask. R. 7; *R. c. Copeland*, 1999 BCCA 744, 131 B.C.A.C. 264; *R. c. Bates*, 2009

A.R. 158; *R. v. Evans*, [1993] 3 S.C.R. 653; *R. v. Osmar*, 2007 ONCA 50, 84 O.R. (3d) 321; *R. v. McIntyre*, [1994] 2 S.C.R. 480; *R. v. Hebert*, [1990] 2 S.C.R. 151; *R. v. Grandinetti*, 2005 SCC 5, [2005] 1 S.C.R. 27; *R. v. Creek*, 1998 CanLII 3209; *R. v. Oickle*, 2000 SCC 38, [2000] 2 S.C.R. 3; *R. v. Handy*, 2002 SCC 56, [2002] 2 S.C.R. 908; *R. v. Hodgson*, [1998] 2 S.C.R. 449; *R. v. Harrer*, [1995] 3 S.C.R. 562; *R. v. Mohan*, [1994] 2 S.C.R. 9; *R. v. McIntyre*, 1993 CanLII 1488; *R. v. Abbey*, 2009 ONCA 624, 97 O.R. (3d) 330; *R. v. Humaid* (2006), 81 O.R. (3d) 456; *R. v. Blackman*, 2008 SCC 37, [2008] 2 S.C.R. 298; *R. v. Khelawon*, 2006 SCC 57, [2006] 2 S.C.R. 787; *R. v. Bonisteel*, 2008 BCCA 344, 259 B.C.A.C. 114; *R. v. Mack*, [1988] 2 S.C.R. 903; *R. v. Babos*, 2014 SCC 16, [2014] 1 S.C.R. 309; *R. v. Fliss*, 2002 SCC 16, [2002] 1 S.C.R. 535; *R. v. Singh*, 2013 ONCA 750, 118 O.R. (3d) 253; *RWDSU v. Dolphin Delivery Ltd.*, [1986] 2 S.C.R. 573; *Rothman v. The Queen*, [1981] 1 S.C.R. 640; *R. v. Jones*, [1994] 2 S.C.R. 229; *R. v. S. (R.J.)*, [1995] 1 S.C.R. 451; *British Columbia Securities Commission v. Branch*, [1995] 2 S.C.R. 3.

By Karakatsanis J.

Referred to: *R. v. McIntyre*, [1994] 2 S.C.R. 480, aff'g (1993), 135 N.B.R. (2d) 266; *R. v. Hodgson*, [1998] 2 S.C.R. 449; *R. v. Grandinetti*, 2005 SCC 5, [2005] 1 S.C.R. 27; *R. v. Hebert*, [1990] 2 S.C.R. 151; *R. v. Oickle*, 2000 SCC 38, [2000] 2 S.C.R. 3; *R. v. White*, [1999] 2 S.C.R. 417; *R. v. Jones*, [1994] 2 S.C.R. 229; *R. v. P. (M.B.)*, [1994] 1 S.C.R. 555; *Re B.C. Motor Vehicle Act*, [1985] 2 S.C.R. 486; *Thomson Newspapers Ltd. v. Canada (Director of Investigation and Research, Restrictive Trade Practices Commission)*, [1990] 1 S.C.R. 425; *R. v. Harrer*, [1995] 3 S.C.R. 562; *Rothman v. The Queen*, [1981] 1 S.C.R. 640; *R. v. S. (R.J.)*, [1995] 1 S.C.R. 451; *R. v. Khelawon*, 2006 SCC 57, [2006] 2 S.C.R. 787; *R. v. Youvarajah*, 2013 SCC 41, [2013] 2 S.C.R. 720; *R. v. Osmar*, 2007 ONCA 50, 84 O.R. (3d) 321, leave to appeal refused, [2007] 2 S.C.R. vii; *R. v. Bonisteel*, 2008 BCCA 344, 259 B.C.A.C. 114; *R. v. Mack*, [1988] 2 S.C.R. 903; *R. v. O'Connor*, [1995] 4 S.C.R. 411; *R. v. Babos*, 2014 SCC 16, [2014] 1 S.C.R. 309; *R. v. Therens*, [1985] 1 S.C.R. 613; *R. v. Grant*, 2009 SCC 32, [2009] 2 S.C.R. 353.

Statutes and Regulations Cited

Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 7, 10(b), 11(d), 24.

Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 486(1).

ABQB 379, 468 A.R. 158; *R. c. Evans*, [1993] 3 R.C.S. 653; *R. c. Osmar*, 2007 ONCA 50, 84 O.R. (3d) 321; *R. c. McIntyre*, [1994] 2 R.C.S. 480; *R. c. Hebert*, [1990] 2 R.C.S. 151; *R. c. Grandinetti*, 2005 CSC 5, [2005] 1 R.C.S. 27; *R. c. Creek*, 1998 CanLII 3209; *R. c. Oickle*, 2000 CSC 38, [2000] 2 R.C.S. 3; *R. c. Handy*, 2002 CSC 56, [2002] 2 R.C.S. 908; *R. c. Hodgson*, [1998] 2 R.C.S. 449; *R. c. Harrer*, [1995] 3 R.C.S. 562; *R. c. Mohan*, [1994] 2 R.C.S. 9; *R. c. McIntyre*, 1993 CanLII 1488; *R. c. Abbey*, 2009 ONCA 624, 97 O.R. (3d) 330; *R. c. Humaid* (2006), 81 O.R. (3d) 456; *R. c. Blackman*, 2008 CSC 37, [2008] 2 R.C.S. 298; *R. c. Khelawon*, 2006 CSC 57, [2006] 2 R.C.S. 787; *R. c. Bonisteel*, 2008 BCCA 344, 259 B.C.A.C. 114; *R. c. Mack*, [1988] 2 R.C.S. 903; *R. c. Babos*, 2014 CSC 16, [2014] 1 R.C.S. 309; *R. c. Fliss*, 2002 CSC 16, [2002] 1 R.C.S. 535; *R. c. Singh*, 2013 ONCA 750, 118 O.R. (3d) 253; *SDGMR c. Dolphin Delivery Ltd.*, [1986] 2 R.C.S. 573; *Rothman c. La Reine*, [1981] 1 R.C.S. 640; *R. c. Jones*, [1994] 2 R.C.S. 229; *R. c. S. (R.J.)*, [1995] 1 R.C.S. 451; *British Columbia Securities Commission c. Branch*, [1995] 2 R.C.S. 3.

Citée par la juge Karakatsanis

Arrêts mentionnés : *R. c. McIntyre*, [1994] 2 R.C.S. 480, conf. (1993), 135 R.N.-B. (2^e) 266; *R. c. Hodgson*, [1998] 2 R.C.S. 449; *R. c. Grandinetti*, 2005 CSC 5, [2005] 1 R.C.S. 27; *R. c. Hebert*, [1990] 2 R.C.S. 151; *R. c. Oickle*, 2000 CSC 38, [2000] 2 R.C.S. 3; *R. c. White*, [1999] 2 R.C.S. 417; *R. c. Jones*, [1994] 2 R.C.S. 229; *R. c. P. (M.B.)*, [1994] 1 R.C.S. 555; *Renvoi sur la Motor Vehicle Act (C.-B.)*, [1985] 2 R.C.S. 486; *Thomson Newspapers Ltd. c. Canada (Directeur des enquêtes et recherches, Commission sur les pratiques restrictives du commerce)*, [1990] 1 R.C.S. 425; *R. c. Harrer*, [1995] 3 R.C.S. 562; *Rothman c. La Reine*, [1981] 1 R.C.S. 640; *R. c. S. (R.J.)*, [1995] 1 R.C.S. 451; *R. c. Khelawon*, 2006 CSC 57, [2006] 2 R.C.S. 787; *R. c. Youvarajah*, 2013 CSC 41, [2013] 2 R.C.S. 720; *R. c. Osmar*, 2007 ONCA 50, 84 O.R. (3d) 321, autorisation d'appel refusée, [2007] 2 R.C.S. vii; *R. c. Bonisteel*, 2008 BCCA 344, 259 B.C.A.C. 114; *R. c. Mack*, [1988] 2 R.C.S. 903; *R. c. O'Connor*, [1995] 4 R.C.S. 411; *R. c. Babos*, 2014 CSC 16, [2014] 1 R.C.S. 309; *R. c. Therens*, [1985] 1 R.C.S. 613; *R. c. Grant*, 2009 CSC 32, [2009] 2 R.C.S. 353.

Lois et règlements cités

Charte canadienne des droits et libertés, art. 7, 10(b), 11(d), 24.

Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 486(1).

Authors Cited

- Black's Law Dictionary*, 6th ed. St. Paul, Minn.: West, 1990, "coercion".
- British Columbia. RCMP. "Undercover Operations" (online: <http://bc.cb.rcmp-grc.gc.ca/ViewPage.action?siteNodeId=154&languageId=1&contentId=6941>).
- Dawson, Wendy E. "The Use of 'Mr. Big' in Undercover Operations", in *Criminal Law: Special Issues*, Paper 5.2. Vancouver: Continuing Legal Education Society of British Columbia, 2011.
- Garrett, Brandon L. "The Substance of False Confessions" (2010), 62 *Stan. L. Rev.* 1051.
- Kassin, Saul M., et al. "Police-Induced Confessions: Risk Factors and Recommendations" (2010), 34 *Law & Hum. Behav.* 3.
- Keenan, Kouri T., and Joan Brockman. *Mr. Big: Exposing Undercover Investigations in Canada*. Halifax: Fernwood Publishing, 2010.
- Martin, G. A. "The Admissibility of Confessions and Statements" (1963), 5 *Crim. L.Q.* 35.
- Moore, Timothy E., Peter Copeland and Regina A. Schuller. "Deceit, Betrayal and the Search for Truth: Legal and Psychological Perspectives on the 'Mr. Big' Strategy" (2009), 55 *Crim. L.Q.* 348.
- Paciocco, David. "Charter Tracks: Twenty-Five Years of Constitutional Influence on the Criminal Trial Process and Rules of Evidence" (2008), 40 *S.C.L.R.* (2d) 309.
- Paciocco, David M., and Lee Stuesser. *The Law of Evidence*, 6th ed. Toronto: Irwin Law, 2011.
- Stewart, Hamish. *Fundamental Justice: Section 7 of the Canadian Charter of Rights and Freedoms*. Toronto: Irwin Law, 2012.

APPEAL from a judgment of the Newfoundland and Labrador Court of Appeal (Green C.J.N.L. and Harrington and Barry J.J.A.), 2012 NLCA 61, 327 Nfld. & P.E.I.R. 178, 1015 A.P.R. 178, 267 C.R.R. (2d) 29, 97 C.R. (6th) 16, [2012] N.J. No. 303 (QL), 2012 CarswellNfld 400, setting aside the accused's convictions for first degree murder and ordering a new trial. Appeal dismissed.

Frances J. Knickle, Q.C., and *Elaine Reid*, for the appellant.

Jamie Merrigan and *Robby D. Ash*, for the respondent.

Doctrine et autres documents cités

- Black's Law Dictionary*, 6th ed. St. Paul, Minn. : West, 1990, « coercion ».
- Colombie-Britannique. GRC. « Opérations d'infiltration » (en ligne : <http://bc.cb.rcmp-grc.gc.ca/ViewPage.action?siteNodeId=154&languageId=4&contentId=6941>).
- Dawson, Wendy E. « The Use of "Mr. Big" in Undercover Operations », in *Criminal Law : Special Issues*, Paper 5.2. Vancouver : Continuing Legal Education Society of British Columbia, 2011.
- Garrett, Brandon L. « The Substance of False Confessions » (2010), 62 *Stan. L. Rev.* 1051.
- Kassin, Saul M., et al. « Police-Induced Confessions : Risk Factors and Recommendations » (2010), 34 *Law & Hum. Behav.* 3.
- Keenan, Kouri T., and Joan Brockman. *Mr. Big : Exposing Undercover Investigations in Canada*. Halifax : Fernwood Publishing, 2010.
- Martin, G. A. « The Admissibility of Confessions and Statements » (1963), 5 *Crim. L.Q.* 35.
- Moore, Timothy E., Peter Copeland and Regina A. Schuller. « Deceit, Betrayal and the Search for Truth : Legal and Psychological Perspectives on the "Mr. Big" Strategy » (2009), 55 *Crim. L.Q.* 348.
- Paciocco, David. « Charter Tracks : Twenty-Five Years of Constitutional Influence on the Criminal Trial Process and Rules of Evidence » (2008), 40 *S.C.L.R.* (2d) 309.
- Paciocco, David M., and Lee Stuesser. *The Law of Evidence*, 6th ed. Toronto : Irwin Law, 2011.
- Stewart, Hamish. *Fundamental Justice : Section 7 of the Canadian Charter of Rights and Freedoms*. Toronto : Irwin Law, 2012.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de Terre-Neuve-et-Labrador (le juge en chef Green et les juges Harrington et Barry), 2012 NLCA 61, 327 Nfld. & P.E.I.R. 178, 1015 A.P.R. 178, 267 C.R.R. (2d) 29, 97 C.R. (6th) 16, [2012] N.J. No. 303 (QL), 2012 CarswellNfld 400, qui a annulé les déclarations de culpabilité de meurtre au premier degré prononcées contre l'accusé et ordonné la tenue d'un nouveau procès. Pourvoi rejeté.

Frances J. Knickle, c.r., et *Elaine Reid*, pour l'appellante.

Jamie Merrigan et *Robby D. Ash*, pour l'intimé.

James C. Martin and Natasha A. Thiessen, for the intervener the Director of Public Prosecutions of Canada.

Michael Bernstein, for the intervener the Attorney General of Ontario.

Pierre L. Bienvenue, for the intervener Directeur des poursuites criminelles et pénales du Québec.

Lesley A. Ruzicka, for the intervener the Attorney General of British Columbia.

Russell Silverstein and Michael Dineen, for the intervener the Association in Defence of the Wrongly Convicted.

Michael Sobkin, for the intervener the British Columbia Civil Liberties Association.

Philip Campbell and Jonathan Dawe, for the intervener the Criminal Lawyers' Association of Ontario.

Written submissions only by *Frank Addario and Megan Savard*, for the intervener the Canadian Civil Liberties Association.

François Dadour and Harout Haladjian, for the intervener Association des avocats de la défense de Montréal.

Marie Henein and Matthew Gourlay, for the *amicus curiae*.

The judgment of McLachlin C.J. and LeBel, Abella, Moldaver and Wagner JJ. was delivered by

MOLDAVER J. —

I. Introduction

[1] When conventional investigations fail to solve serious crimes, police forces in Canada have sometimes used the “Mr. Big” technique. A Mr. Big operation begins with undercover officers luring their

James C. Martin et Natasha A. Thiessen, pour l'intervenant le directeur des poursuites pénales du Canada.

Michael Bernstein, pour l'intervenant le procureur général de l'Ontario.

Pierre L. Bienvenue, pour l'intervenant le directeur des poursuites criminelles et pénales du Québec.

Lesley A. Ruzicka, pour l'intervenant le procureur général de la Colombie-Britannique.

Russell Silverstein et Michael Dineen, pour l'intervenante Association in Defence of the Wrongly Convicted.

Michael Sobkin, pour l'intervenante l'Association des libertés civiles de la Colombie-Britannique.

Philip Campbell et Jonathan Dawe, pour l'intervenante Criminal Lawyers' Association of Ontario.

Argumentation écrite seulement par *Frank Addario et Megan Savard*, pour l'intervenante l'Association canadienne des libertés civiles.

François Dadour et Harout Haladjian, pour l'intervenante l'Association des avocats de la défense de Montréal.

Marie Henein et Matthew Gourlay, pour l'*amicus curiae*.

Version française du jugement de la juge en chef McLachlin et des juges LeBel, Abella, Moldaver et Wagner rendu par

LE JUGE MOLDAVER —

I. Introduction

[1] Lorsqu'une enquête traditionnelle ne permet pas de résoudre un crime grave, les forces policières canadiennes recourent parfois à la technique appelée « Monsieur Big » (en anglais, *Mr. Big*).

suspect into a fictitious criminal organization of their own making. Over the next several weeks or months, the suspect is befriended by the undercover officers. He is shown that working with the organization provides a pathway to financial rewards and close friendships. There is only one catch. The crime boss — known colloquially as “Mr. Big” — must approve the suspect’s membership in the criminal organization.

[2] The operation culminates with an interview-like meeting between the suspect and Mr. Big. During the interview, Mr. Big brings up the crime the police are investigating and questions the suspect about it. Denials of guilt are dismissed, and Mr. Big presses the suspect for a confession. As Mr. Big’s questioning continues, it becomes clear to the suspect that by confessing to the crime, the big prize — acceptance into the organization — awaits. If the suspect does confess, the fiction soon unravels and the suspect is arrested and charged.

[3] This case provides us with an opportunity to take an in-depth look at Mr. Big confessions and the principles that should govern their admissibility. While such operations have a long history in this country, courts have yet to create a legal framework that addresses the unique issues which accompany such confessions. As we undertake that task in this case, we must strive to achieve a just balance — one which guards against the risk of wrongful convictions that stem from false confessions but which ensures the police are not deprived of the opportunity to use their skill and ingenuity in solving serious crimes.

[4] To be sure, the Mr. Big technique has proven to be an effective investigative tool. It has produced confessions and secured convictions in hundreds of cases that would otherwise have likely gone unsolved. The confessions elicited are often detailed and confirmed by other evidence. Manifestly, the technique has proved indispensable in the search for the truth.

L’opération s’amorce par le piège que tendent au suspect des agents banalisés en l’amenant à se joindre à une organisation criminelle fictive de leur cru. Pendant plusieurs semaines ou plusieurs mois, le suspect se lie d’amitié avec les agents. On lui fait valoir que travailler pour l’organisation donne accès à des avantages financiers et permet de créer des liens d’amitié étroits. Il n’y a qu’un seul hic : le chef du gang — familièrement appelé Monsieur Big — décide de l’admission d’un nouveau membre au sein de l’organisation criminelle.

[2] Le candidat est finalement convoqué par Monsieur Big à une sorte d’entretien où ce dernier lui parle du crime sous enquête policière et l’interroge à ce sujet. Monsieur Big écarte toute dénégation de culpabilité et exhorte le suspect à passer aux aveux. Au fil des questions posées par son interlocuteur, il devient évident au suspect que, s’il avoue le crime, il remportera le gros lot, soit une place au sein de l’organisation. Dès lors qu’il y a un aveu, l’opération prend rapidement fin, puis le suspect est arrêté et inculpé.

[3] La présente affaire nous donne l’occasion d’approfondir la question de l’aveu issu d’une opération Monsieur Big et de dégager les principes qui devraient régir son admissibilité. Le recours à pareille opération au pays ne date pas d’hier, mais les cours de justice n’ont pas encore établi un cadre juridique qui tient compte des difficultés particulières que comporte l’aveu obtenu. Puisque nous entreprenons de le faire en l’espèce, il nous faut rechercher un juste équilibre qui prévient le risque de déclaration de culpabilité injustifiée inhérent à un aveu infondé, mais qui n’empêche pas la police de mettre à profit son habileté et son ingéniosité pour résoudre un crime grave.

[4] La technique Monsieur Big s’est certes révélée efficace pour obtenir des aveux et des déclarations de culpabilité dans des centaines d’affaires qui, sinon, seraient demeurées non résolues. Les aveux obtenus sont souvent étoffés et confirmés par d’autres éléments de preuve. De toute évidence, la méthode est indispensable à la découverte de la vérité.

[5] But the technique comes with a price. Suspects confess to Mr. Big during pointed interrogations in the face of powerful inducements and sometimes veiled threats — and this raises the spectre of unreliable confessions.

[6] Unreliable confessions present a unique danger. They provide compelling evidence of guilt and present a clear and straightforward path to conviction. Certainly in the case of conventional confessions, triers of fact have difficulty accepting that an innocent person would confess to a crime he did not commit. And yet our experience with wrongful convictions shows that innocent people can, and do, falsely confess. Unreliable confessions have been responsible for wrongful convictions — a fact we cannot ignore.

[7] The concern about Mr. Big confessions does not end there. The confessions are invariably accompanied by evidence that shows the accused willingly participated in “simulated crime” and was eager to join a criminal organization. This evidence sullies the accused’s character and, in doing so, carries with it the risk of prejudice. It also creates credibility hurdles that may be difficult to overcome for an accused who chooses to testify.

[8] Experience in Canada and elsewhere teaches that wrongful convictions are often traceable to evidence that is either unreliable or prejudicial. When the two combine, they make for a potent mix — and the risk of a wrongful conviction increases accordingly. Wrongful convictions are a blight on our justice system and we must take reasonable steps to prevent them before they occur.

[9] Finally, Mr. Big operations run the risk of becoming abusive. Undercover officers provide their targets with inducements, including cash rewards, to encourage them to confess. They also cultivate an aura of violence by showing that those who betray the criminal organization are met with violence. Thought must be given to the kinds

[5] Or, la méthode a un revers. Le suspect se confie à Monsieur Big au cours d’un interrogatoire serré où il est soumis à de fortes pressions, parfois même à des menaces voilées, ce qui comporte le risque d’un aveu non digne de foi.

[6] L’absence de fiabilité de l’aveu présente un risque particulier, car l’aveu constitue une preuve convaincante de culpabilité et offre une voie claire et directe vers une déclaration en ce sens. Dans le cas d’un aveu classique, il est certes difficile au juge des faits de concevoir qu’une personne innocente avoue un crime qu’elle n’a pas commis. Et pourtant, le prononcé de déclarations de culpabilité injustifiées montre que des personnes innocentes peuvent faire de faux aveux et qu’elles le font. On ne saurait ignorer que des aveux non dignes de foi ont mené à des déclarations de culpabilité injustifiées.

[7] Ce n’est pas la seule difficulté inhérente à l’aveu issu d’une opération Monsieur Big. L’aveu s’accompagne invariablement d’éléments qui attestent que l’accusé a participé de son plein gré à « un acte criminel simulé » et qu’il a vivement souhaité faire partie d’une organisation criminelle. Ces éléments de preuve entachent la moralité de l’accusé et risquent de ce fait de lui porter préjudice. De plus, ils entachent sa crédibilité, ce qui peut constituer un obstacle difficile à surmonter s’il décide de témoigner.

[8] Au Canada et à l’étranger, l’expérience enseigne qu’une déclaration de culpabilité injustifiée découle souvent d’une preuve non digne de foi ou préjudiciable. Lorsque ces deux caractéristiques sont réunies, l’effet est décuplé, tout comme le risque de déclaration de culpabilité injustifiée. Les déclarations de culpabilité injustifiées déconsidèrent le système de justice, et nous devons prendre des mesures raisonnables pour les prévenir.

[9] Enfin, l’opération Monsieur Big comporte également un risque d’abus. L’agent banalisé offre des gratifications, notamment sous forme d’argent, pour amener le sujet à avouer. Il fait régner un climat empreint de brutalité en montrant que celui qui trahit l’organisation criminelle s’expose à des actes de violence. Il faut en outre se pencher sur le genre

of police tactics we, as a society, are prepared to condone in pursuit of the truth.

[10] Against that background, I am of the view that a principled rule of evidence is required to assess the admissibility of Mr. Big confessions. For reasons that follow, I would propose that where the state recruits an accused into a fictitious criminal organization of its own making and seeks to elicit a confession from him, any confession made by the accused to the state during the operation should be treated as presumptively inadmissible. This presumption of inadmissibility will be overcome where the Crown can establish, on balance, that the probative value of the confession outweighs its prejudicial effect. In this context, the confession's probative value is a function of its reliability. Its prejudicial effect stems from the harmful character evidence that necessarily accompanies its admission. If the Crown is unable to demonstrate that the accused's confession is admissible, the rest of the evidence surrounding the Mr. Big operation becomes irrelevant.

[11] Trial judges must also carefully scrutinize the conduct of the police to determine if an abuse of process has occurred. No matter how reliable the confession, the courts cannot condone state conduct — such as physical violence — that coerces the target of a Mr. Big operation into confessing. Where an accused establishes that an abuse of process has occurred, the court can fashion an appropriate remedy, including the exclusion of the confession or a stay of proceedings.

[12] In this case, at the end of a lengthy Mr. Big operation, the respondent confessed to murdering his two young daughters. At trial, his confessions were admitted into evidence. A majority of the Newfoundland Court of Appeal concluded that two of the three confessions should have been excluded, but allowed a third confession to be introduced and, on that basis, ordered a new trial.

[13] Applying the framework I propose here, I would exclude all three of the respondent's confessions. Each of them came about in the face of overwhelming inducements. This calls into question their reliability — and there is no confirmatory

de stratégie policière que la société est disposée à tolérer dans la recherche de la vérité.

[10] Dans ce contexte, j'estime qu'une règle de preuve raisonnée s'impose pour décider si un aveu issu d'une opération Monsieur Big est admissible ou non. Pour les motifs qui suivent, lorsque l'État amène un accusé à se joindre à une organisation criminelle fictive qu'il a lui-même créée, et ce, dans le dessein de lui soutirer un aveu, je propose que l'aveu alors recueilli soit présumé inadmissible. Cette présomption d'inadmissibilité pourra être réfutée si le ministère public établit, selon la prépondérance des probabilités, que la force probante de l'aveu l'emporte sur son effet préjudiciable. La force probante de l'aveu tient alors à sa fiabilité, alors que son effet préjudiciable découle de la preuve de mauvaise moralité dont il s'accompagne nécessairement s'il est admis en preuve. Si le ministère public ne peut établir que l'aveu est admissible, les autres éléments de preuve recueillis lors de l'opération Monsieur Big perdent alors toute pertinence.

[11] Le juge du procès doit également soumettre le comportement policier à un examen minutieux pour s'assurer qu'il n'y a pas eu abus de procédure. Aussi digne de foi que soit l'aveu, le tribunal ne saurait tolérer les actes de l'État — tel le recours à la violence physique — qui contraignent le suspect à avouer dans le cadre d'une opération Monsieur Big. L'accusé qui établit qu'il y a eu abus de procédure peut obtenir du tribunal une réparation appropriée, tels l'exclusion de l'aveu ou l'arrêt des procédures.

[12] Dans la présente affaire, au terme d'une longue opération Monsieur Big, l'intimé a avoué le meurtre de ses deux fillettes. Au procès, ses aveux ont été admis en preuve. Les juges majoritaires de la Cour d'appel de Terre-Neuve concluent que deux des trois aveux n'auraient pas dû être admis en preuve, mais ils estiment que le troisième pouvait l'être, de sorte qu'ils ordonnent un nouveau procès.

[13] Par application du cadre d'analyse que je propose, je suis d'avis d'exclure de la preuve les trois aveux de l'intimé, car chacun a été recueilli grâce à des incitations quasi irrésistibles. Leur fiabilité est de ce fait douteuse, sans compter que

evidence capable of restoring our faith in them. As such, they carry little if any probative value. On the other hand, the bad character evidence accompanying the confessions carries with it an obvious and serious potential for prejudice. In these circumstances, the prejudicial effect of the respondent's confessions outweighs their probative value.

[14] Accordingly, I would dismiss the appeal.

II. Background Facts

[15] The facts in this case are important. I propose to review them in some detail.

A. *The Deaths of Karen and Krista Hart*

[16] The respondent's three-year-old twin daughters — Karen and Krista Hart — drowned on August 4, 2002. Their deaths triggered a three-year-long investigation that culminated with the respondent confessing to their murder at the end of a protracted Mr. Big operation.

[17] The respondent was the last person to see his daughters alive. On the morning of August 4, 2002, he took them to play on the swings at a park near their home in Gander, Newfoundland. There was a lake adjacent to the park. According to his wife, the respondent returned home 30 to 45 minutes later, in a panic, and told her that Krista had fallen into the water. When his wife asked where Karen was, the respondent claimed to have forgotten her at the park.

[18] The respondent and his wife raced back to the park and an ambulance was called. First responders found Karen and Krista floating in the lake several hundred meters apart from each other. By then, it was too late to save their lives.

[19] The respondent's unusual behaviour provoked the suspicion of the police. They questioned him that evening. The respondent said that when he got to the park and removed his daughters from their car seats, they ran onto a dock and Krista fell into the water. The respondent said he panicked

nul élément de corroboration n'est susceptible de les rendre dignes de foi à nos yeux. Ils ont donc peu — si toutefois ils en ont — de valeur probante. Par ailleurs, la preuve de mauvaise moralité dont se doublent les aveux risque de toute évidence d'être sérieusement préjudiciable. Dès lors, l'effet préjudiciable des aveux l'emporte sur leur valeur probante.

[14] Je suis donc d'avis de rejeter le pourvoi.

II. Le contexte factuel

[15] Les faits sont importants en l'espèce. Je les relate ci-après en détail.

A. *Les décès de Karen et Krista Hart*

[16] Les filles jumelles de l'intimé, Karen et Krista Hart, âgées de trois ans, se sont noyées le 4 août 2002. Leurs décès ont donné lieu à une enquête qui a duré trois ans et qui a débouché sur l'aveu des meurtres par l'intimé à l'issue d'une longue opération Monsieur Big.

[17] L'intimé est la dernière personne à avoir vu les fillettes vivantes. Dans la matinée du 4 août 2002, il les a amenées jouer dans les balançoires au parc situé près de leur demeure, à Gander (Terre-Neuve) et auquel un lac est adjacent. Selon son épouse, l'intimé est rentré à la maison 30 à 45 minutes plus tard, affolé, et lui a dit que Krista était tombée à l'eau. Lorsqu'elle lui a demandé où se trouvait Karen, l'intimé a prétendu l'avoir oubliée au parc.

[18] L'intimé et son épouse se sont précipités au parc et ont appelé les services ambulanciers. Les premiers répondants ont trouvé les corps de Karen et de Krista qui flottaient à la surface du lac à plusieurs centaines de mètres l'un de l'autre. Il était alors trop tard pour sauver la vie des enfants.

[19] Le comportement inusité de l'intimé a éveillé les soupçons des policiers, qui l'ont interrogé en soirée. Il leur a dit qu'une fois au parc, après avoir extrait les fillettes de leurs sièges d'auto, celles-ci s'étaient précipitées sur le quai, puis Krista était tombée à l'eau. Il a dit avoir paniqué parce qu'il ne

because he could not swim, so he ran back to his car and drove home to get his wife, forgetting Karen on the dock. The police remained unconvinced and asked the respondent why he did not call for help using either of the cell phones that were found in his car. The respondent explained that his phone did not have any minutes on it, and that the other phone did not belong to him. He also said that he never thought of stopping at a nearby restaurant or hospital for help instead of driving all the way home to get his wife. When the police confronted him directly, the respondent denied that he had drowned his daughters.

[20] The police were convinced that the respondent killed his daughters and lied to them during his first interview. They questioned him again on September 12, 2002. During the interrogation, which lasted approximately eight hours, the police told the respondent they had no doubt about his guilt and urged him to confess. The respondent stood firm.

[21] Two weeks later, however, the respondent changed his story. He contacted the police and volunteered that he had not been truthful in his previous statements. He told the police that he had a seizure at the park after he removed his daughters from the car. When the seizure passed and he “[came] to”, he was “dopey” but he could see one of his daughters “in the water”. His only thought was to drive home to his wife. He explained that he had lied in his earlier statements because he did not want to lose his driver’s licence. The respondent suffers from epilepsy and his licence has been suspended on previous occasions because of his condition.

[22] The police remained convinced of the respondent’s guilt, but they did not have sufficient evidence to charge him. The investigation went cold.

B. *The Mr. Big Operation*

[23] Two years later, the police rekindled the investigation after deciding to target the respondent in a Mr. Big operation. The preliminary stages of

savait pas nager, de sorte qu’il avait regagné sa voiture en courant pour retourner à la maison chercher son épouse, oubliant Karen sur le quai. Guère convaincus, les policiers lui ont demandé pourquoi il n’avait pas appelé les secours au moyen de l’un des téléphones portables trouvés dans sa voiture. L’intimé a expliqué que son portable n’avait plus de temps d’utilisation et que l’autre ne lui appartenait pas. Il a ajouté n’avoir jamais pensé à s’arrêter au restaurant ou à l’hôpital situés à proximité pour demander des secours plutôt que de retourner chez lui chercher sa femme. Lorsque les policiers lui ont carrément demandé s’il avait noyé les fillettes, l’intimé l’a nié.

[20] Les policiers demeuraient convaincus que l’intimé avait assassiné les fillettes et qu’il leur avait menti lors du premier interrogatoire. Ils l’ont interrogé à nouveau le 12 septembre 2002, pendant environ huit heures. Ils lui ont alors dit ne douter aucunement de sa culpabilité et ils l’ont pressé d’avouer. L’intimé a maintenu sa version des faits.

[21] Deux semaines plus tard, l’intimé a toutefois modifié son récit. Il a communiqué avec les policiers et a reconnu de son propre chef ne pas avoir dit toute la vérité lors de ses déclarations précédentes. Il leur a dit qu’il avait eu une crise d’épilepsie au parc après avoir fait descendre les fillettes de la voiture. Une fois la crise passée, il se sentait encore [TRADUCTION] « abruti » mais avait pu apercevoir l’une de ses filles « dans l’eau ». Sa seule idée avait été de rentrer chercher sa conjointe. Il a expliqué avoir menti parce qu’il ne voulait pas perdre son permis de conduire. L’intimé souffre d’épilepsie, et son permis de conduire a été suspendu à quelques reprises pour ce motif.

[22] La police est demeurée convaincue de la culpabilité de l’intimé, mais la preuve n’était pas suffisante pour l’inculper. L’enquête a été mise en veilleuse.

B. *L’opération Monsieur Big*

[23] Deux ans plus tard, la police a relancé l’enquête après avoir décidé de soumettre l’intimé à une opération Monsieur Big. Les premières

the undercover operation began in December 2004 when officers conducted several weeks of “lifestyle” surveillance on the respondent. The surveillance revealed that the respondent was on social assistance and that he was socially isolated — he rarely left home, and when he did he was accompanied by his wife.

[24] Undercover officers made their first move in February 2005. An officer, whom I will call “Jim”, approached the respondent outside of a convenience store.¹ Jim asked the respondent to help him look for his missing sister. The respondent obliged and was paid \$50. During the day, Jim told the respondent that he owned a trucking company and that he needed a driver. The respondent volunteered for the job.

[25] The goal of the operation over the next several weeks was to develop a relationship between the respondent and the undercover officers. The respondent worked for Jim and drove truckloads of goods for him from one location to another. He was introduced to another undercover officer, whom I will call “Paul”, whose role was to work with him and become his “best friend”.² Initially, the respondent sought to bring his wife with him when he did deliveries, but early on, Jim and Paul forbade him from doing so.

[26] Around the same time, Jim and Paul revealed that they were part of a criminal organization and that there was a “boss” who headed up their operations. Thereafter, the respondent participated in simulated criminal activity with the officers, delivering trucks that purportedly contained smuggled alcohol and packages with stolen credit cards.

[27] The financial rewards that flowed from working with the organization quickly became apparent. In February and March, the respondent travelled to St. John’s and Halifax, spending several nights in hotels paid for by his benefactors and enjoying

mesures ont été prises en décembre 2004 lorsque des agents banalisés ont mis l’intimé sous surveillance pendant plusieurs semaines pour connaître son « mode de vie ». Ils ont constaté que l’intimé était prestataire d’aide sociale et qu’il était isolé socialement — il ne quittait la maison que rarement et toujours en compagnie de sa femme.

[24] Les agents sont entrés en scène en février 2005. L’un deux, que j’appellerai « Jim », a abordé l’intimé à l’extérieur d’un dépanneur¹. Il lui a demandé de l’aider à retrouver sa sœur disparue. L’intimé a accepté et touché 50 \$ en contrepartie. Pendant la journée, Jim lui a dit posséder une entreprise de camionnage et avoir besoin d’un conducteur. L’intimé lui a offert ses services.

[25] Au cours des quelques semaines qui ont suivi, le but de l’opération consistait à tisser des liens entre l’intimé et les agents. L’intimé a travaillé pour Jim et transporté des marchandises d’un endroit à un autre. Il a été présenté à un autre agent, que j’appellerai « Paul », dont le rôle était de faire équipe avec lui et de devenir son « meilleur ami »². Au départ, l’intimé a voulu emmener sa femme lors des livraisons, mais Jim et Paul s’y sont rapidement opposés.

[26] À peu près au même moment, Jim et Paul lui ont révélé qu’ils étaient membres d’une organisation criminelle dont un [TRADUCTION] « patron » dirigeait les activités. Par la suite, l’intimé a participé avec eux à des activités criminelles simulées et conduit à destination des camions censés contenir de l’alcool de contrebande et des colis renfermant des cartes de crédit volées.

[27] Les avantages financiers de l’appartenance à l’organisation sont vite devenus évidents. En février et en mars, l’intimé s’est rendu à St. John’s et à Halifax, où il a séjourné plusieurs nuits à l’hôtel aux frais de ses bienfaiteurs et partagé

1 The officer’s name is protected by a publication ban.

2 This officer’s name is also protected by the publication ban.

1 L’identité de l’agent est protégée par une interdiction de publication.

2 L’identité de l’agent est également protégée par l’interdiction de publication.

frequent dinners with Jim and Paul. In the two month period, he was paid approximately \$4,470 for his work.

[28] By the beginning of April, the respondent was fully immersed in his new fictitious life. The respondent would “constant[ly]” tell Jim that he loved him. At a dinner with Jim and Paul, he told both officers that they were “brothers” to him and that there was nowhere else in the world he would rather be. He raised a toast to the boss.

[29] On April 10, 2005, according to Jim, the respondent confessed to murdering his daughters. That night, the respondent had dinner with Jim. Jim told the respondent that their organization was involved with prostitution in Montreal, and that if prostitutes were dishonest, the organization had to deal with them. Jim claimed that he had assaulted a prostitute himself, and that bad things sometimes had to be done. The respondent informed Jim that he had no problem getting his hands dirty. He too had done terrible things in the past. At that point, he produced a picture of his daughters from his wallet and told Jim that they were both dead. He confided that he had planned their murder and carried it out.³

[30] The operation continued over the next two months. Jim and Paul constantly preached the importance of trust, honesty and loyalty within the organization. Those who were not trustworthy were met with violence. On one occasion, Jim slapped another undercover officer across the face in front of the respondent, ostensibly because he had spoken to others about their business dealings.

[31] In the middle of May 2005, the operation began building towards the climatic meeting with Mr. Big. During a trip to Vancouver, Jim told the respondent that there was a “big deal” coming in the future that would “set [the respondent] financially”. The respondent was told he would be paid between \$20,000 and \$25,000 if he participated. Later on, while on a trip to Toronto, the respondent was

plusieurs repas avec Jim et Paul. Sur une période de deux mois, il a touché une rémunération d’environ 4 470 \$.

[28] Au début d’avril, l’intimé était totalement intégré à son nouvel univers fictif. Il répétait [TRADUCTION] « constamment » à Jim qu’il avait de l’affection pour lui. Lors d’un repas avec Jim et Paul, il leur a dit qu’il les considérait comme ses « frères » et qu’il n’aurait voulu se trouver nulle part ailleurs dans le monde. Il a levé son verre à la santé du patron.

[29] Selon Jim, le 10 avril 2005, l’intimé a avoué le meurtre de ses filles. Ce soir-là, les deux ont dîné ensemble. Jim a dit à l’intimé que l’organisation était impliquée dans des activités de prostitution à Montréal et que lorsqu’une prostituée se montrait déloyale, l’organisation devait sévir. Jim a révélé qu’il avait lui-même agressé une prostituée et qu’il fallait parfois se livrer à des actes répréhensibles. L’intimé a fait savoir à Jim qu’il n’avait pas de scrupule à se salir les mains et que lui aussi avait fait des choses terribles dans le passé. Il a alors sorti de son portefeuille une photographie de ses filles et dit à Jim qu’elles étaient mortes toutes les deux. Il a confié avoir planifié leur assassinat puis avoir mis son plan à exécution³.

[30] L’opération s’est poursuivie encore deux mois. Jim et Paul revenaient sans cesse sur l’importance de la confiance, de l’honnêteté et de la loyauté au sein de l’organisation. Ceux qui ne se montraient pas dignes de confiance s’exposaient à des actes de violence. Une fois, Jim a giflé un autre agent en présence de l’intimé, supposément parce qu’il avait parlé de leurs activités à des tiers.

[31] À la mi-mai 2005, la rencontre déterminante avec Monsieur Big se profilait enfin à l’horizon. Au cours d’un voyage à Vancouver, Jim a parlé à l’intimé d’une [TRADUCTION] « affaire importante qui assurerait sa sécurité financière ». Entre 20 000 \$ et 25 000 \$ lui seraient versés s’il y participait. Un peu plus tard, lors d’un voyage à Toronto, on lui a montré la somme de 175 000 \$ en numéraire et on

³ This conversation was not recorded. The respondent denied that this confession occurred.

³ La conversation n’a pas été enregistrée. L’intimé a nié qu’elle ait eu lieu.

shown \$175,000 in cash. The money was said to be a down payment toward the impending deal.

[32] Jim informed the respondent that he would only be allowed to participate in the deal if Mr. Big gave his approval. Jim took the respondent's licence and social insurance number so the organization could perform a background check to see if he had any "heat" on him or was a "rat". In early June, while in Montreal, Jim told the respondent that Mr. Big had checked into him and that he had found a problem. The respondent would not be allowed to work with the organization until the issue was resolved. The respondent did not know what the problem was, but he became very concerned that he would not be involved in the impending deal.

[33] The respondent met with Mr. Big on June 9, 2005. Jim told the respondent that Mr. Big was going to question him about the problem that had been uncovered during his background check. Jim urged the respondent to be honest with Mr. Big.

[34] At the beginning of the meeting, the respondent expressed his gratitude to Mr. Big, telling him that his life had turned around since he started working for the organization. Mr. Big shifted the topic of the conversation to the death of the respondent's daughters. He told the respondent that there might be some "heat" coming regarding their deaths and he asked the respondent why he killed his daughters. The respondent replied that he had suffered a seizure, implying that their deaths were accidental. Mr. Big dismissed this explanation and told the respondent not to "lie" to him.

[35] After some further prodding by Mr. Big, the respondent confessed to killing his daughters. He explained that he had done so because he feared Child Welfare was going to take his daughters from him and place them with his brother. When the respondent was asked how he killed his daughters, he said that they "fell" over the wharf at the park. Mr. Big pressed the respondent for more details, and the respondent explained that he "struck" his daughters with his shoulder and that they fell over the wharf into the water.

lui a dit qu'il s'agissait d'un acompte pour l'affaire dont la conclusion était imminente.

[32] Jim a informé l'intimé qu'il ne pouvait participer à l'opération que si Monsieur Big y consentait. Il a noté les numéros de permis de conduire et d'assurance sociale de l'intimé de façon que l'organisation puisse vérifier ses antécédents et savoir s'il était dans [TRADUCTION] « la mire des policiers » ou s'il était un « mouchard ». Au début juin, alors qu'ils étaient de passage à Montréal, Jim a dit à l'intimé que Monsieur Big avait fait les vérifications en question et découvert un problème. L'intimé n'était plus admis à travailler pour l'organisation tant que le problème n'était pas réglé. Sans connaître la nature du problème, l'intimé est devenu très inquiet à l'idée de ne pas participer à l'affaire imminente.

[33] L'intimé a rencontré Monsieur Big le 9 juin 2005. Jim lui avait dit que Monsieur Big le questionnerait sur le problème découvert lors de la vérification de ses antécédents. Il l'avait exhorté à faire preuve d'honnêteté.

[34] Au début de la rencontre, l'intimé a exprimé sa gratitude pour la métamorphose que le travail pour l'organisation avait opéré dans sa vie. Monsieur Big a fait dévier la conversation sur le sujet de la mort des fillettes de l'intimé. Il lui a dit qu'il pourrait se retrouver dans « la mire de la police » et lui a demandé pourquoi il avait tué ses enfants. L'intimé a répondu qu'il avait eu une crise d'épilepsie, laissant entendre que les décès étaient accidentels. Monsieur Big s'est montré incrédule et lui a enjoint de ne pas [TRADUCTION] « mentir ».

[35] Après que Monsieur Big l'y eut encore incité, l'intimé a avoué le meurtre des fillettes. Il a expliqué qu'il avait craint que la Protection de l'enfance ne lui retire leur garde pour la confier à son frère. Questionné sur la manière dont il avait procédé, il a répondu qu'elles étaient [TRADUCTION] « tombées » du quai lorsqu'ils étaient au parc. Monsieur Big a insisté pour qu'il donne plus de détails, et l'intimé a expliqué qu'il les avait « bousculées » de l'épaule et qu'elles étaient tombées à l'eau.

[36] Two days later, on June 11, 2005, the respondent returned with Jim to the park where his daughters drowned. Jim had the respondent re-enact how the drowning occurred. During the re-enactment, Jim knelt down and the respondent demonstrated how he pushed his daughters into the water by nudging Jim with his knee.

[37] On June 13, the respondent was arrested and charged with two counts of first degree murder. The police allowed the respondent to make a phone call, and his first call for help went to Jim.

[38] The respondent's arrest came four months after the Mr. Big operation began and nearly three years after his daughters died. During the course of the Mr. Big operation, the respondent participated in 63 "scenarios" with the undercover officers. The operation saw him travel to Halifax, Montreal, Ottawa, Toronto and Vancouver, where he stayed in hotels and dined frequently in some of the country's finest restaurants. In total, the respondent was paid \$15,720 for his work. The police also paid an unknown amount for the respondent's hotels, room service, dinners, trips to the casino, and transportation. The total cost of the operation was \$413,268.

[39] At trial, the confessions the respondent made during the Mr. Big operation were admitted into evidence and he was convicted by a jury of two counts of first degree murder.

III. Proceedings Below

A. *Supreme Court of Newfoundland and Labrador Trial Division, 2007 NLTD 74, 265 Nfld. & P.E.I.R. 266*

(1) The Admissibility of the Mr. Big Confessions

[40] The respondent moved at trial to have the confessions he made during the Mr. Big operation excluded from evidence. The respondent argued that the intimidating and threatening conduct of the officers throughout the Mr. Big operation was oppressive and led to a "fundamental breach" of his rights

[36] Deux jours plus tard, soit le 11 juin 2005, l'intimé est retourné avec Jim au parc où ses filles s'étaient noyées. Jim a amené l'intimé à reconstituer les faits. Il s'est alors agenouillé, et l'intimé lui a montré comment il avait fait tomber les fillettes dans l'eau en lui donnant un petit coup de genou.

[37] Le 13 juin, l'intimé a été arrêté et inculpé de deux chefs d'accusation de meurtre au premier degré. Les policiers lui ont permis de passer un coup de fil, et c'est à Jim qu'il a d'abord téléphoné pour obtenir son aide.

[38] L'arrestation a eu lieu quatre mois après le début de l'opération Monsieur Big et près de trois ans après le décès des fillettes. Dans le cadre de cette opération, l'intimé et les agents ont pris part à 63 « scénarios ». L'intimé s'est rendu à Halifax, Montréal, Ottawa, Toronto et Vancouver, où il a séjourné à l'hôtel et pris maints repas dans certains des meilleurs restaurants du pays. Au total, l'intimé a touché une rémunération de 15 720 \$. La police a également versé une somme indéterminée pour son hébergement à l'hôtel, le service à sa chambre, ses repas, ses visites au casino et ses déplacements. Le coût de l'opération s'élève globalement à 413 268 \$.

[39] Au procès, les aveux de l'intimé recueillis dans le cadre de l'opération ont été admis en preuve, et le jury a déclaré l'intimé coupable des deux chefs d'accusation de meurtre au premier degré.

III. Historique judiciaire

A. *Cour suprême de Terre-Neuve-et-Labrador, Section de première instance, 2007 NLTD 74, 265 Nfld. & P.E.I.R. 266*

(1) L'admissibilité des aveux issus de l'opération Monsieur Big

[40] Au procès, l'intimé a demandé que les aveux issus de l'opération Monsieur Big soient exclus de la preuve. Il a fait valoir que la conduite intimidante et menaçante des agents tout au long de l'opération avait été oppressive et qu'il en avait résulté une [TRADUCTION] « atteinte fondamentale » à ses

under s. 7 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* (para. 43). He also argued that this same conduct rendered his confessions inadmissible under the principled approach to the rule against hearsay, as the threatening police conduct made his confessions unreliable. The respondent testified on the *voir dire* and explained that he worked for the fictitious criminal organization because he was making good money and he was afraid of Jim and Paul. He denied confessing to Jim on April 10, 2005 and said that he had lied in his confessions on June 9 and 11, 2005 because he was afraid of Mr. Big.

[41] The trial judge denied the respondent's application. He rejected the respondent's evidence that he felt threatened and intimidated by the undercover operatives. Instead, he found that the respondent had bonded with them and continually sought more work from them. In addition, the trial judge found that the respondent was given a number of chances to leave the operation but he made no effort to do so.

(2) Testifying With the Public Excluded From the Courtroom

[42] Towards the end of his trial, the respondent brought an application requesting that he be allowed to testify with the public excluded from the courtroom. A *voir dire* was held and the respondent gave evidence. He explained that he wanted the public excluded during his testimony because he had never been good at "talk[ing] in front of a crowd". He said he would get "frustrated", "confused", and "all tangled up". He worried that the pressure of testifying in front of a courtroom full of people would cause him to have a seizure.

[43] The trial judge denied the respondent's application. The trial judge commented that he was "reluctant" to prevent the public from "hear[ing]" the respondent's evidence. In his view, "stress" was an insufficient reason for excluding the public from the courtroom. He also noted that the respondent had already given evidence in front of the public on the *voir dire* into the admissibility of his confessions and at his bail hearing.

droits garantis à l'art. 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés* (par. 43). Il a ajouté que cette même conduite rendait ses aveux inadmissibles suivant l'approche raisonnée qui s'applique en matière de ouï-dire, car le comportement menaçant de la police en faisait des aveux non dignes de foi. Il a témoigné lors du voir-dire et expliqué qu'il avait travaillé pour l'organisation criminelle fictive parce qu'elle lui permettait de gagner beaucoup d'argent et qu'il craignait Jim et Paul. Il a nié avoir avoué les meurtres à Jim le 10 avril 2005, et a soutenu avoir menti les 9 et 11 juin 2005 parce qu'il craignait Monsieur Big.

[41] Le juge du procès a rejeté la demande de l'intimé. Il a écarté son témoignage selon lequel il s'était senti menacé et intimidé par les agents. Il a plutôt estimé que l'intimé s'était lié avec eux et leur avait sans cesse demandé de lui confier de nouvelles tâches. De plus, il a conclu que l'intimé aurait pu se soustraire à l'opération à bon nombre d'occasions, mais qu'il n'avait pris aucune mesure en ce sens.

(2) Témoignage à huis clos

[42] Vers la fin du procès, l'intimé a demandé à témoigner à huis clos. Un voir-dire a eu lieu. L'intimé y a témoigné et a expliqué qu'il ne voulait pas que le public assiste à son témoignage parce qu'il n'avait jamais su [TRADUCTION] « s'exprimer devant une foule », que cela le « frustrait », le rendait « incohérent » et l'« embrouillait ». Il craignait que le stress de témoigner devant public en salle d'audience ne déclenche chez lui une crise d'épilepsie.

[43] Le juge du procès a refusé le huis clos. Il a dit être [TRADUCTION] « réticent » à empêcher le public d'« entendre » le témoignage de l'intimé. À son avis, le « stress » ne constituait pas un motif susceptible de justifier l'exclusion du public de la salle d'audience. Il a aussi fait observer que l'intimé avait déjà témoigné en public lors du voir-dire sur l'admissibilité de ses aveux et lors de l'enquête sur cautionnement.

B. *Supreme Court of Newfoundland and Labrador, Court of Appeal, 2012 NLCA 61, 327 Nfld. & P.E.I.R. 178*

(1) The Admissibility of the Mr. Big Confessions

[44] At the Court of Appeal, the respondent argued that the confessions he made during the Mr. Big operation ought to have been excluded because they were obtained in breach of his right to silence under s. 7 of the *Charter*. Green C.J., writing for himself and Harrington J.A., allowed the appeal on this ground.

[45] The majority held that the protection afforded by the right to silence could be extended beyond situations where an individual had been detained by the state. In the majority's view, the question was not whether the respondent was "det[ained]" at the time of his confession to Mr. Big, but whether he was under "state control" (para. 198). In so concluding, the majority borrowed from the test articulated by this Court in *R. v. White*, [1999] 2 S.C.R. 417, to determine if a breach of his s. 7 right to silence had occurred.

[46] On the facts, the majority found that the respondent was clearly under state control when he confessed to Mr. Big. After considering the factors from *White*, the majority concluded a breach of s. 7 had occurred. As a result, the majority turned to s. 24(2) of the *Charter* and concluded that admitting the respondent's June 9 and 11, 2005 confessions would bring the administration of justice into disrepute.

[47] Barry J.A. dissented on the issue of the admissibility of the respondent's confessions. In his view, the respondent's right to silence was not triggered prior to detention. Moreover, the trial judge's finding that the respondent had numerous chances to leave the operation but made no effort to do so were findings of fact entitled to considerable deference on appeal. Even if the "state control" test was applicable, Barry J.A. would not have found a s. 7 violation.

B. *Cour suprême de Terre-Neuve-et-Labrador, Cour d'appel, 2012 NLCA 61, 327 Nfld. & P.E.I.R. 178*

(1) L'admissibilité des aveux issus de l'opération Monsieur Big

[44] En Cour d'appel, l'intimé a soutenu que ses aveux auraient dû être exclus de la preuve parce qu'ils avaient été obtenus au mépris de son droit de garder le silence garanti à l'art. 7 de la *Charte*. Le juge en chef Green, avec l'accord du juge Harrington, a accueilli le pourvoi pour ce motif.

[45] Les juges majoritaires concluent que la protection assurée par le droit de garder le silence peut s'appliquer dans d'autres situations que celle où une personne est détenue par l'État. À leur avis, la question n'est pas celle de savoir si l'intimé était [TRADUCTION] « détenu » au moment où il s'est confié à Monsieur Big, mais bien s'il était alors sous le « contrôle de l'État » (par. 198). Ils reprennent les conditions énoncées par la Cour dans l'arrêt *R. c. White*, [1999] 2 R.C.S. 417, pour déterminer s'il y a eu atteinte ou non au droit de garder le silence garanti à l'art. 7.

[46] Au vu des faits, les juges majoritaires statuent que l'intimé était manifestement sous le contrôle de l'État lorsqu'il est passé aux aveux. Ils s'appuient sur les conditions tirées de l'arrêt *White* pour conclure à l'atteinte à un droit garanti par l'art. 7. Ils appliquent donc le par. 24(2) de la *Charte* et opinent que l'admission en preuve des aveux obtenus les 9 et 11 juin 2005 aurait pour résultat de déconsidérer l'administration de la justice.

[47] Dissident sur la question de l'admissibilité des aveux, le juge Barry estime que l'intimé ne bénéficiait pas du droit de garder le silence avant sa mise sous garde. Il ajoute que la conclusion du juge du procès portant que l'intimé avait maintes fois eu l'occasion de se soustraire à l'opération, mais qu'il n'avait pris aucune mesure en ce sens, est de nature factuelle et commande une grande déférence. Même au regard du critère fondé sur le « contrôle de l'État », il n'est pas d'avis qu'il y a eu atteinte à un droit garanti par l'art. 7.

(2) Testifying With the Public Excluded From the Courtroom

[48] The Court of Appeal unanimously found that the trial judge unreasonably denied the respondent's application to testify with the public excluded from the courtroom. Barry J.A., with whom the majority agreed, held that fairness in this case required that the respondent have the opportunity to present his evidence as "clearly as possible" (para. 125). The respondent's history with seizures, his evidence that he became confused and had difficulty thinking straight in front of a crowd, the importance of any explanation he could provide regarding his confessions to Mr. Big, and the prejudice that would result if he resiled from his commitment made in the presence of the jury that he planned to testify, all weighed in favour of granting his request.

IV. Issues

[49] The Crown was granted leave to appeal on the following two issues:

- (1) Did the trial judge err in admitting the confessions made by the respondent during the Mr. Big operation?
- (2) Did the trial judge err in precluding the respondent from testifying with the public excluded from the courtroom?

V. Analysis

[50] While the crux of this appeal involves the respondent's confessions during the Mr. Big operation, I begin with his request to testify with the public excluded from the courtroom. That aspect of the appeal is straightforward and can be dealt with briefly.

A. *Testifying With the Public Excluded From the Courtroom*

[51] While the importance of the open court principle cannot be doubted, s. 486(1) of the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46, provides trial judges with a discretion to exclude the public from the

(2) Témoignage à huis clos

[48] La Cour d'appel conclut à l'unanimité au caractère déraisonnable de la décision du juge du procès de rejeter la demande de l'intimé de témoigner à huis clos. Le juge Barry, auquel se rallient les juges majoritaires, statue que l'équité exigeait en l'espèce que l'intimé puisse présenter sa preuve [TRADUCTION] « aussi clairement que possible » (par. 125). L'épilepsie dont souffrait l'intimé, sa déclaration selon laquelle la présence d'un auditoire l'embrouillait et l'empêchait de bien réfléchir, l'importance de toute explication de ses aveux à Monsieur Big et l'effet préjudiciable de revenir sur l'engagement de témoigner pris en présence du jury auraient dû amener le juge à faire droit à la demande.

IV. Questions en litige

[49] Le ministère public a obtenu l'autorisation d'interjeter appel sur les deux questions suivantes :

- (1) Le juge du procès a-t-il eu tort d'admettre en preuve les aveux de l'intimé issus de l'opération Monsieur Big?
- (2) A-t-il eu tort de refuser d'entendre le témoignage de l'intimé à huis clos?

V. Analyse

[50] Même si le pourvoi porte essentiellement sur les aveux issus de l'opération Monsieur Big, j'examine d'abord la demande de l'intimé de témoigner à huis clos. Ce volet de l'appel est relativement simple, et la question peut être tranchée brièvement.

A. *Témoignage à huis clos*

[51] Malgré l'importance certaine du principe de la publicité des débats judiciaires, le par. 486(1) du *Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46, confère au juge du procès un pouvoir discrétionnaire qui lui

courtroom in several circumstances, including where such an order is in the interests of “the proper administration of justice”. In *Canadian Broadcasting Corp. v. New Brunswick (Attorney General)*, [1996] 3 S.C.R. 480, this Court set out three factors trial judges are to consider in making such an order: (1) the availability of reasonable and effective alternatives; (2) whether the order is limited as much as possible; and (3) the importance of the order’s objectives and its probable effects when weighed against the importance of openness and the particular expression that will be limited.

[52] In this case, the trial judge denied the respondent’s request, noting that “stress” was an insufficient reason for excluding the public from the courtroom. In consequence, the respondent did not testify.

[53] A trial judge’s decision under s. 486(1) is entitled to deference and “should not lightly be interfered with” (*Canadian Broadcasting Corp.*, at para. 78). Here, however, I am respectfully of the view that the trial judge erred in refusing the respondent’s request. The trial judge’s error lay at the third stage of the test. To begin, the respondent’s testimony was critically important in the circumstances of this case. If he was to be acquitted, the jury would have to believe, or at least have a reasonable doubt, that the confessions he made during the Mr. Big operation were false. Testifying in order to disavow them was a near tactical necessity for the respondent. The respondent sought to testify outside of the presence of the public in part because he was concerned that the stress of testifying in front of a full courtroom would cause him to have a seizure. It was incumbent on the trial judge, in the unique circumstances of this case, to take reasonable steps to accommodate the respondent’s disability and to facilitate his testimony.

[54] Unfortunately, the trial judge mistook the nature of the respondent’s request, as is apparent from his comment that he was reluctant to prevent the public from “hear[ing]” the respondent’s evidence. The respondent was not asking that the public be completely foreclosed from hearing his evidence.

permet d’exclure le public de la salle d’audience dans certains cas, notamment lorsque la mesure est dans l’intérêt de « la bonne administration de la justice ». Dans l’arrêt *Société Radio-Canada c. Nouveau-Brunswick (Procureur général)*, [1996] 3 R.C.S. 480, la Cour énonce trois éléments à considérer avant de rendre une ordonnance en ce sens : (1) l’existence d’autres mesures raisonnables et efficaces, (2) la portée aussi circonscrite que possible de l’ordonnance et (3) l’importance des objectifs de l’ordonnance et de ses effets probables par rapport à celle de la publicité des débats et de l’activité d’expression qui sera restreinte.

[52] En l’espèce, le juge du procès a refusé le huis clos à l’intimé. Il a fait observer que le « stress » ne justifiait pas l’exclusion du public de la salle d’audience. L’intimé n’a donc pas témoigné.

[53] La décision d’un juge du procès fondée sur le par. 486(1) commande la déférence et « il ne faut pas intervenir à la légère » (*Société Radio-Canada*, par. 78). Or, soit dit en tout respect, j’estime que, en l’espèce, le juge a eu tort de rejeter la demande de l’intimé et que c’est au regard du troisième élément qu’il a commis une erreur. Le témoignage de l’intimé revêtait une importance cruciale dans les circonstances de l’affaire. Pour qu’il y ait acquittement, le jury devait être convaincu de la fausseté des aveux issus de l’opération Monsieur Big ou, du moins, douter raisonnablement de leur véracité. Sur le plan tactique, il était presque nécessaire que l’intimé témoigne pour répudier ses aveux. Il a demandé à témoigner à huis clos, notamment parce qu’il craignait que le stress de témoigner devant public en salle d’audience ne déclenche chez lui une crise d’épilepsie. Dans les circonstances propres à la présente affaire, il incombait au juge de prendre des mesures raisonnables pour tenir compte de la déficience de l’intimé et faciliter son témoignage.

[54] Le juge du procès s’est malheureusement mépris sur la nature de la demande, comme en fait foi sa remarque selon laquelle il était réticent à empêcher le public d’[TRADUCTION] « entendre » le témoignage de l’intimé. Or, la demande ne visait pas à empêcher totalement le public d’entendre le

Rather, he simply wanted to testify outside of their physical presence. As such, his evidence could have been made available to the public, while granting his request, by broadcasting his testimony into another courtroom on closed circuit television. In the particular circumstances of this case, granting the accommodation sought would not, in my view, have undermined the open court principle.

[55] As a result, I agree with the conclusion of the Court of Appeal. This error alone necessitates a new trial.

B. *The Admissibility of the Mr. Big Confessions*

(1) Mr. Big Operations in Canada

[56] The Mr. Big technique is a Canadian invention. Although a version of the technique appears to have been used by the police as far back as 1901, its modern use began in the 1990s and has continued since then (see *R. v. Todd* (1901), 4 C.C.C. 514 (Man. K.B.), at p. 523). According to the B.C. RCMP, the technique has been used across Canada on more than 350 occasions as of 2008.⁴

[57] The technique tends to follow a similar script in each case. Undercover officers conduct surveillance on a suspect in order to gather information about his or her habits and circumstances. Next, they approach the suspect and attempt to cultivate a relationship. The suspect and the undercover officers socialize and begin to work together, and the suspect is introduced to the idea that the officers work for a criminal organization that is run by their boss — “Mr. Big”. The suspect works for the criminal organization and is assigned simple and apparently illegal tasks — serving as a lookout, delivering packages, or counting large sums of money are common examples. As occurred in this case, this stage of the operation can last for several months. See T. E. Moore, P. Copeland and R. A. Schuller, “Deceit, Betrayal and the Search for Truth: Legal and Psychological Perspectives on the ‘Mr. Big’

témoignage, mais à ce que l’intimé témoigne hors de la présence du public. Ainsi, le juge aurait pu faire droit à la demande mais rendre le témoignage accessible au public par sa diffusion en circuit fermé dans une autre salle d’audience. Dans les circonstances particulières de l’espèce, accorder la mesure demandée n’aurait pas compromis, selon moi, la publicité des débats judiciaires.

[55] Conséquemment, je fais mienne la conclusion de la Cour d’appel. Cette seule erreur commande un nouveau procès.

B. *Admissibilité des aveux issus de l’opération Monsieur Big*

(1) Le recours à l’opération Monsieur Big au Canada

[56] La technique d’enquête Monsieur Big est une invention canadienne. Bien que sa première ébauche paraisse remonter à 1901, sa version moderne date des années 1990, et la police continue d’y recourir depuis (voir *R. c. Todd* (1901), 4 C.C.C. 514 (B.R. Man.), p. 523). Selon la GRC en Colombie-Britannique, en 2008, la technique avait été utilisée plus de 350 fois au Canada⁴.

[57] Le scénario est à peu près le même chaque fois. Des agents banalisés surveillent un suspect en vue de recueillir des renseignements sur ses habitudes et sur son mode de vie. Ils l’abordent ensuite et tentent de créer des liens avec lui. Le suspect et les agents socialisent et commencent à travailler ensemble; les agents font croire au suspect qu’ils travaillent pour une organisation criminelle que dirige un certain Monsieur Big. Le suspect travaille pour l’organisation criminelle, et on lui confie des tâches simples et apparemment illégales telles que faire le guet, livrer des colis ou compter d’importantes sommes d’argent. Cette étape de l’opération peut durer plusieurs mois, ce qui a été le cas en l’espèce. Voir T. E. Moore, P. Copeland et R. A. Schuller, « Deceit, Betrayal and the Search for Truth : Legal and Psychological Perspectives on the “Mr. Big” Strategy » (2009), 55 *Crim. L.Q.*

⁴ “Undercover Operations”, B.C. RCMP (online).

⁴ « Opérations d’infiltration », GRC en Colombie-Britannique (en ligne).

Strategy” (2009), 55 *Crim. L.Q.* 348, at pp. 351-52; K. T. Keenan and J. Brockman, *Mr. Big: Exposing Undercover Investigations in Canada* (2010), at p. 19.

[58] As the operation wears on, the suspect is offered increasing responsibility and financial rewards. By flying the suspect across the country, putting him up in hotels, and taking him to expensive restaurants, undercover officers show the suspect that working with the group provides a life of luxury and close friendships. All the while, the suspect is constantly reminded that his or her ultimate acceptance into the group depends on Mr. Big’s approval (see Keenan and Brockman, at p. 20).

[59] Throughout the operation, the suspect is also told that the organization demands honesty, trust and loyalty from its members. An aura of violence is cultivated to reinforce these values. Officers teach the suspect that those who betray the trust of the organization are met with violence. They do this by telling the suspect that the organization kills “rats”, or by exposing him to simulated acts of violence perpetrated by members of the organization against other undercover officers as punishment for imagined betrayals (see, e.g., Moore, Copeland and Schuller, at pp. 356-57). *R. v. Hathway*, 2007 SKQB 48, 292 Sask. R. 7, provides a stark example. In that case, undercover officers simulated an assault on a woman who had crossed the criminal organization. During the beating, officers threatened to kill the woman, her husband, and her infant child. The accused watched as undercover officers threw the bloodied woman into the trunk of a car.

[60] Once the stage is set, the operation culminates in a meeting, akin to a job interview, between the suspect and Mr. Big. Invariably during these meetings, Mr. Big expresses concern about the suspect’s criminal past and the particular crime under investigation by the police. As the meeting unfolds, it becomes clear that confessing to the crime provides a ticket into the criminal organization and safety from the police. Suspects may be told that Mr. Big has conclusive evidence of

348, p. 351-352; K. T. Keenan et J. Brockman, *Mr. Big : Exposing Undercover Investigations in Canada* (2010), p. 19.

[58] Avec le temps, on finit par offrir au suspect de plus en plus de responsabilités et d’avantages financiers. En lui faisant parcourir le pays en avion, en le logeant à l’hôtel et en l’invitant dans des restaurants coûteux, les agents montrent au suspect que travailler pour l’organisation permet de faire la grande vie et de nouer de solides amitiés. Simultanément, on rappelle constamment au suspect que son admission dans le groupe dépend au final de la décision de Monsieur Big (voir Keenan et Brockman, p. 20).

[59] Tout au long de l’opération, le suspect se fait rappeler que l’organisation exige de ses membres honnêteté, confiance et loyauté. Un climat de violence est entretenu afin d’inciter au respect de ces valeurs. Les agents préviennent le suspect que celui qui trahit la confiance de l’organisation s’expose à des actes de violence. On lui dit par exemple que l’organisation supprime les traîtres ou on le fait assister à des actes de violence simulés où un membre de l’organisation s’en prend à un autre pour le punir d’une supposée trahison (voir p. ex. Moore, Copeland et Schuller, p. 356-357). L’arrêt *R. c. Hathway*, 2007 SKQB 48, 292 Sask. R. 7, offre un exemple frappant. Dans cette affaire, les agents avaient simulé l’agression d’une femme qui avait trahi l’organisation criminelle. Tandis qu’ils la battaient, ils avaient menacé de les tuer, elle, son conjoint et leur enfant. L’accusé avait observé les agents jeter le corps ensanglanté de la femme dans le coffre d’une voiture.

[60] Une fois le décor planté, l’opération atteint son point culminant lors de la rencontre — semblable à un entretien d’embauche — du suspect et de Monsieur Big. À chaque fois, Monsieur Big exprime alors son inquiétude au sujet des antécédents criminels du suspect et du crime sous enquête. Puis, progressivement, il devient évident au suspect que, s’il avoue le crime, il pourra entrer dans l’organisation criminelle et se mettre ainsi à l’abri de la police. On peut aussi lui dire que

their guilt and that denying the offence will be seen as proof of a lack of trustworthiness. In another variation, suspects are told that Mr. Big has learned from contacts within the police that a prosecution for the offence is imminent based on new evidence. The organization offers to protect the target through a variety of means — by offering to eliminate a witness or by having someone else confess to the crime — if the suspect confesses to Mr. Big. Throughout the interrogation, any denials of guilt are dismissed as lies, and Mr. Big presses for a confession (see, e.g., *C.L.A. factum*, at paras. 7-8; Keenan and Brockman, at pp. 19-21).

[61] As indicated, the technique has proved valuable and has been used to secure convictions in hundreds of cases (see, e.g., *R. v. Copeland*, 1999 BCCA 744, 131 B.C.A.C. 264, where a confession elicited through a Mr. Big operation led the police to the victim's previously undiscovered body).

[62] To date, there are no established wrongful convictions stemming from its use. However, in 1992, Kyle Unger was convicted of murder based in part on a confession elicited through a Mr. Big operation, as well as forensic evidence found at the scene of the crime. In 2004, the forensic evidence was called into question by a review committee. The Minister of Justice ordered a review of the conviction, and the Crown ultimately withdrew the charges after determining it did not have sufficient evidence to proceed with a new trial (see also *R. v. Bates*, 2009 ABQB 379, 468 A.R. 158, where an accused, though properly convicted of manslaughter, overstated his involvement by falsely confessing to Mr. Big that he was the person who shot a rival drug dealer).

(2) Do We Need a Test for Determining the Admissibility of Mr. Big Confessions?

[63] In cases where the Mr. Big technique has been used, the ensuing confessions have typically been

Monsieur Big dispose de preuves concluantes de sa culpabilité et que nier son crime sera interprété comme un manque de confiance. Dans un autre cas de figure, on lui dit que Monsieur Big a appris d'informateurs au sein de la police que des accusations fondées sur de nouveaux éléments de preuve étaient imminentes. L'organisation offre au suspect de le protéger par différents moyens, telles l'élimination d'un témoin ou l'obtention de l'aveu d'une autre personne, à condition qu'il avoue son crime à Monsieur Big. Tout au long de l'interrogatoire, les dénégations de culpabilité sont tenues pour mensongères, et Monsieur Big insiste pour que le suspect avoue (voir, p. ex., le mémoire de la *C.L.A.*, par. 7-8; Keenan et Brockman, p. 19-21).

[61] Rappelons que la technique s'est révélée très utile dans des centaines d'affaires où des déclarations de culpabilité ont pu être obtenues (voir p. ex. *R. c. Copeland*, 1999 BCCA 744, 131 B.C.A.C. 264, où l'aveu recueilli a permis aux forces policières de découvrir le corps de la victime).

[62] À ce jour, on n'a recensé aucun cas de déclaration de culpabilité injustifiée imputable au recours à la technique. Toutefois, en 1992, Kyle Unger a été déclaré coupable de meurtre en partie sur la foi d'un aveu issu d'une opération Monsieur Big, ainsi que d'éléments de preuve médico-légale prélevés sur la scène du crime. En 2004, la preuve médico-légale a été mise en doute par un comité d'examen. Le ministre de la Justice a ordonné la révision de la déclaration de culpabilité, puis le ministère public a finalement retiré les accusations après avoir conclu que la preuve n'était pas suffisante pour la tenue d'un nouveau procès (voir aussi *R. c. Bates*, 2009 ABQB 379, 468 A.R. 158, où l'accusé, bien que déclaré coupable à juste titre d'homicide involontaire coupable, avait exagéré sa participation au crime en avouant faussement à Monsieur Big qu'il avait abattu un trafiquant de drogues rival).

(2) L'établissement d'un test est-il nécessaire pour déterminer si l'aveu issu d'une opération Monsieur Big est admissible ou non?

[63] Dans les affaires où la technique a été utilisée, les aveux obtenus ont généralement été

received at trial. Under the existing case law, they have been admitted under the party admissions exception to the hearsay rule (see *R. v. Evans*, [1993] 3 S.C.R. 653, at p. 664; *R. v. Osmar*, 2007 ONCA 50, 84 O.R. (3d) 321, at para. 53). The admissibility of party admissions flows from the adversarial nature of our trial system, and the belief that “what a party has previously stated can be admitted against the party in whose mouth it does not lie to complain of the unreliability of his or her own statements” (*Evans*, at p. 664).

[64] Attempts to extend existing legal protections to Mr. Big operations have failed. This Court has held that Mr. Big operations do not engage the right to silence because the accused is not detained by the police at the time he or she confesses (see *R. v. McIntyre*, [1994] 2 S.C.R. 480; *R. v. Hebert*, [1990] 2 S.C.R. 151). And the confessions rule — which requires the Crown to prove an accused’s statement to a person in authority is “voluntary” — is inoperative because the accused does not know that Mr. Big is a police officer when he confesses (see *R. v. Grandinetti*, 2005 SCC 5, [2005] 1 S.C.R. 27).

[65] Under existing law, it appears that defence counsel have only two options for challenging the admissibility of these confessions: under the doctrine of abuse of process, or under a trial judge’s overriding discretion to exclude evidence that is more prejudicial than probative. Trial judges have only rarely excluded Mr. Big confessions under either of these doctrines. Indeed, the parties could find no case in which a Mr. Big confession was excluded as an abuse of process, and only one case in which a confession was excluded on the basis that its prejudicial effect exceeded its probative value (see *R. v. Creek*, 1998 CanLII 3209 (B.C.S.C.)).

[66] A threshold issue raised by this appeal is whether the existing framework adequately protects

admis en preuve au procès. Selon la jurisprudence actuelle, ils le sont sur le fondement de l’exception à la règle du oui-dire qui s’applique aux déclarations de l’intéressé (voir *R. c. Evans*, [1993] 3 R.C.S. 653, p. 664; *R. c. Osmar*, 2007 ONCA 50, 84 O.R. (3d) 321, par. 53). L’admissibilité des déclarations de l’intéressé découle de la nature contradictoire du débat judiciaire et de la croyance selon laquelle « les déclarations antérieures d’une [personne] peuvent être admises contre [elle, car elle] ne peut se plaindre de la non-fiabilité de ses propres déclarations » (*Evans*, p. 664).

[64] On a tenté en vain d’opposer les garanties juridiques existantes aux aveux issus d’opérations Monsieur Big. La Cour a statué qu’une telle opération ne met pas en jeu le droit de l’accusé de garder le silence car il n’est pas détenu par la police au moment où il avoue (voir *R. c. McIntyre*, [1994] 2 R.C.S. 480; *R. c. Hebert*, [1990] 2 R.C.S. 151). La règle applicable en la matière, à savoir que le ministère public est tenu de prouver le caractère « volontaire » de la déclaration de l’accusé à une personne en situation d’autorité, ne s’applique pas non plus parce que, lorsqu’il avoue, l’accusé ne sait pas que Monsieur Big est policier (voir *R. c. Grandinetti*, 2005 CSC 5, [2005] 1 R.C.S. 27).

[65] Dans l’état actuel du droit, il semble que deux avenues seulement s’offrent à l’avocat de la défense pour contester l’admissibilité de tels aveux : la doctrine de l’abus de procédure ou le pouvoir discrétionnaire prépondérant du juge du procès qui lui permet d’écarter une preuve dont l’effet préjudiciable l’emporte sur la valeur probante. Les aveux issus d’une opération Monsieur Big ont rarement été écartés au procès grâce au recours à l’un ou l’autre moyen. En effet, les parties n’ont pu citer une décision où l’aveu avait été écarté en raison d’un abus de procédure, non plus qu’une décision dans laquelle l’aveu avait été écarté au motif que son effet préjudiciable l’emportait sur sa valeur probante (voir *R. c. Creek*, 1998 CanLII 3209 (C.S.C.-B.)).

[66] Le pourvoi soulève la question préliminaire de savoir si le cadre législatif actuel protège

the rights of those subject to Mr. Big investigations. The Crown contends that no further protections are needed and that the law as it stands strikes a proper balance between the accused's rights and the need for effective policing. By contrast, the respondent and *amicus curiae* submit that Mr. Big confessions present unique dangers that must be addressed by placing a filter on their admissibility.

[67] I agree with the respondent and *amicus curiae*. In my view, the law as it stands today provides insufficient protection to accused persons who confess during Mr. Big operations. Three concerns lead me to this conclusion.

(a) *The Danger of Unreliable Confessions*

[68] First, because of the nature of Mr. Big operations, concerns arise as to the reliability of the confessions they produce. The purpose of these operations is to induce confessions, and they are carefully calibrated to achieve that end. Over a period of weeks or months, suspects are made to believe that the fictitious criminal organization for which they work can provide them with financial security, social acceptance, and friendship. Suspects also come to learn that violence is a necessary part of the organization's business model, and that a past history of violence is a boast-worthy accomplishment. And during the final meeting with Mr. Big — which involves a skillful interrogation conducted by an experienced police officer — suspects learn that confessing to the crime under investigation provides a consequence-free ticket into the organization and all of the rewards it provides.

[69] It seems a matter of common sense that the potential for a false confession increases in proportion to the nature and extent of the inducements held out to the accused. Unsurprisingly, this view is supported by academic literature (see *R. v. Oickle*, 2000 SCC 38, [2000] 2 S.C.R. 3, at paras. 39 and 44; S. M. Kassin et al., "Police-Induced Confessions: Risk Factors and Recommendations" (2010), 34 *Law & Hum. Behav.* 3, at pp. 14-15).

adéquatement les droits de la personne qui est visée par une enquête Monsieur Big. Le ministère public soutient qu'aucune protection supplémentaire n'est requise et que le droit actuel établit un juste équilibre entre les droits de l'accusé et la nécessité de l'efficacité policière. En revanche, l'intimé et l'*amicus curiae* font valoir que l'aveu issu d'une telle opération présente des risques particuliers qui justifient le contrôle de son admissibilité.

[67] Je conviens avec l'intimé et l'*amicus curiae* que le droit actuel n'offre pas de protection suffisante à l'accusé qui avoue un crime dans le cadre d'une opération Monsieur Big. Trois considérations sous-tendent ma conclusion.

a) *Le risque d'un aveu non digne de foi*

[68] Premièrement, la nature même de l'opération suscite des interrogations quant à la fiabilité de l'aveu obtenu. L'objectif est de faire en sorte que le suspect avoue, et l'opération est soigneusement conçue à cette fin. Pendant des semaines, voire des mois, le suspect est amené à croire que l'organisation criminelle fictive pour laquelle il travaille peut lui offrir sécurité financière, acceptation sociale et liens d'amitié. Il en vient également à comprendre que la violence est un élément essentiel de son fonctionnement et que les antécédents de violence sont perçus comme des réalisations dont on peut s'enorgueillir. De plus, lors de l'entretien déterminant avec Monsieur Big — où un interrogatoire habile est mené par un agent de police expérimenté —, le suspect comprend qu'avouer le crime sous enquête lui ouvrira les portes de l'organisation et lui donnera impunément accès à tous les avantages qui découlent de cette appartenance.

[69] Il semble aller de soi que le risque de faux aveux augmente en fonction de la nature et de l'importance des gratifications offertes à l'accusé, ce que confirment la jurisprudence et la doctrine (voir *R. c. Oickle*, 2000 CSC 38, [2000] 2 R.C.S. 3, par. 39 et 44; S. M. Kassin et autres, « Police-Induced Confessions : Risk Factors and Recommendations » (2010), 34 *Law & Hum. Behav.* 3, p. 14-15).

[70] The common law confessions rule serves to illustrate the importance of a trial judge's role in assessing reliability. The confessions rule has long concerned itself with the dangers posed by unreliable confessions (see, e.g., G. A. Martin, "The Admissibility of Confessions and Statements" (1963), 5 *Crim. L.Q.* 35, at p. 35). Under the confessions rule, we recognize that unreliable confessions made by an accused pose particular dangers, as juries often attach great weight to the accused's own words. When an accused falsely confesses to a crime, the risk of a wrongful conviction becomes acute. This Court recognized as much in *Oickle*, when it noted that false confessions have played an "important role" in cases where wrongful convictions have occurred (para. 36). Subsequent research has confirmed that risk. In 40 of the first 250 DNA exonerations in the United States, for example, the accused was found to have falsely confessed to the crime (see B. L. Garrett, "The Substance of False Confessions" (2010), 62 *Stan. L. Rev.* 1051).

[71] The confessions rule thus guards against the danger of unreliable confessions by requiring the Crown to prove to a judge beyond a reasonable doubt that an accused's statement was voluntarily made. Where the Crown is unable to do so, the accused's statement is rendered inadmissible.

[72] But as the law stands today, unlike our approach with the confessions rule, we have failed to adopt a consistent approach to assessing the reliability of Mr. Big confessions before they go to the jury. This is so despite the obvious nature of the inducements these operations create. In my view, it would be dangerous and unwise to assume that we do not need to be concerned about the reliability of Mr. Big confessions simply because the suspect does not know that the person pressuring him to confess is a police officer. And although it will be easier for a jury to understand why an accused would falsely confess to Mr. Big than to the police during a conventional interrogation (because of the more obvious nature of the inducements and the accused's belief that it is in his self-interest to

[70] La règle des confessions que prévoit la common law montre l'importance du rôle du juge du procès dans l'appréciation de la fiabilité. Ce n'est pas d'hier qu'elle se soucie du risque d'un aveu non digne de foi (voir p. ex. G. A. Martin, « The Admissibility of Confessions and Statements » (1963), 5 *Crim. L.Q.* 35, p. 35). Aux fins de son application, nous reconnaissons que l'aveu non digne de foi présente des risques particuliers, car le jury accorde souvent une grande importance aux propos de l'accusé. Lorsqu'un accusé avoue faussement un crime, le risque d'une déclaration de culpabilité injustifiée est énorme. La Cour le reconnaît dans l'arrêt *Oickle* lorsqu'elle fait observer que les faux aveux ont joué un « rôle important » dans les cas recensés de déclaration de culpabilité injustifiée (par. 36). Les résultats de recherches subséquentes confirment l'existence de ce risque. Dans 40 des 250 premiers cas de disculpation fondée sur l'ADN, on a conclu que l'accusé avait faussement avoué un crime (voir B. L. Garrett, « The Substance of False Confessions » (2010), 62 *Stan. L. Rev.* 1051).

[71] La règle des confessions protège donc contre le risque d'aveux non dignes de foi par l'exigence faite au ministère public de prouver hors de tout doute raisonnable le caractère volontaire de la déclaration de l'accusé. Lorsque le ministère public ne peut offrir cette preuve, la déclaration de l'accusé est inadmissible.

[72] Or, dans l'état actuel du droit, nulle approche cohérente — comme celle qui vaut pour la règle des confessions — ne préside à l'appréciation de la fiabilité de l'aveu issu d'une opération Monsieur Big avant la communication au jury, et ce, malgré le caractère évident des incitations auxquelles donne lieu ce genre d'opération. À mon avis, il serait risqué et peu avisé de considérer que nous n'avons pas à nous soucier de la fiabilité de l'aveu pour la seule raison que le suspect ne sait pas que la personne qui le presse d'avouer est policier. Aussi, même si un jury concevra plus volontiers qu'un accusé avoue faussement un crime à Monsieur Big, mais pas à la police lors d'un interrogatoire classique (en raison du caractère clairement plus incitatif des avantages et de la croyance de l'accusé qu'il va de son intérêt

confess), this does not provide a complete answer to the reliability concerns raised by these confessions. Under the confessions rule, we do not abandon our concern for reliability in cases where a confession is the product of clear threats or inducements, on the assumption that the jury will have an easier time understanding why it is unreliable.

(b) *The Prejudicial Effect of Mr. Big Confessions*

[73] The second concern with Mr. Big confessions — and one that distinguishes them from confessions made in other contexts — is that they are invariably accompanied by prejudicial facts regarding the accused’s character. Putting these confessions into evidence requires showing the jury that the accused wanted to join a criminal organization and that he participated in “simulated” crimes that he believed were real. The absence of a consistent approach in assessing the admissibility of these confessions sits uneasily with the general rule that bad character evidence is presumptively inadmissible for the Crown. This centuries-old rule prohibits the Crown from leading evidence of misconduct engaged in by the accused that is unrelated to the charges before the court, unless it can demonstrate that its probative value outweighs its prejudicial effect (see *R. v. Handy*, 2002 SCC 56, [2002] 2 S.C.R. 908).

[74] Bad character evidence causes two kinds of prejudice. It causes “moral prejudice” by marring the character of the accused in the eyes of the jury, thereby creating a risk that the jury will reason from the accused’s general disposition to the conclusion that he is guilty of the crime charged, or that he is deserving of punishment in any event (*Handy*, at para. 31). And it causes “reasoning prejudice” by distracting the jury’s focus away from the offence charged, toward the accused’s extraneous acts of misconduct (*ibid.*). As this Court held in *Handy*, the “poisonous potential” of bad character evidence cannot be doubted (para. 138).

d’avouer), la crainte de la non-fiabilité de l’aveu n’est pas écartée pour autant. Pour les besoins de la règle des confessions, nous continuons à nous soucier de la fiabilité de l’aveu qui résulte de menaces ou d’incitations manifestes, sans nous en remettre à l’aptitude du jury à comprendre aisément en quoi l’aveu n’est pas digne de foi.

b) *Effet préjudiciable de l’aveu issu d’une opération Monsieur Big*

[73] Le deuxième problème d’un tel aveu est qu’il s’accompagne toujours de la relation de faits qui sont préjudiciables à l’accusé sur le plan de la moralité, ce qui le distingue d’un aveu fait dans d’autres contextes. Pour mettre pareil aveu en preuve, il faut montrer au jury que l’accusé a voulu se joindre à une organisation criminelle et qu’il a participé à des crimes « simulés » qu’il croyait réels. L’absence d’une approche cohérente qui permet d’apprécier l’admissibilité de l’aveu cadre mal avec la règle générale suivant laquelle le ministère public ne peut en principe recourir à une preuve de mauvaise moralité. Cette règle plusieurs fois centenaire interdit en effet au ministère public de présenter une preuve de mauvaise conduite de l’accusé qui est sans lien avec l’accusation, sauf s’il démontre que sa force probante l’emporte sur son effet préjudiciable (voir *R. c. Handy*, 2002 CSC 56, [2002] 2 R.C.S. 908).

[74] La preuve de mauvaise moralité inflige un préjudice de deux manières. D’abord, elle cause un « préjudice moral » en entachant la réputation de l’accusé aux yeux des jurés, de sorte qu’ils risquent de s’appuyer sur la prédisposition générale de l’accusé pour conclure qu’il est coupable ou qu’il mérite d’être puni de toute façon (*Handy*, par. 31). De plus, elle inflige un « préjudice par raisonnement » en ce qu’elle détourne l’attention du jury pour la reporter sur des actes répréhensibles qui n’ont rien à voir avec l’accusation (*ibid.*). Comme le dit la Cour dans *Handy*, on ne saurait douter que la preuve de mauvaise moralité peut avoir des « effets pernicieux » (par. 138).

[75] When a Mr. Big confession is admitted, the character evidence that accompanies it places the accused in a difficult situation. In these cases, the accused is often obliged, as a tactical necessity, to testify in order to explain why he falsely confessed to Mr Big. The character evidence that has already been admitted is damaging in this context because it shrouds the accused with an aura of distrust before he or she steps into the witness box. This distrust is compounded when the accused asks the jury to disregard his confession because he was lying when he gave it. And all of this furnishes the Crown with ample fodder for a forceful attack on the accused's credibility in cross-examination.

[76] Despite the well-established presumption that bad character evidence is inadmissible, it is routinely admitted in Mr. Big cases because it provides the relevant context needed to understand how the accused's pivotal confession came about. Indeed, even the accused comes to depend on this evidence in order to show the nature of the inducements he faced and the reason his confession should not be believed.

[77] In my view, the prejudicial effect of Mr. Big confessions is a substantial concern, especially since these confessions may also be unreliable. Putting evidence before a jury that is both unreliable and prejudicial invites a miscarriage of justice. The law must respond to these dangers. The fact that there are no proven wrongful convictions in cases involving Mr. Big confessions provides little comfort. The criminal justice system cannot afford to wait for miscarriages of justice before taking reasonable steps to prevent them.

(c) *Police Misconduct*

[78] Finally, Mr. Big operations create a risk that the police will resort to unacceptable tactics in their pursuit of a confession. As mentioned, in conducting these operations, undercover officers often cultivate

[75] Lorsqu'un aveu issu d'une opération Monsieur Big est admis en preuve, la preuve de moralité dont il s'accompagne place l'accusé dans une situation difficile. En effet, des considérations stratégiques obligent souvent l'accusé à témoigner pour expliquer le faux aveu à Monsieur Big. La preuve de moralité déjà admise lui est préjudiciable en ce qu'elle inspire de la méfiance à son endroit avant même qu'il ne prenne place à la barre des témoins. Cette méfiance s'accroît lorsque l'accusé demande au jury de ne pas tenir compte de son aveu parce qu'il a menti. Et tous ces éléments permettent au ministère public de s'en prendre vigoureusement à la crédibilité de l'accusé lors de son contre-interrogatoire.

[76] Malgré la présomption bien établie de son inadmissibilité, la preuve de mauvaise moralité est couramment admise dans les affaires d'opération Monsieur Big parce qu'elle offre le contexte nécessaire pour déterminer comment l'aveu a été soutiré à l'accusé. En fait, l'accusé voit même son sort dépendre de cette preuve, car il doit démontrer la nature des incitations dont il a fait l'objet et avancer les motifs pour lesquels on ne devrait pas ajouter foi à son aveu.

[77] À mon sens, l'effet préjudiciable de l'admission de l'aveu issu d'une opération Monsieur Big constitue un grave problème, d'autant plus que l'aveu peut aussi se révéler non digne de foi. Présenter au jury une preuve qui est à la fois non digne de foi et préjudiciable invite à l'erreur judiciaire. Le droit doit prévenir la réalisation de ce risque. L'absence de cas avéré de déclaration de culpabilité injustifiée fondée sur un aveu issu d'une opération Monsieur Big offre une maigre consolation. Le système de justice pénale ne peut se permettre d'attendre qu'une erreur judiciaire se produise pour prendre les mesures préventives qui s'imposent.

c) *Comportement répréhensible des policiers*

[78] Enfin, l'opération Monsieur Big fait naître le risque que les policiers recourent à des moyens inacceptables pour obtenir des aveux. Rappelons que, lors d'une telle opération, les agents font

an aura of violence in order to stress the importance of trust and loyalty within the organization. This can involve — as it did in this case — threats or acts of violence perpetrated in the presence of the accused. In these circumstances, it is easy to see a risk that the police will go too far, resorting to tactics which may impact on the reliability of a confession, or in some instances amount to an abuse of process.

[79] At present, however, these operations are conducted in a legal vacuum. The legal protections afforded to accused persons, which are often intended at least in part to place limits on the conduct of the police in their investigation and interrogation of accused people, have no application to Mr. Big operations. The confessions rule, for example, is intended not only to guard against the risk of unreliable confessions, but also to prevent abusive state conduct (see *R. v. Hodgson*, [1998] 2 S.C.R. 449, at para. 20). Yet its protection does not apply because the accused does not know the person he is speaking to is a person in authority. Other protections — like the right to counsel under s. 10(b) of the *Charter* — are rendered inapplicable because the accused is not “det[ained]” by the police while the operation is ongoing. And the doctrine of abuse of process — intended to protect against abusive state conduct — appears to be somewhat of a paper tiger. To date, it has never operated to exclude a Mr. Big confession, nor has it ever led to the stay of charges arising from one of these operations.

[80] In my view, the lack of an effective mechanism for monitoring the conduct of the undercover officers who engage in these operations is problematic. The law must enable trial judges to respond effectively to police misconduct in this context.

souvent régner un climat de violence afin de souligner l’importance de la confiance et de la loyauté au sein de l’organisation. Il peut s’agir, comme en l’espèce, de menaces ou d’actes de violence perpétrés en présence de l’accusé. Il est donc aisé de concevoir le risque que la police aille trop loin et recoure à des tactiques susceptibles de mettre en doute la fiabilité d’un aveu ou, dans certains cas, d’équivaloir à un abus de procédure.

[79] Pour l’heure, toutefois, les opérations Monsieur Big se déroulent dans un vide juridique. Les garanties juridiques accordées à l’accusé et dont la raison d’être est souvent, du moins en partie, d’imposer des limites aux policiers lorsqu’ils mènent des enquêtes et des interrogatoires, ne s’appliquent pas à l’opération. Par exemple, la règle des confessions, qui vise non seulement à prévenir le risque d’un aveu non digne de foi, mais aussi à empêcher le comportement abusif de l’État (voir *R. c. Hodgson*, [1998] 2 R.C.S. 449, par. 20), ne s’applique pas dans le contexte considéré en l’espèce, car l’accusé ignore que son interlocuteur est une personne en situation d’autorité. D’autres garanties comme le droit à l’assistance d’un avocat prévu à l’al. 10b) de la *Charte* sont rendues inapplicables du fait que l’accusé n’est pas « déten[u] » par la police pendant le déroulement de l’opération. Quant à la doctrine de l’abus de procédure — censée protéger contre le comportement abusif de l’État —, son effet paraît en quelque sorte dérisoire. À ce jour, elle ne s’est jamais appliquée de manière à exclure un aveu issu d’une opération Monsieur Big et elle n’a jamais permis l’arrêt des procédures après que des accusations eurent été portées dans la foulée d’une telle opération.

[80] À mon avis, l’absence d’un mécanisme efficace pour contrôler le comportement des agents qui se livrent à une telle opération clandestine est problématique. Le droit doit permettre au juge du procès de sévir utilement contre le comportement répréhensible des policiers dans ce contexte.

(3) How Should the Law Respond to the Problems Posed by Mr. Big Confessions?

[81] Having determined that the law must respond to the risks inherent in Mr. Big confessions, the more difficult question is what form that response should take. Mr. Big operations raise three distinct concerns — reliability, prejudice, and the potential for police misconduct — and we must ensure that trial judges have the tools they need to address all three of these issues.

[82] The parties and interveners have provided a long list of options for dealing with the problems raised by Mr. Big confessions. They include affirming the Court of Appeal's extension of the s. 7 right to silence, expanding the common law confessions rule to apply to Mr. Big operations, subjecting Mr. Big confessions to the principled approach that now governs hearsay evidence, or assessing the reliability of Mr. Big confessions before admitting them into evidence as a means of ensuring an accused's right to a fair trial under ss. 7 and 11(d) of the *Charter*. Rather than pointing to a clear solution, the diversity of the options provided reflects the difficulty of the task that confronts us.

[83] In searching for a response to the concerns these operations raise, we must proceed cautiously. To be sure, Mr. Big operations can become abusive, and they can produce confessions that are unreliable and prejudicial. We must seek a legal framework that protects accused persons, and the justice system as a whole, against these dangers. On the other hand, Mr. Big operations are not necessarily abusive, and are capable of producing valuable evidence, the admission of which furthers the interests of justice. We ought not forget that the Mr. Big technique is almost always used in cold cases involving the most serious crimes. Put simply, in responding to the dangers posed by Mr. Big confessions, we should be wary about allowing serious crimes to go unpunished.

(3) Comment le droit doit-il s'attaquer aux problèmes que pose l'aveu issu d'une opération Monsieur Big?

[81] Une fois établie la nécessité que le droit s'attaque aux risques inhérents à l'aveu issu d'une telle opération, le plus difficile est de déterminer comment il doit le faire. L'aveu pose problème sous trois rapports distincts : la fiabilité, le caractère préjudiciable et le risque de comportement répréhensible des policiers. Il nous faut faire en sorte que le juge du procès dispose des moyens voulus pour remédier aux difficultés liées à ces trois considérations.

[82] Parties et intervenants dressent une longue liste de solutions possibles, dont les suivantes : confirmer l'élargissement par la Cour d'appel du droit de garder le silence prévu à l'art. 7, élargir la règle des confessions en common law pour qu'elle s'applique à l'opération Monsieur Big, assujettir l'aveu issu de cette opération à l'approche raisonnée qui régit désormais la preuve par oui-dire ou apprécier la fiabilité de l'aveu avant d'admettre celui-ci en preuve afin de protéger le droit de l'accusé à un procès équitable suivant l'art. 7 et l'al. 11d) de la *Charte*. Au lieu de dégager une solution claire, ces différentes avenues font ressortir la difficulté de notre tâche.

[83] Il nous faut faire preuve de circonspection dans la recherche d'une solution aux problèmes que pose l'opération Monsieur Big. Il va sans dire qu'une telle opération peut devenir abusive et peut déboucher sur un aveu non digne de foi et préjudiciable. Nous devons concevoir un cadre juridique qui protège l'accusé, de même que l'ensemble du système de justice, contre ces risques. D'un autre côté, l'opération n'est pas nécessairement abusive et permet parfois de recueillir de précieux éléments dont l'admission en preuve sert les intérêts de la justice. N'oublions pas que la technique est presque toujours utilisée dans le cas des crimes les plus graves demeurés non résolus. En somme, dans notre recherche d'une solution aux risques que présente l'aveu issu d'une opération Monsieur Big, nous devons nous garder de permettre que les auteurs de crimes graves demeurent impunis.

(a) *Summary of a Proposed Solution*

[84] In this section, I propose a solution that, in my view, strikes the best balance between guarding against the dangers posed by Mr. Big operations, while ensuring the police have the tools they need to investigate serious crime. This solution involves a two-pronged approach that (1) recognizes a new common law rule of evidence, and (2) relies on a more robust conception of the doctrine of abuse of process to deal with the problem of police misconduct.

[85] The first prong recognizes a new common law rule of evidence for assessing the admissibility of these confessions. The rule operates as follows: Where the state recruits an accused into a fictitious criminal organization of its own making and seeks to elicit a confession from him, any confession made by the accused to the state during the operation should be treated as presumptively inadmissible. This presumption of inadmissibility is overcome where the Crown can establish, on a balance of probabilities, that the probative value of the confession outweighs its prejudicial effect. In this context, the confession's probative value turns on an assessment of its reliability. Its prejudicial effect flows from the bad character evidence that must be admitted in order to put the operation and the confession in context. If the Crown is unable to demonstrate that the accused's confession is admissible, the rest of the evidence surrounding the Mr. Big operation becomes irrelevant and thus inadmissible. This rule, like the confessions rule in the case of conventional police interrogations, operates as a specific qualification to the party admissions exception to the hearsay rule.⁵

[86] As regard the second prong, I would rely on the doctrine of abuse of process to deal with the problem of police misconduct. I recognize that

⁵ This rule targets Mr. Big operations in their present form. A change in the way the police use undercover operations to elicit confessions may escape the scope of this rule. However, it is not for this Court to anticipate potential developments in policing. To do so would be speculative. Time will tell whether, in a future case, the principles that underlie this rule warrant extending its application to another context.

a) *Résumé de la solution préconisée*

[84] Dans la présente partie, je propose la solution qui, à mon avis, offre le meilleur équilibre entre la prévention des risques associés à une opération Monsieur Big et la mise à la disposition de la police des moyens nécessaires à ses enquêtes sur des crimes graves. Cette solution suppose une démarche à deux volets qui (1) consacre une nouvelle règle de preuve en common law et (2) repose sur une approche plus vigoureuse de la doctrine de l'abus de procédure pour remédier au problème du comportement répréhensible des policiers.

[85] Le premier volet de la démarche consacre une nouvelle règle de preuve en common law pour déterminer si l'aveu est admissible ou non. En voici la teneur. Lorsque l'État amène une personne à se joindre à une organisation criminelle fictive de son cru et qu'il tente d'obtenir d'elle un aveu, l'aveu alors recueilli est présumé inadmissible. Cette présomption d'inadmissibilité est réfutée si le ministère public prouve, selon la prépondérance des probabilités, que la valeur probante de l'aveu l'emporte sur son effet préjudiciable. Dans ce contexte, la valeur probante de l'aveu tient à sa fiabilité. Son effet préjudiciable découle de la preuve de mauvaise moralité qui doit être admise afin de situer dans leur contexte l'opération et l'aveu obtenu. Si le ministère public n'est pas en mesure de démontrer que l'aveu de l'accusé est admissible, les autres éléments de preuve liés à l'opération Monsieur Big deviennent non pertinents et sont donc inadmissibles. À l'instar de la règle des confessions qui s'applique à l'interrogatoire de police classique, cette règle apporte une restriction spécifique à l'exception à la règle du oui-dire qui vaut pour les déclarations de l'intéressé⁵.

[86] Au deuxième volet, je m'en remets à la doctrine de l'abus de procédure pour résoudre le problème du comportement répréhensible des

⁵ Cette règle vise l'opération Monsieur Big dans sa forme actuelle. La modification de la manière dont la police recourt à une opération clandestine pour obtenir un aveu pourrait écarter l'application de la règle. Or, il n'appartient pas à la Cour de prévoir d'éventuels changements dans les pratiques policières. Ce serait pure conjecture. L'avenir nous dira si les principes qui sous-tendent la règle justifient également son application dans d'autres contextes.

the doctrine has thus far proved less than effective in this context. While the problem is not an easy one, I propose to provide some guidance on how to determine if a Mr. Big operation crosses the line from skillful police work to an abuse of process.

[87] The purposes of this two-pronged approach are to protect an accused's right to a fair trial under the *Charter*, and to preserve the integrity of the justice system. Those are the ends that must ultimately be achieved. This approach strives to reach them by ensuring that only those confessions that are more probative than prejudicial, and which do not result from abuse, are admitted into evidence.

[88] However, it must be remembered that trial judges always retain a discretion to exclude evidence where its admission would compromise trial fairness (see *R. v. Harrer*, [1995] 3 S.C.R. 562). This is because "the general principle that an accused is entitled to a fair trial cannot be entirely reduced to specific rules" (*ibid.*, at para. 23). It is impossible to predict every factual scenario that could present itself. As such, I do not foreclose the possibility that, in an exceptional case, trial fairness may require that a Mr. Big confession be excluded even where the specific rules I have proposed would see the confession admitted.

[89] In practice, this two-pronged approach will necessitate that a *voir dire* be held to determine the admissibility of Mr. Big confessions. The Crown will bear the burden of establishing that, on balance, the probative value of the confession outweighs its prejudicial effect, and it will be for the defence to establish an abuse of process. Trial judges may prefer to begin their analysis by assessing whether there has been an abuse of process. A finding of abuse makes weighing the probative value and prejudicial effect of the evidence unnecessary.

policiers. Je reconnais que, jusqu'à maintenant, la doctrine s'est révélée moins qu'efficace en la matière. Il est vrai que le problème n'est pas simple. Je propose néanmoins de donner certaines indications sur la façon de déterminer si, dans le cadre d'une opération Monsieur Big, la ligne qui sépare le travail judiciaire des policiers de l'abus de procédure a été franchie.

[87] Cette démarche à deux volets vise à protéger le droit à un procès équitable que la *Charte* confère à l'accusé et à préserver l'intégrité du système de justice. Tels sont les objectifs qui doivent être atteints au final. On s'efforce dès lors de faire en sorte que seul soit admis en preuve l'aveu qui se révèle plus probant que préjudiciable et qui ne résulte pas d'un abus.

[88] Il faut toutefois se rappeler que le juge du procès demeure toujours investi d'un pouvoir discrétionnaire qui lui permet d'écarter l'élément de preuve dont l'admission compromettrait l'équité du procès (voir *R. c. Harrer*, [1995] 3 R.C.S. 562). Il en est ainsi parce que « le principe général que l'accusé a droit à un procès équitable ne peut pas être entièrement réduit à certaines règles précises » (*ibid.*, par. 23). Il est impossible de prévoir tous les cas de figure susceptibles de se présenter. Je n'écarter donc pas l'éventualité que, dans un cas exceptionnel, l'équité du procès commande l'exclusion de l'aveu issu d'une opération Monsieur Big même s'il est admissible suivant les règles précises dont je propose l'application en l'espèce.

[89] Dans les faits, la démarche à deux volets nécessitera la tenue d'un *voir-dire* pour déterminer si l'aveu est admissible ou non. Il incombera alors au ministère public d'établir selon la prépondérance des probabilités que la valeur probante de l'aveu l'emporte sur son effet préjudiciable, puis il appartiendra à la défense de prouver l'abus de procédure, s'il y a lieu. Le juge du procès pourra entreprendre son analyse en examinant d'abord s'il y a eu abus de procédure, car une réponse affirmative rendra inutile la mise en balance de la valeur probante et de l'effet préjudiciable.

[90] Against this backdrop, I will now elaborate on the main features of this two-pronged solution.

- (b) *Why Does the Crown Bear the Onus of Establishing That the Probative Value of a Mr. Big Confession Outweighs Its Prejudicial Effect?*

[91] The common law rule of evidence I have proposed creates a presumption that Mr. Big confessions are inadmissible, and places the onus of demonstrating that they ought to be received on the Crown. The onus is justified because of the central role played by the state in creating these confessions. It is the state that designs and implements these operations, expending significant resources and acting as puppeteer in the production of the accused's ultimate confession. The state creates the potent mix of a potentially unreliable confession accompanied by prejudicial character evidence. Given its pivotal role, the state should bear the responsibility of showing that the confession it has orchestrated and produced warrants admission into evidence.

[92] Placing the onus on the Crown also works to address concerns with abusive state conduct. Confronted by the reality that the Crown will ultimately bear the burden of justifying reception of a Mr. Big confession, the state will be strongly encouraged to tread carefully in how it conducts these operations. As I will explain, the conduct of the police is a factor to be taken into account in assessing the reliability of a Mr. Big confession. This creates a strong incentive for the state to conduct these operations with restraint.

[93] The onus has the added benefit of encouraging the creation of a more thorough record of the operation. At present, many of the key interactions between undercover officers and the accused are unrecorded. This is problematic. Where it is logistically feasible and would not jeopardize the operation itself or the safety of the undercover officers, the police would do well to record their conversations with the accused. With the onus of demonstrating reliability placed on the Crown,

[90] C'est sur cette toile de fond que j'analyse maintenant les principales composantes de cette démarche à deux volets.

- b) *Pourquoi incombe-t-il au ministère public d'établir que la valeur probante de l'aveu l'emporte sur son effet préjudiciable?*

[91] Selon la règle de preuve de common law que je propose, l'aveu issu d'une opération Monsieur Big est présumé inadmissible et il appartient au ministère public de démontrer sa recevabilité. La charge se justifie par le rôle central de l'État dans l'obtention de l'aveu. C'est l'État qui conçoit l'opération et qui la met en œuvre, qui y affecte des ressources considérables et qui dirige la mise en scène dont résulte ultimement l'aveu de l'accusé. C'est l'État qui allie aveu susceptible d'être non digne de foi et preuve de moralité préjudiciable à l'accusé. Étant donné son rôle crucial, il semble approprié d'exiger de l'État qu'il démontre la justification d'admettre en preuve l'aveu issu d'une opération de son cru.

[92] Imposer pareille charge au ministère public contribue également à prévenir le risque de comportement abusif de l'État. Puisqu'il incombera en fin de compte à la poursuite de justifier l'admission de l'aveu, l'État sera fortement incité à mener avec circonspection le déroulement de l'opération. Comme je l'explique ci-après, le comportement des policiers constitue un élément à considérer lorsqu'il s'agit de déterminer si l'aveu issu de l'opération Monsieur Big est digne de foi ou non. L'obligation faite au ministère public incite grandement l'État à mener son opération avec mesure.

[93] La charge imposée à la poursuite présente aussi l'avantage de favoriser l'enregistrement systématique des échanges pendant l'opération. À l'heure actuelle, bon nombre des principaux échanges entre les agents et l'accusé ne sont pas enregistrés, ce qui constitue un problème. Lorsque la logistique le permettra sans que soient compromises l'opération ou la sécurité des agents, les forces policières seront bien avisées d'enregistrer leurs conversations avec l'accusé. Vu qu'il appartiendra au ministère public

gaps in the record may undermine the case for admissibility, which will encourage better record keeping.⁶

(c) *How Is Probative Value Assessed?*

[94] Determining whether the probative value of an item of evidence outweighs its prejudicial effect requires engaging in a “cost benefit analysis” (*R. v. Mohan*, [1994] 2 S.C.R. 9, at p. 21). That is, trial judges must assess “whether [the evidence’s] value is worth what it costs” (*ibid.*). The first step in conducting this exercise, then, is to assess the value of the proposed evidence.

[95] How are trial judges to assess the value of evidence? This requires more than asking whether the evidence is logically relevant; it necessitates some weighing of the evidence. After all, probative means “tending to prove an issue” and “questionable evidence will have less of that tendency” (*R. v. McIntyre*, 1993 CanLII 1488 (Ont. C.A.), at p. 2). It would be “artificial” and “self-defeating” for trial judges to ignore defects in the evidence during the assessment of its value (D. M. Paciocco and L. Stuesser, *The Law of Evidence* (6th ed. 2011), at p. 38). Generally, what this weighing exercise requires will vary depending on the specific inferences sought to be drawn from a piece of evidence.

[96] As one example, trial judges are routinely called upon to determine the admissibility of expert evidence. Part of the admissibility inquiry involves taking stock of the probative value of the proposed evidence. This requires weighing the evidence and assessing its reliability:

When one looks to potential probative value, one must consider the reliability of the evidence. Reliability concerns reach not only the subject matter of the evidence, but also the methodology used by the proposed expert in

⁶ It appears that the RCMP have already adopted the practice of recording a substantial number of the interactions between the accused and undercover officers in British Columbia (see W. E. Dawson, “The Use of ‘Mr. Big’ in Undercover Operations”, in *Criminal Law: Special Issues* (2011), Paper 5.2, at p. 5.2.44).

de démontrer la fiabilité de l’aveu, toute lacune du dossier constitué pourra compromettre l’admissibilité de la preuve, ce qui sera de nature à inciter les agents à un surcroît de rigueur⁶.

c) *Comment déterminer la valeur probante?*

[94] Examiner si la valeur probante d’un élément de preuve l’emporte sur son effet préjudiciable suppose une « analyse du coût et des bénéfices » (*R. c. Mohan*, [1994] 2 R.C.S. 9, p. 21). Ainsi, le juge du procès doit déterminer « si la valeur [de la preuve] en vaut le coût » (*ibid.*). La première étape consiste donc à apprécier l’élément de preuve proposé.

[95] Comment le juge doit-il déterminer la valeur de la preuve? Il ne suffit pas qu’il se demande si la preuve est logiquement pertinente; il lui faut la soupeser quelque peu. Après tout, est « probant » ce [TRADUCTION] « qui tend à prouver un point, ce que peine à faire le témoignage douteux » (*R. c. McIntyre*, 1993 CanLII 1488 (C.A. Ont.), p. 2). Il serait [TRADUCTION] « futile » et « contraire au but recherché » de faire abstraction des failles de la preuve pour se prononcer sur sa valeur probante (D. M. Paciocco et L. Stuesser, *The Law of Evidence* (6^e éd. 2011), p. 38). De façon générale, les exigences de cette entreprise d’appréciation varieront en fonction des conclusions spécifiques que l’on cherchera à tirer d’un élément de preuve.

[96] À titre d’exemple, le juge du procès est couramment appelé à statuer sur l’admissibilité du témoignage d’un expert, ce qui suppose entre autres qu’il s’intéresse à la valeur probante de l’élément en cause, une démarche qui, elle, requiert de soupeser cet élément et d’apprécier sa fiabilité :

[TRADUCTION] Lorsqu’on se penche sur la valeur probante éventuelle, il faut examiner la fiabilité de la preuve. Le souci de fiabilité s’attache non seulement à l’objet de la preuve, mais aussi à la méthode employée

⁶ Il semble que, en Colombie-Britannique, la GRC ait déjà pour pratique d’enregistrer une partie importante des échanges entre l’accusé et les agents (voir W. E. Dawson, « The Use of “Mr. Big” in Undercover Operations », dans *Criminal Law : Special Issues* (2011), Paper 5.2, p. 5.2.44).

arriving at his or her opinion, the expert's expertise and the extent to which the expert is shown to be impartial and objective.

(*R. v. Abbey*, 2009 ONCA 624, 97 O.R. (3d) 330, at para. 87, *per* Doherty J.A.)

[97] Similarly, in *R. v. Humaid* (2006), 81 O.R. (3d) 456 (C.A.), Doherty J.A. held that otherwise admissible hearsay evidence may be excluded on the basis that its prejudicial effect outweighs its probative value. This can occur in circumstances where “the credibility or reliability of the narrator of the out-of-court statement is so deficient that it robs the out-of-court statement of any potential probative value” (para. 57). This Court endorsed that approach in *R. v. Blackman*, 2008 SCC 37, [2008] 2 S.C.R. 298, at para. 51.

[98] Undoubtedly, weighing evidence in this way thrusts trial judges into a domain that is typically reserved for the jury. The jury, as the trier of fact, is ultimately responsible for weighing evidence and drawing conclusions from it. The overlap of roles cannot be avoided, but this is not problematic as long as the respective functions of the trial judge, as gatekeeper, and the jury, as finder of fact, are fundamentally respected. In conducting this weighing exercise, the trial judge is only deciding the threshold question of “whether the evidence is worthy of being heard by the jury” and not “the ultimate question of whether the evidence should be accepted and acted upon” (*Abbey*, at para. 89; see also Paciocco and Stuesser, at p. 38).

[99] Returning to Mr. Big confessions, their probative value derives from their reliability. A confession provides powerful evidence of guilt, but only if it is true. A confession of questionable reliability carries less probative force, and in deciding whether the probative value of a Mr. Big confession outweighs the prejudicial effect of the character evidence that accompanies it, trial judges must examine its reliability.

pour parvenir à la conclusion et à l'expertise de l'expert proposé, ainsi qu'à l'impartialité et à l'objectivité démontrées de ce dernier.

(*R. c. Abbey*, 2009 ONCA 624, 97 O.R. (3d) 330, par. 87, le juge Doherty)

[97] De même, dans *R. c. Humaid* (2006), 81 O.R. (3d) 456 (C.A.), le juge Doherty statue qu'une preuve par oui-dire par ailleurs admissible peut être exclue au motif que son effet préjudiciable l'emporte sur sa valeur probante. Tel peut être le cas lorsque [TRADUCTION] « la fiabilité de la personne qui relate la déclaration extrajudiciaire est si faible qu'elle enlève toute valeur probante éventuelle à celle-ci » (par. 57). Notre Cour adhère à ce point de vue dans l'arrêt *R. c. Blackman*, 2008 CSC 37, [2008] 2 R.C.S. 298, par. 51.

[98] À n'en pas douter, le juge qui soupèse ainsi la preuve s'immisce dans un domaine habituellement réservé au jury. Il appartient ultimement aux jurés, en qualité de juges des faits, de soupeser la preuve et d'en tirer des conclusions. Le chevauchement des fonctions ne peut être évité, mais il n'est pas problématique dans la mesure où l'on respecte fondamentalement les fonctions dévolues au juge du procès en tant que gardien et celles dévolues au jury en tant que juge des faits. Lorsqu'il se livre à cette entreprise de soupècement, le juge ne tranche que la question préliminaire qui consiste à déterminer [TRADUCTION] « si la preuve vaut d'être entendue par le jury », et non « la question ultime de savoir s'il y a lieu d'ajouter foi à la preuve et d'y donner effet » (*Abbey*, par. 89; voir aussi Paciocco et Stuesser, p. 38).

[99] Pour revenir à l'aveu issu d'une opération Monsieur Big, rappelons que sa valeur probante découle de sa fiabilité. Un aveu constitue une preuve convaincante de culpabilité, à condition qu'il soit avéré. L'aveu dont la fiabilité peut être mise en doute a une valeur probante moindre, et pour déterminer si la valeur probante de l'aveu issu d'une opération Monsieur Big l'emporte sur l'effet préjudiciable de la preuve de moralité dont il se double, le juge du procès doit s'assurer de sa fiabilité.

[100] What factors are relevant in assessing the reliability of a Mr. Big confession? A parallel can perhaps be drawn between the assessment of “threshold reliability” that occurs under the principled approach to hearsay. Under the principled approach, hearsay becomes admissible where it is both necessary and reliable. Reliability can generally be established in one of two ways: by showing that the statement is trustworthy, or by establishing that its reliability can be sufficiently tested at trial (*R. v. Khelawon*, 2006 SCC 57, [2006] 2 S.C.R. 787, at paras. 61-63). The latter route to reliability is often met through an opportunity to cross-examine the hearsay declarant, but this has no application in the present context because the accused is not a compellable witness.

[101] However, the factors used to demonstrate the trustworthiness of a hearsay statement are apposite. In assessing the trustworthiness of a hearsay statement, courts look to the circumstances in which the statement was made, and whether there is any confirmatory evidence (*Khelawon*, at paras. 62 and 100).

[102] Confessions derive their persuasive force from the fact that they are against the accused’s self-interest. People do not normally confess to crimes they have not committed (*Hodgson*, at para. 60). But the circumstances in which Mr. Big confessions are elicited can undermine that supposition. Thus, the first step in assessing the reliability of a Mr. Big confession is to examine those circumstances and assess the extent to which they call into question the reliability of the confession. These circumstances include — but are not strictly limited to — the length of the operation, the number of interactions between the police and the accused, the nature of the relationship between the undercover officers and the accused, the nature and extent of the inducements offered, the presence of any threats, the conduct of the interrogation itself, and the personality of the accused, including his or her age, sophistication, and mental health.

[100] Quels sont les éléments à considérer dans l’appréciation de la fiabilité de l’aveu issu d’une opération Monsieur Big? Il est sans doute possible d’établir un parallèle avec la détermination du « seuil de fiabilité » dans le cadre de l’approche raisonnée qui s’applique en matière de ouï-dire. Suivant cette approche, le ouï-dire est admissible s’il est à la fois nécessaire et fiable. La fiabilité peut généralement être établie de deux manières : démontrer que la déclaration est digne de foi ou que cette fiabilité peut être suffisamment vérifiée au procès (*R. c. Khelawon*, 2006 CSC 57, [2006] 2 R.C.S. 787, par. 61-63). Dans ce dernier cas, la vérification s’entend souvent de la possibilité de contre-interroger l’auteur de la déclaration au procès, ce qui n’est pas possible dans le cas considéré en l’espèce puisque l’accusé n’est pas un témoin contraignable.

[101] Cependant, les éléments considérés pour démontrer qu’une déclaration relatée est fiable sont pertinents. Apprécier la fiabilité d’une déclaration relatée exige du tribunal qu’il examine les circonstances de la déclaration et recherche une preuve de corroboration (*Khelawon*, par. 62 et 100).

[102] Le caractère persuasif de l’aveu tient au fait qu’il va à l’encontre de l’intérêt de l’accusé. Les gens n’avouent habituellement pas des crimes qu’ils n’ont pas commis (*Hodgson*, par. 60). Or, les circonstances dans lesquelles l’aveu est obtenu lors d’une opération Monsieur Big peuvent réfuter cette affirmation. Dès lors, pour savoir si l’aveu est digne de foi, il faut d’abord se pencher sur ces circonstances et déterminer dans quelle mesure elles mettent en doute la fiabilité de l’aveu. Au nombre de ces circonstances, mentionnons la durée de l’opération, le nombre d’interactions entre les policiers et l’accusé, la nature de la relation qui s’est tissée entre les agents et l’accusé, la nature des incitations et leur importance, le recours à des menaces, la conduite de l’interrogatoire, ainsi que la personnalité de l’accusé, y compris son âge, ses connaissances et son état de santé mentale.

[103] Special note should be taken of the mental health and age of the accused. In the United States, where empirical data on false confessions is more plentiful, researchers have found that those with mental illnesses or disabilities, and youth, present a much greater risk of falsely confessing (Garrett, at p. 1064).⁷ A confession arising from a Mr. Big operation that comes from a young person or someone suffering from a mental illness or disability will raise greater reliability concerns.

[104] In listing these factors, I do not mean to suggest that trial judges are to consider them mechanically and check a box when they apply. That is not the purpose of the exercise. Instead, trial judges must examine all the circumstances leading to and surrounding the making of the confession — with these factors in mind — and assess whether and to what extent the reliability of the confession is called into doubt.

[105] After considering the circumstances in which the confession was made, the court should look to the confession itself for markers of reliability. Trial judges should consider the level of detail contained in the confession, whether it leads to the discovery of additional evidence, whether it identifies any elements of the crime that had not been made public (e.g., the murder weapon), or whether it accurately describes mundane details of the crime the accused would not likely have known had he not committed it (e.g., the presence or absence of particular objects at the crime scene). Confirmatory evidence is not a hard and fast requirement, but where it exists, it can provide a powerful guarantee of reliability. The greater the concerns raised by the circumstances in which the confession was made, the more important it will be to find markers of reliability in the confession itself or the surrounding evidence.

⁷ This study relates to incidents of false confessions arising from conventional police interrogations. In my view, the groups of people that present the greatest danger of falsely confessing during conventional interrogations warrant enhanced scrutiny in the context of Mr. Big operations.

[103] Il convient de porter une attention spéciale à l'état de santé mentale de l'accusé et à son âge. Aux États-Unis, où les données empiriques sur le sujet sont plus abondantes qu'au pays, des chercheurs ont découvert que les personnes atteintes d'une maladie ou d'une déficience mentale, et les jeunes, sont beaucoup plus susceptibles de faire de faux aveux (Garrett, p. 1064)⁷. L'aveu qu'une personne jeune ou atteinte de maladie ou de déficience mentale fait dans le cadre d'une opération Monsieur Big comporte un risque accru de non-fiabilité.

[104] Bien que j'énumère ces éléments, le juge du procès n'est pas tenu de les examiner l'un après l'autre et d'indiquer s'ils s'appliquent ou non. Tel n'est pas l'objectif. Il doit plutôt considérer l'ensemble des circonstances qui ont mené à l'aveu et celles dans lesquelles celui-ci a été fait — en gardant ces éléments présents à son esprit — et déterminer dans quelle mesure il y a lieu, le cas échéant, de douter de sa fiabilité.

[105] Après examen des circonstances, le juge doit rechercher dans l'aveu même des indices de sa fiabilité. Il doit tenir compte de la mesure dans laquelle l'aveu est détaillé, du fait qu'il mène ou non à la découverte d'autres éléments de preuve, de la mention de modalités du crime non révélées au public (p. ex., l'arme du crime) ou du fait qu'il décrit fidèlement ou non certaines données anodines que l'accusé n'aurait pas connues s'il n'avait pas commis le crime (p. ex., la présence ou l'absence d'objets particuliers sur le lieu du crime). Une preuve de corroboration n'est pas absolument nécessaire, mais lorsqu'elle existe, elle peut offrir une solide garantie de fiabilité. Plus les circonstances de l'aveu soulèvent des doutes, plus il importe de trouver des indices de fiabilité dans l'aveu même ou dans l'ensemble de la preuve.

⁷ Cette étude porte sur de faux aveux obtenus lors d'interrogatoires de police habituels. À mon avis, les aveux des personnes les plus susceptibles d'avouer faussement un crime lors de tels interrogatoires devraient faire l'objet d'une attention accrue lorsqu'ils sont obtenus dans le contexte d'une opération Monsieur Big.

(d) *How Is Prejudicial Effect Measured?*

[106] Weighing the prejudicial effect of a Mr. Big confession is a more straightforward and familiar exercise. Trial judges must be aware of the dangers presented by these confessions. Admitting these confessions raises the spectre of moral and reasoning prejudice. Commencing with moral prejudice, the jury learns that the accused wanted to join a criminal organization and committed a host of “simulated crimes” that he believed were real. In the end, the accused is forced to argue to the jury that he lied to Mr. Big when he boasted about committing a very serious crime because his desire to join the gang was so strong. Moral prejudice may increase with operations that involve the accused in simulated crimes of violence, or that demonstrate the accused has a past history of violence.⁸ As for reasoning prejudice — defined as the risk that the jury’s focus will be distracted away from the charges before the court — it too can pose a problem depending on the length of the operation, the amount of time that must be spent detailing it, and any controversy as to whether a particular event or conversation occurred.

[107] On the other hand, the risk of prejudice can be mitigated by excluding certain pieces of particularly prejudicial evidence that are unessential to the narrative. Moreover, trial judges must bear in mind that limiting instructions to the jury may be capable of attenuating the prejudicial effect of this evidence.

⁸ For example, in *R. v. Bonisteel*, 2008 BCCA 344, 259 B.C.A.C. 114, admitting the accused’s confession to Mr. Big also required admitting evidence that the accused had committed two unrelated, violent sexual assaults. This evidence had to be admitted because it was “inextricably interwoven with the undercover confession” (para. 29). Obviously, this sort of evidence increases the moral prejudice that accompanies an accused’s confession.

d) *Comment déterminer l’effet préjudiciable?*

[106] Apprécier l’effet préjudiciable de l’aveu issu d’une opération Monsieur Big constitue une entreprise relativement simple et plutôt familière. Le juge du procès doit être conscient du risque que l’admission de l’aveu inflige un préjudice moral ou un préjudice par raisonnement. En ce qui concerne le préjudice moral, le jury apprendra que l’accusé a voulu faire partie d’une organisation criminelle et qu’il a commis nombre de « crimes simulés » qu’il croyait réels. Au bout du compte, l’accusé n’aura d’autre choix que de convaincre le jury qu’il a menti à Monsieur Big lorsqu’il s’est vanté de la perpétration d’un crime très grave parce qu’il souhaitait ardemment se joindre au gang. La gravité du préjudice moral pourra s’accroître dans le cas d’une opération où l’accusé aura participé à des crimes violents simulés ou qui aura révélé que l’accusé avait des antécédents de violence⁸. En ce qui a trait au préjudice par raisonnement, à savoir le risque que le jury ne s’en tienne pas aux accusations sur lesquelles il doit se prononcer, un problème pourra également se poser selon la durée de l’opération et le temps requis pour en donner le détail, et selon que les parties conviennent ou non de l’existence d’un événement ou d’une conversation en particulier.

[107] En revanche, il est possible d’atténuer le risque de préjudice par l’exclusion de certains éléments de preuve particulièrement préjudiciables qui ne sont pas essentiels au récit des faits. De plus, le juge du procès doit se rappeler que la communication de directives restrictives au jury peut atténuer l’effet préjudiciable de ces éléments de preuve.

⁸ Par exemple, dans l’affaire *R. c. Bonisteel*, 2008 BCCA 344, 259 B.C.A.C. 114, l’admission de l’aveu de l’accusé à Monsieur Big exigeait en outre l’admission de la preuve selon laquelle l’accusé avait commis deux agressions sexuelles avec violence sans rapport avec l’accusation. Cette preuve devait être admise parce qu’elle était [TRADUCTION] « inextricablement liée à l’aveu obtenu dans le cadre de l’opération policière » (par. 29). De toute évidence, ce genre de preuve accroît le préjudice moral que l’admission de l’aveu inflige à l’accusé.

(e) *How Are Probative Value and Prejudicial Effect Compared?*

[108] In the end, trial judges must weigh the probative value and the prejudicial effect of the confession at issue and decide whether the Crown has met its burden. In practice, the potential for prejudice is a fairly constant variable in this context. Mr. Big operations are cut from the same cloth, and the concerns about prejudice are likely to be similar from case to case. As a result, trial judges will expend much of their analytical energy assessing the reliability of the confessions these operations generate.

[109] Determining when the probative value of a Mr. Big confession surpasses its potential for prejudice will never be an exact science. As Justice Binnie observed in *Handy*, probative value and prejudicial effect are two variables which “do not operate on the same plane” (para. 148). Probative value is concerned with “proof of an issue”, while prejudicial effect is concerned with “the fairness of the trial” (*ibid.*). To be sure, there will be easy cases at the margins. But more common will be the difficult cases that fall in between. In such cases, trial judges will have to lean on their judicial experience to decide whether the value of a confession exceeds its cost.

[110] Despite the inexactness of the exercise, it is one for which our trial judges are well prepared. Trial judges routinely weigh the probative value and prejudicial effect of evidence. And as mentioned, they are already asked to examine the reliability of evidence in a number of different contexts, as well as the prejudicial effect of bad character evidence. They are well positioned to do the same here. Because trial judges, after assessing the evidence before them, are in the best position to weigh the probative value and prejudicial effect of the evidence, their decision to admit or exclude a Mr. Big confession will be afforded deference on appeal.

e) *Comment soupeser valeur probante et effet préjudiciable?*

[108] Enfin, le juge du procès doit mettre en balance la valeur probante de l’aveu et son effet préjudiciable, puis déterminer si le ministère public s’est acquitté de sa charge de preuve. En réalité, le risque de préjudice est une donnée assez constante dans le contexte considéré. Les opérations Monsieur Big se ressemblent toutes, et les craintes d’effet préjudiciable s’apparentent d’une affaire à l’autre. C’est pourquoi une grande partie de l’analyse du juge du procès portera sur la fiabilité de l’aveu.

[109] Déterminer si la valeur probante de l’aveu issu d’une opération Monsieur Big l’emporte sur son effet préjudiciable éventuel ne relève jamais de la science exacte. Comme le fait observer le juge Binnie dans l’arrêt *Handy*, valeur probante et effet préjudiciable sont deux variables qui « ne jouent pas sur le même plan » (par. 148). La première a trait à la « preuve d’une question », alors que la seconde concerne « l’équité du procès » (*ibid.*). Il y aura assurément à chacune des extrémités du spectre des cas dans lesquels il sera facile de trancher. Or, les cas difficiles, ceux qui se situeront entre les deux pôles, seront plus courants. Le juge du procès devra alors mettre son expérience à contribution pour décider si la valeur de l’aveu l’emporte ou non sur le coût de son obtention.

[110] Même si l’entreprise ne relève pas de la science exacte, le juge du procès y est bien préparé, car il est couramment appelé à soupeser la valeur probante de la preuve et son effet préjudiciable. Rappelons qu’il doit déjà se pencher sur la fiabilité d’éléments de preuve dans nombre de contextes différents, ainsi que sur l’effet préjudiciable d’une preuve de mauvaise moralité. Il est bien placé pour faire de même dans le contexte considéré en l’espèce. Étant donné que, après examen de la preuve, le juge du procès est le plus à même d’en déterminer la valeur probante et l’effet préjudiciable, le tribunal d’appel devra faire preuve de déférence à l’égard de sa décision d’admettre ou non l’aveu issu d’une opération Monsieur Big.

(f) *What Is the Role of the Doctrine of Abuse of Process?*

[111] The rule of evidence I have proposed goes a long way toward addressing all three of the concerns raised by Mr. Big operations. It squarely tackles the problems they raise with reliability and prejudice. And it takes significant account of the concern regarding police misconduct both by placing the admissibility onus on the Crown, and by factoring the conduct of the police into the assessment of a Mr. Big confession's probative value.

[112] I should not, however, be taken as suggesting that police misconduct will be forgiven so long as a demonstrably reliable confession is ultimately secured. That state of affairs would be unacceptable, as this Court has long recognized that there are "inherent limits" on the power of the state to "manipulate people and events for the purpose of . . . obtaining convictions" (*R. v. Mack*, [1988] 2 S.C.R. 903, at p. 941).

[113] In my view, this is where the doctrine of abuse of process must serve its purpose. After all, the doctrine is intended to guard against state conduct that society finds unacceptable, and which threatens the integrity of the justice system (*R. v. Babos*, 2014 SCC 16, [2014] 1 S.C.R. 309, at para. 35). Moreover, the doctrine provides trial judges with a wide discretion to issue a remedy — including the exclusion of evidence or a stay of proceedings — where doing so is necessary to preserve the integrity of the justice system or the fairness of the trial (*ibid.*, at para. 32). The onus lies on the accused to establish that an abuse of process has occurred.

[114] I acknowledge that, thus far, the doctrine has provided little protection in the context of Mr. Big operations. This may be due in part to this Court's decision in *R. v. Fliss*, 2002 SCC 16, [2002] 1 S.C.R. 535, where Binnie J., writing for the

f) *Quelle est la fonction de la doctrine de l'abus de procédure?*

[111] La règle de preuve dont je préconise l'application résout en grande partie les difficultés que soulève l'opération Monsieur Big au regard des trois considérations déjà mentionnées. Elle s'attaque sans détour aux problèmes que présente l'opération sur les plans de la fiabilité de l'aveu et du préjudice infligé par son admission. Elle tient aussi grandement compte du souci lié au comportement répréhensible des policiers par l'obligation qu'elle fait au ministère public de démontrer l'admissibilité de l'aveu et par l'attention qu'elle porte au comportement policier pour déterminer la valeur probante de l'aveu.

[112] Je ne laisse cependant pas entendre que le comportement répréhensible des policiers sera toléré si un aveu dont on peut démontrer qu'il est digne de foi est finalement obtenu. Pareil résultat serait inacceptable, car notre Cour reconnaît depuis longtemps l'existence de « bornes inhérentes » au pouvoir de l'État de « manipuler les gens et les événements dans le but d'[...] obtenir des déclarations de culpabilité » (*R. c. Mack*, [1988] 2 R.C.S. 903, p. 941).

[113] J'estime que la doctrine de l'abus de procédure doit alors entrer en jeu. Après tout, sa raison d'être est de protéger le citoyen contre le comportement de l'État que la société juge inacceptable et qui compromet l'intégrité du système de justice (*R. c. Babos*, 2014 CSC 16, [2014] 1 R.C.S. 309, par. 35). Qui plus est, la doctrine confère au juge du procès un grand pouvoir discrétionnaire pour accorder réparation, y compris l'exclusion de la preuve et l'arrêt des procédures, lorsque cela s'impose pour préserver l'intégrité du système de justice ou l'équité du procès (*ibid.*, par. 32). Il appartient à l'accusé de prouver l'abus de procédure.

[114] Je reconnais que, à ce jour, la doctrine a offert bien peu de protection dans le contexte des opérations Monsieur Big. C'est peut-être en partie à cause de l'arrêt *R. c. Fliss*, 2002 CSC 16, [2002] 1 R.C.S. 535, où le juge Binnie, au nom des juges

majority, described the Mr. Big technique as “skillful police work” (para. 21). But the solution, in my view, is to reinvigorate the doctrine in this context, not to search for an alternative framework to guard against the very same problem. The first step toward restoring the doctrine as an effective guard against police misconduct in this context is to remind trial judges that these operations can become abusive, and that they must carefully scrutinize how the police conduct them.

[115] It is of course impossible to set out a precise formula for determining when a Mr. Big operation will become abusive. These operations are too varied for a bright-line rule to apply. But there is one guideline that can be suggested. Mr. Big operations are designed to induce confessions. The mere presence of inducements is not problematic (*Oickle*, at para. 57). But police conduct, including inducements and threats, becomes problematic in this context when it approximates coercion. In conducting these operations, the police cannot be permitted to overcome the will of the accused and coerce a confession. This would almost certainly amount to an abuse of process.

[116] Physical violence or threats of violence provide examples of coercive police tactics. A confession derived from physical violence or threats of violence against an accused will not be admissible — no matter how reliable — because this, quite simply, is something the community will not tolerate (see, e.g., *R. v. Singh*, 2013 ONCA 750, 118 O.R. (3d) 253).

[117] Violence and threats of violence are two forms of unacceptable coercion. But Mr. Big operations can become coercive in other ways as well. Operations that prey on an accused’s vulnerabilities — like mental health problems, substance addictions, or youthfulness — are also highly problematic (see *Mack*, at p. 963). Taking advantage of these vulnerabilities threatens trial fairness and the integrity of the justice system. As this Court has

majoritaires de la Cour, voit dans la technique Monsieur Big une manifestation du « travail habile des policiers » (par. 21). Or, la solution réside à mon avis dans un nouvel essor donné à l’application de la doctrine dans ce contexte, et non dans l’établissement d’un nouveau cadre d’analyse pour contrer le même problème. La première étape de la redynamisation de la doctrine comme rempart efficace contre l’abus policier est de rappeler aux juges qu’une opération Monsieur Big peut devenir abusive et qu’ils doivent examiner attentivement la manière donc les policiers l’ont menée.

[115] Il est évidemment impossible de recourir à une formule précise pour déterminer à quel moment une opération Monsieur Big devient abusive. Les opérations menées sont trop différentes les unes des autres pour qu’une frontière nette se dessine, mais une ligne directrice peut être avancée. L’opération vise l’obtention d’aveux. Le seul fait de recourir à des incitations n’est pas condamnable (*Oickle*, par. 57). Or, le comportement des policiers, y compris leurs incitations et leurs menaces, devient problématique lorsqu’il s’apparente à l’exercice d’une contrainte. Les policiers qui mènent une telle opération ne sauraient être autorisés à venir à bout de la volonté de l’accusé et à contraindre ainsi ce dernier à avouer. Cela équivaudrait presque assurément à un abus de procédure.

[116] La violence physique ou la menace de violence constituent des exemples de tactique policière coercitive. L’aveu obtenu grâce à la violence physique ou à la menace de violence contre l’accusé n’est pas admissible, peu importe qu’il soit digne de foi ou non, car il résulte bien évidemment du recours à un moyen que la collectivité ne saurait tolérer (voir p. ex. *R. c. Singh*, 2013 ONCA 750, 118 O.R. (3d) 253).

[117] La violence et la menace d’y recourir constituent deux formes de contrainte inadmissible. Toutefois, une opération Monsieur Big peut aussi devenir coercitive sous d’autres rapports. Celle qui mise sur les points vulnérables de l’accusé — tels ses problèmes de santé mentale, sa toxicomanie ou sa jeunesse — fait aussi sérieusement problème (voir *Mack*, p. 963). Exploiter ces points vulnérables compromet l’équité du procès et l’intégrité

said on many occasions, misconduct that offends the community's sense of fair play and decency will amount to an abuse of process and warrant the exclusion of the statement.

[118] While coercion is an important factor to consider, I do not foreclose the possibility that Mr. Big operations can become abusive in other ways. The factors that I have outlined, while not identical, are similar to those outlined in *Mack*, with which trial judges are well-familiar (p. 966). At the end of the day, there is only so much guidance that can be provided. Our trial judges have long been entrusted with the task of identifying abuses of process and I have no reason to doubt their ability to do the same in this context.

(g) *Why Use This Two-Pronged Approach?*

[119] As we have seen, Mr. Big operations raise three interrelated concerns — reliability, prejudice, and police misconduct. I have proposed two separate tests that, taken together, address all three.

[120] The reason for this lies in the analytically distinct problems that the three concerns raise. Reliability and prejudice are fundamentally evidentiary issues. They are concerned with the quality of the evidence these operations produce. Indeed, they do not emerge as problems at all until a Mr. Big confession is admitted at trial. The concern that the police may engage in misconduct, by contrast, is focused on the behaviour of the state in eliciting the evidence. To be sure, there is significant overlap between the concerns. Police misconduct is more likely to produce an unreliable confession. But the overlap is not perfect. For example, a confession elicited during a Mr. Big operation where there has been no misconduct may still turn out to be unreliable and prejudicial. Similarly, a confession that *is* the product of misconduct may turn out to

du système de justice. La Cour a maintes fois rappelé que le comportement répréhensible qui heurte le sens du franc-jeu et de la décence qu'a la société équivaut à un abus de procédure et justifie l'exclusion de la déclaration obtenue.

[118] Même si la contrainte constitue un élément déterminant, je n'écarte pas la possibilité qu'une opération Monsieur Big puisse être abusive pour d'autres raisons. Les éléments dont je fais état précédemment ne sont pas identiques à ceux énoncés dans *Mack* et que connaissent bien les juges de première instance, mais ils s'y apparentent (p. 966). En fin de compte, bien peu de balises peuvent être posées. Le juge du procès se voit depuis longtemps confier la tâche de relever les abus de procédure qui compromettent l'équité des procès ou l'intégrité du système de justice, et je n'ai aucune raison de douter de son aptitude à s'acquitter de cette tâche dans le contexte considéré en l'espèce.

g) *Pourquoi recourir à cette démarche à deux volets?*

[119] Nous avons vu que les opérations Monsieur Big posent problème au regard de trois considérations connexes — la fiabilité, l'effet préjudiciable et le comportement répréhensible des policiers. Je propose deux tests distincts qui, ensemble, remédient à tous ces problèmes.

[120] La raison en est que des difficultés d'ordre analytique distinctes sous-tendent les trois considérations. La fiabilité et l'effet préjudiciable ont fondamentalement trait à la preuve. Ils s'attachent à la qualité de la preuve qui résulte de l'opération. En fait, ils ne deviennent problématiques qu'au procès au moment d'admettre l'aveu en preuve. En revanche, le comportement répréhensible des policiers intéresse les actes accomplis par l'État pour obtenir l'aveu. Certes, il existe un chevauchement important entre les trois considérations. Le comportement répréhensible des policiers accroît le risque d'un aveu non digne de foi. Or, le chevauchement n'est pas parfait. Par exemple, il peut arriver que l'aveu issu d'une opération exempte de tout comportement répréhensible soit quand même non digne de foi et préjudiciable.

be reliable. Thus, in order to take complete account of both issues, two legal tools are required — one that looks directly at the evidence, and one that serves as a check on the conduct of the police.

[121] I have turned to a common law rule of evidence to address the concerns these confessions raise with reliability and prejudice. Without question, unreliable and prejudicial evidence implicate rights under the *Charter*, including the right to a fair trial and the presumption of innocence. But our common law rules of evidence are, and must be, capable of protecting the constitutional rights of the accused. It is axiomatic that the common law must be developed in a manner consistent with the fundamental values enshrined in the *Charter* (see *RWDSU v. Dolphin Delivery Ltd.*, [1986] 2 S.C.R. 573, at p. 603). Our rules of evidence have embraced this constitutional imperative and have evolved into principled, flexible tools that are “highly sensitive to the due process interests of the accused” (D. Paciocco, “Charter Tracks: Twenty-Five Years of Constitutional Influence on the Criminal Trial Process and Rules of Evidence” (2008), 40 *S.C.L.R.* (2d) 309, at p. 311). The common law rule of evidence I have proposed fits comfortably with this Court’s approach in the post-*Charter* era.

[122] To deal with the concern regarding police misconduct, I have turned to the doctrine of abuse of process. Doing so makes good sense because, as mentioned, the doctrine is intended to guard against state misconduct that threatens the integrity of the justice system and the fairness of trials. Moreover, a form of abuse of process has long provided a residual protection against unfair police tactics in the context of conventional police interrogations (see *Oickle*, at paras. 65-67; *Rothman v. The Queen*, [1981] 1 S.C.R. 640, at p. 697). The doctrine is therefore well suited to providing a check against police misconduct in this context.

De même, l’aveu qui *résulte* d’un comportement répréhensible peut se révéler digne de foi. Ainsi, afin de bien tenir compte des deux volets, deux instruments juridiques s’imposent, un qui s’intéresse directement à la preuve, l’autre qui permet de contrôler le comportement policier.

[121] Je m’en remets à une règle de preuve de common law pour résoudre les problèmes de fiabilité et d’effet préjudiciable que pose l’aveu. La preuve non digne de foi et préjudiciable met assurément en jeu des droits garantis par la *Charte*, notamment ceux à un procès équitable et à la présomption d’innocence. Cependant, en common law, les règles de preuve peuvent — et doivent pouvoir — protéger les droits constitutionnels de l’accusé. Il va de soi que la common law doit évoluer dans le respect des valeurs fondamentales consacrées par la *Charte* (voir *SDGMR c. Dolphin Delivery Ltd.*, [1986] 2 R.C.S. 573, p. 603). Nos règles de preuve ont intégré cet impératif constitutionnel pour devenir des instruments souples et raisonnés [TRADUCTION] « très soucieux du droit de l’accusé à l’application régulière de la loi » (D. Paciocco, « Charter Tracks : Twenty-Five Years of Constitutional Influence on the Criminal Trial Process and Rules of Evidence » (2008), 40 *S.C.L.R.* (2d) 309, p. 311). La règle de preuve de common law que je propose s’inscrit bien dans la démarche de la Cour postérieure à l’adoption de la *Charte*.

[122] S’agissant du comportement répréhensible des policiers, je m’en remets à la doctrine de l’abus de procédure, ce qui est logique car, je le rappelle, celle-ci vise à prévenir le comportement répréhensible de l’État qui compromet l’intégrité du système de justice et l’équité du procès. Qui plus est, une notion d’abus de procédure offre depuis longtemps une protection résiduelle contre les tactiques déloyales auxquelles peut recourir la police lors d’un interrogatoire habituel (voir *Oickle*, par. 65-67; *Rothman c. La Reine*, [1981] 1 R.C.S. 640, p. 697). L’application de la doctrine convient donc lorsqu’il s’agit de réfréner le comportement policier répréhensible dans le contexte considéré en l’espèce.

[123] The two-pronged approach I have articulated is also consistent with the demands of the principle against self-incrimination. The principle against self-incrimination has two purposes: protecting against abusive state conduct, and guarding against unreliable confessions (*Hebert*, at p. 175; *R. v. Jones*, [1994] 2 S.C.R. 229, at p. 250). These protections flow from “the value placed by Canadian society upon individual privacy, personal autonomy and dignity” (*White*, at para. 43). However, the principle does not act as a free-standing legal protection. Rather, the principle is a “general organizing principle of criminal law from which particular rules can be derived” (*Jones*, at p. 249). Where its underlying rationale suggests that legal protection is needed in a specific context, but the law provides for none, the principle can be used to fashion a “contextually-sensitive” new rule to address the gap in the law (*White*, at para. 45).⁹ In my view, the common law rule of evidence I have proposed acts, along with the abuse doctrine, as yet another specific legal protection that derives from the general principle and its underlying rationale.

[124] Unlike my colleague Karakatsanis J., I would not respond to the concerns Mr. Big confessions raise by subjecting them to an assessment under the framework developed by this Court in *White*. It is true that the *White* test was used to determine whether admitting a class of statements made by an accused under statutory compulsion would offend the principle against self-incrimination.¹⁰ But *White* did not transform the principle against self-incrimination from a general organizing principle into a freestanding legal rule. To the contrary, the

⁹ See, e.g., *R. v. S. (R.J.)*, [1995] 1 S.C.R. 451, where this Court recognized that witnesses enjoy a protection against the use of “derivative evidence” discovered as a result of their compelled testimony (at paras. 165-202), and *British Columbia Securities Commission v. Branch*, [1995] 2 S.C.R. 3, where this Court recognized that a witness ought to be exempted from a compulsion to testify where the witness can establish that the state’s predominant purpose for compelling his testimony is to seek incriminating evidence against him (paras. 5-12).

¹⁰ Four factors were used to decide whether the principle had been breached: (1) the existence of coercion; (2) the existence of an adversarial relationship between the accused and the state; (3) the prospect that an unreliable confession would be given; and (4) a concern that admitting the statement would increase the likelihood of abusive conduct by the state.

[123] La démarche à deux volets que je propose répond aussi aux exigences du principe interdisant l’auto-incrimination, un principe qui vise la protection contre deux choses : les abus de pouvoir de l’État et les aveux non dignes de foi (*Hebert*, p. 175; *R. c. Jones*, [1994] 2 R.C.S. 229, p. 250). Ces protections traduisent « la valeur qu’attribue la société canadienne à la vie privée, à l’autonomie personnelle et à la dignité » (*White*, par. 43). Ce principe ne tient cependant pas lieu de protection juridique indépendante, mais bien de « principe directeur général de droit criminel, dont il est possible de tirer des règles particulières » (*Jones*, p. 249). Lorsque sa raison d’être donne à penser qu’une protection juridique s’impose dans un contexte particulier alors que la loi n’en prévoit aucune, le principe peut servir d’assise à la création de nouvelles règles qui « varient selon le contexte » afin de combler cette lacune (*White*, par. 45)⁹. À mon avis, la règle de preuve de common law que je propose offre, de pair avec l’application de la doctrine de l’abus de procédure, une nouvelle protection juridique tirée du principe général et de sa raison d’être.

[124] Contrairement à ma collègue la juge Karakatsanis, je ne suis pas enclin à résoudre les difficultés que soulève l’opération Monsieur Big en analysant l’aveu au regard du cadre établi par la Cour dans *White*. Certes, la démarche établie dans cet arrêt a servi à déterminer si l’admission en preuve de certaines déclarations légalement exigées de l’accusé allait à l’encontre du principe interdisant l’auto-incrimination¹⁰. Or, cet arrêt ne fait pas passer le principe interdisant l’auto-incrimination du principe directeur à la règle

⁹ Voir p. ex. *R. c. S. (R.J.)*, [1995] 1 R.C.S. 451, où la Cour reconnaît que le témoin bénéficie d’une protection contre l’utilisation de la « preuve dérivée » obtenue grâce à son témoignage forcé (par. 165-202), et *British Columbia Securities Commission c. Branch*, [1995] 2 R.C.S. 3, où elle statue qu’un témoin doit être soustrait à l’obligation de témoigner s’il démontre que la demande de témoignage de l’État a pour objet prédominant l’obtention d’éléments de preuve incriminants contre lui (par. 5-12).

¹⁰ Quatre éléments sont pris en compte pour décider s’il y a ou non atteinte à ce principe : (1) l’existence d’une contrainte, (2) l’opposition des intérêts de l’accusé et de ceux de l’État, (3) la possibilité d’un aveu non digne de foi et (4) la crainte que l’admission en preuve de la déclaration accroisse le recours par l’État à un comportement abusif.

Court was careful to note that the principle provided only “residual protections” in the absence of “specific common law and *Charter* rules”, whether existing or new (paras. 44-45). In that regard, the Court in *White* observed that the principle “demands different things at different times” and that the task in each case is “to determine exactly what the principle demands, if anything, within the particular context at issue” (*ibid.*).

[125] Thus the general factors identified in *White* are best understood as serving to illustrate that Mr. Big operations raise concerns with the principle against self-incrimination. But *White* does not tell us what the principle demands in this context, nor does it assist in fashioning an appropriate response. That task can only be accomplished — as *White* itself contemplated — by tailoring the two-pronged approach of a common law evidentiary rule and the doctrine of abuse of process, to address the particular concerns raised by Mr. Big operations. This is how the confessions rule and the right to silence operate to address the concerns with self-incrimination that arise during conventional police interrogations and upon detention. And it is how my two-pronged approach addresses the challenges posed by Mr. Big operations.

(4) Application to the Facts

(a) *The Admissibility of the Respondent’s Confessions*

[126] During the Mr. Big operation, the respondent confessed on three separate occasions: on April 10, June 9, and June 11, 2005. These confessions — and in particular the June 9 and 11 confessions — were the heart of the Crown’s case against the respondent at trial. Guided by the legal framework I have proposed, I must decide whether these confessions were properly admitted into evidence.

[127] At the outset, I acknowledge that these reasons recast the test for determining the admissibility

juridique autonome. Au contraire, la Cour prend soin de préciser que le principe n’offre que des « protections résiduelles » à défaut de « règles issues de la common law et de la *Charte* », existantes ou nouvelles (par. 44-45). Elle fait observer à cet égard que le principe « exige différentes choses à différents moments » et que, dans chaque affaire, la tâche est « de déterminer avec précision ce que le principe exige, s’il y a lieu, dans le contexte particulier en cause » (*ibid.*).

[125] Dès lors, mieux vaut considérer qu’il appert des éléments généraux relevés dans *White* que l’opération Monsieur Big soulève des difficultés eu égard au principe interdisant l’auto-incrimination. La Cour ne nous dit pas ce qu’exige le principe dans le contexte visé par le présent dossier, et elle ne nous offre pas non plus de repères pour concevoir la solution qui convient. La tâche ne peut être accomplie, comme la Cour le prévoit d’ailleurs dans *White*, que par la création d’une démarche à deux volets comportant l’application d’une règle de preuve nouvelle en common law et celle de la doctrine de l’abus de procédure pour répondre aux préoccupations particulières que suscite l’opération Monsieur Big. C’est ainsi que s’appliquent la règle des confessions et le droit de garder le silence afin de résoudre les problèmes liés à l’auto-incrimination qui se présentent lors de l’interrogatoire de police classique ou de la détention. Et c’est ainsi que la démarche à deux volets que je préconise s’attaque aux difficultés soulevées par l’opération Monsieur Big.

(4) Application aux faits

a) *L’admissibilité des aveux de l’intimé*

[126] Lors de l’opération Monsieur Big, l’intimé a fait des aveux à trois moments distincts : le 10 avril, le 9 juin et le 11 juin 2005. Ces aveux — en particulier ceux du 9 et du 11 juin — forment l’axe central de la preuve présentée par le ministère public contre l’intimé au procès. À partir du cadre juridique que je propose, je dois décider si le juge du procès a eu raison ou non de les admettre en preuve.

[127] Je reconnais d’emblée que, dans les présents motifs, je redéfinis la démarche qui permet

of Mr. Big confessions. Unsurprisingly, the trial judge did not apply this test in determining the admissibility of the respondent's confessions. In addition, the arguments in the courts below, and before this Court, did not squarely address whether the respondent's confessions ought to be admitted under this framework.

[128] Nonetheless, I am of the view that this Court is in a position to decide whether the respondent's statements were properly admitted — and that we ought to do so. Although the precise test for determining the admissibility of Mr. Big confessions has changed, the issues have not. The reliability of the respondent's confessions, their potential for prejudice, and the conduct of the police in carrying out this Mr. Big operation have been in issue from the outset. The parties have addressed these issues, and there is a substantial record before us.

[129] Nor does applying this test require overturning the trial judge's findings of fact. The details of the Mr. Big operation that was conducted in this case are not in dispute. In assessing the admissibility of the respondent's confessions, the trial judge's reasons focused on the threatening and intimidating conduct of the undercover officers. The trial judge found that the respondent was not threatened by the officers (see, e.g., para. 65). Assessing the admissibility of the respondent's confessions simply requires analyzing the uncontroversial facts through a different lens — that of the common law rule of evidence I have proposed.

[130] Moreover, these proceedings have been difficult and protracted. Nearly a decade has passed since the respondent was arrested and charged with the murder of his daughters. Concerns with the respondent's mental health prompted the appointment of *amicus curiae* at this Court and at the Court of Appeal. Ordering a new trial and leaving the admissibility of the respondent's confessions to be determined by a new trial judge would be tantamount to sending this case back to square one. In my view, that would not be in the interests of justice.

de déterminer si l'aveu issu d'une opération Monsieur Big est admissible ou non. En l'espèce, le juge du procès n'a évidemment pas eu recours à cette démarche pour statuer sur l'admissibilité des aveux de l'intimé. Qui plus est, dans leurs plaidoiries devant les juridictions inférieures et devant notre Cour, les parties n'ont pas abordé directement la question de l'admissibilité des aveux de l'intimé au regard du cadre proposé.

[128] J'estime néanmoins que la Cour est en mesure de décider — et qu'elle doit le faire — si les aveux de l'intimé ont été admis en preuve à bon droit. La démarche précise permettant de statuer sur l'admissibilité de l'aveu issu d'une opération Monsieur Big change, mais les questions soulevées, elles, ne changent pas. La fiabilité des aveux de l'intimé, leur effet préjudiciable éventuel et la conduite des policiers qui ont mené l'opération sont objets de litige depuis le début. Les parties se sont exprimées sur ces questions, et le dossier dont nous sommes saisis est volumineux.

[129] L'application de cette démarche ne nous oblige pas non plus à infirmer les conclusions de fait du juge du procès. Le détail de l'opération Monsieur Big menée en l'espèce n'est pas contesté. Pour déterminer si les aveux de l'intimé sont admissibles ou non, le juge du procès s'attache à la conduite menaçante et intimidante des agents banalisés. Il conclut que ces derniers n'ont pas menacé l'intimé (voir p. ex. par. 65). Déterminer si les aveux de l'intimé sont admissibles ou non exige seulement d'analyser des faits non contestés sous un angle différent, celui de la règle de preuve de common law que je propose.

[130] J'ajoute que la présente instance a été longue et difficile. Près d'une décennie s'est écoulée depuis que l'intimé a été arrêté et accusé du meurtre de ses filles. Des inquiétudes au sujet de sa santé mentale ont incité la Cour et la Cour d'appel à nommer un *amicus curiae*. Ordonner un nouveau procès et laisser à un nouveau juge le soin de décider si les aveux de l'intimé sont admissibles ou non équivaut à tout reprendre depuis le début, ce qui, à mon avis, ne servirait pas les intérêts de la justice.

(i) The June 9 and June 11, 2005 Confessions

[131] The June 9 confession was elicited by Mr. Big during his meeting with the respondent. The June 11 confession is a brief re-enactment of how the drowning occurred. As mentioned, these confessions were critical to the Crown's case against the respondent. Because the re-enactment followed from the respondent's confession to Mr. Big, these confessions are intertwined, and I will consider their admissibility together.

[132] The first step is to take stock of the probative value of these confessions, which hinges on an assessment of their reliability. This requires considering the circumstances in which the confessions were made, and whether the confessions contain any markers of reliability.

[133] Turning first to the circumstances in which these confessions were made, I am of the view that the circumstances cast serious doubt on the reliability of the respondent's confessions. At the time the Mr. Big operation began, the respondent was socially isolated, unemployed, and living on welfare. Over the next four months, the Mr. Big operation transformed the respondent's life, becoming its focal point. The respondent participated in 63 "scenarios" in which he worked with undercover officers. He also had near daily phone contact with two of these officers, Jim and Paul, who became his closest friends. Even when the respondent was not working with the undercover officers, much of his time was devoted to the work doled out to him by the fictitious organization. He spent long hours driving across Newfoundland, spending nights in hotels, as he delivered mysterious packages and cargo. By all accounts, this was a lengthy and intense operation.

[134] With this transformation of the respondent's life came powerful inducements. Financially, the Mr. Big operation lifted the respondent out of poverty. Undercover officers paid the respondent over \$15,000 in cash for his work. And they promised him much greater financial rewards in the future if he was admitted into the organization; the undercover officers had him count hundreds of thousands

(i) Les aveux des 9 et 11 juin 2005

[131] L'aveu du 9 juin a été obtenu par Monsieur Big lors de sa rencontre avec l'intimé. L'aveu du 11 juin correspond à une brève reconstitution des circonstances des noyades. Rappelons que ces aveux constituaient des éléments cruciaux de la preuve du ministère public contre l'intimé. Puisque la reconstitution a découlé de l'aveu fait à Monsieur Big, les deux se confondent, si bien que j'entends me prononcer sur leur admissibilité globale.

[132] La première étape consiste à considérer la valeur probante de ces aveux, laquelle dépend de leur fiabilité. Il faut donc examiner les circonstances des aveux et se demander si certains indices de fiabilité s'en dégagent.

[133] J'estime que les circonstances dans lesquelles ils ont été faits font sérieusement douter de la fiabilité des aveux. Au début de l'opération, l'intimé était isolé socialement, il ne travaillait pas et il vivait d'aide sociale. Au cours des quatre mois qui ont suivi, l'opération a complètement transformé sa vie et elle en est devenue le point central. L'intimé a participé à 63 « scénarios » dans lesquels il a travaillé avec les agents. Il communiquait par téléphone presque quotidiennement avec deux d'entre eux, Jim et Paul, qui étaient devenus ses meilleurs amis. Même lorsqu'il ne travaillait pas avec les agents, il consacrait une grande partie de son temps aux tâches que lui confiait l'organisation fictive. Il a consacré de longues heures à la conduite de véhicules d'un bout à l'autre de Terre-Neuve — ce qui l'obligeait à dormir à l'hôtel — pour livrer de mystérieux colis et marchandises. L'opération a sans conteste été longue et soutenue.

[134] À cette transformation de la vie de l'intimé se sont ajoutés de puissants attraits. Sur le plan financier, l'opération Monsieur Big a sorti l'intimé de la pauvreté. Les agents lui ont versé une rémunération de plus de 15 000 \$ en espèces. Ils lui ont aussi fait miroiter des gratifications financières beaucoup plus importantes s'il était admis dans l'organisation; ils lui ont fait compter des centaines

of dollars in cash, and told him a \$25,000 pay day was coming if he was allowed to participate in an upcoming “big job”. There was a corresponding change in the respondent’s lifestyle. Dinners at expensive restaurants became common. Paul bought the respondent new clothes to wear, and the respondent relied on Paul to teach him how to behave during their dinners, as dining at expensive restaurants was “all new to him” and he often felt uncomfortable.

[135] The respondent attested to the powerful impact of these financial inducements at the outset of his meeting with Mr. Big, telling the crime boss that his life had been “really rough” before he started working for the organization, and that he had been unable to afford even a bed to sleep on. He told Mr. Big that he had come from having “nothing”, that working for the organization had lifted him out of those dire circumstances, and that he would “never ever forget” how good they had been to him.

[136] At least as enticing as the financial inducements held out to the respondent was the promise of friendship that came with working for the criminal organization. The undercover officers — aware of the respondent’s social isolation — sought to become his “best friend”. At the outset of the operation, the officers plotted to separate the respondent from his wife, telling him that she was not allowed to accompany him as he traveled across the country working for the organization.

[137] With remarkable ease, the officers quickly and deeply engrained themselves in the respondent’s life. By early April, less than two full months into the operation, the respondent told Jim and Paul that they were like brothers to him and that he loved them — a sentiment he would repeat throughout the rest of the operation. Indeed, the respondent preached that loyalty to this “family” was more important to him than money.

[138] The depth of the respondent’s commitment to the organization and the undercover officers can

de milliers de dollars d’argent liquide et lui ont dit qu’une somme de 25 000 \$ l’attendait s’il lui était permis de participer à une [TRADUCTION] « affaire importante » sur le point de se conclure. Le train de vie de l’intimé s’est modifié en conséquence. Les repas dans de bons restaurants sont devenus monnaie courante. Paul lui a acheté de nouveaux vêtements et lui a enseigné les bonnes manières à table, car la fréquentation de tels endroits lui était « tout à fait nouvelle » et il s’y sentait souvent mal à l’aise.

[135] L’incidence considérable de ces attraits financiers est attestée par le fait que, dès le début de sa rencontre avec Monsieur Big, l’intimé a dit au chef de l’organisation criminelle qu’il avait eu une vie [TRADUCTION] « vraiment difficile » avant de travailler pour l’organisation, qu’il n’avait même pas les moyens de s’acheter un lit pour y dormir. Il a ajouté qu’il était parti de « rien », que travailler pour l’organisation lui avait permis d’échapper à son triste sort et que « jamais il n’oublierait » à quel point tous avaient été bons pour lui.

[136] La perspective de nouer des liens d’amitié en travaillant pour l’organisation criminelle était au moins aussi attrayante pour l’intimé que les gratifications financières. L’isolement social de l’intimé leur étant connue, les agents ont cherché à devenir ses [TRADUCTION] « meilleurs amis ». Dès le début de l’opération, ils se sont arrangés pour séparer l’intimé de son épouse en lui disant qu’elle ne pouvait pas l’accompagner lorsqu’il parcourait le pays pour le compte de l’organisation.

[137] C’est avec une facilité déconcertante que les agents sont parvenus à s’immiscer rapidement et profondément dans le quotidien de l’intimé. Au début d’avril, moins de deux mois après le lancement de l’opération, l’intimé a dit à Jim et à Paul qu’il les considérait comme des frères et les aimait beaucoup, et il s’est exprimé en ce sens plusieurs fois par la suite. D’ailleurs, l’intimé prétendait que la loyauté envers la [TRADUCTION] « famille » qu’ils formaient lui importait plus que l’argent.

[138] Le degré d’engagement de l’intimé envers l’organisation et les agents peut difficilement être

hardly be exaggerated. The respondent would constantly call his friends — Jim and Paul — looking for work, and he would anxiously await their planned meetings. He told the officers he was planning to leave Newfoundland so he could work for the organization full time. He even purported a willingness to leave his wife if that is what it would take to join the organization. And when he was finally arrested on June 13, the respondent's first call for help was naturally placed to Jim.

[139] It was in these circumstances that the respondent confessed to Mr. Big and participated in the re-enactment. When he entered their June 9 meeting, the respondent knew that his ticket out of poverty and social isolation was at stake. Jim implored him to be “honest” with the boss. Early on in the interrogation, Mr. Big drove home the importance of honesty, telling the respondent that “the minute the trust is gone . . . everything is gone”. The conversation quickly turned to the death of the respondent's daughters, and Mr. Big immediately asserted that the respondent had killed them. When the respondent denied it and claimed to have had a seizure, Mr. Big perfunctorily dismissed this explanation as a lie: “No don't lie to me . . . don't go with the seizure stuff . . . [y]ou're lying to me on this okay.”

[140] The circumstances left the respondent with a stark choice: confess to Mr. Big or be deemed a liar by the man in charge of the organization he so desperately wanted to join. In my view, these circumstances, considered as a whole, presented the respondent with an overwhelming incentive to confess — either truthfully or falsely.

[141] Having determined that the circumstances in which these confessions were made cast serious doubt on the reliability of the respondent's confessions, the next question is whether these confessions contain any indicators of reliability. In my view, they do not.

[142] In the first place, the respondent's description of how the crime was committed is somewhat inconsistent. In his meeting with Mr. Big, the

surestimé. L'intimé appelait constamment ses amis — Jim et Paul — pour leur demander du travail, et il attendait avec impatience les rencontres prévues. Il a dit aux agents qu'il songeait à quitter Terre-Neuve de façon à pouvoir travailler à temps plein pour l'organisation. Il a même prétendu être disposé à quitter sa femme s'il le fallait pour se joindre à l'organisation. Et lorsqu'il a finalement été arrêté le 13 juin, c'est tout naturellement à Jim qu'il a d'abord téléphoné pour obtenir son aide.

[139] Ce sont là les circonstances dans lesquelles l'intimé a avoué à Monsieur Big et a participé à la reconstitution des faits. Lorsqu'il s'est présenté à la rencontre du 9 juin, l'intimé savait que sa chance d'échapper à la pauvreté et à l'isolement social était en jeu. Jim l'avait exhorté à se montrer [TRADUCTION] « honnête » avec le chef. Dès le début de l'entretien, Monsieur Big a souligné à son tour l'importance de l'honnêteté et dit à l'intimé que « dès l'instant où la confiance disparaît [. . .] tout disparaît ». La conversation a rapidement porté sur le décès des fillettes, et Monsieur Big a immédiatement affirmé que l'intimé les avait tuées. Ce dernier a nié et a prétendu avoir eu une crise d'épilepsie. Monsieur Big a balayé l'explication du revers de la main, la tenant pour mensongère : « Ne me mens pas [. . .] ne commence pas avec cette histoire de crise [. . .] [t]u me mens, d'accord. »

[140] L'intimé s'est alors trouvé devant un choix déchirant : faire des aveux ou être considéré comme un menteur par l'homme qui dirigeait l'organisation à laquelle il voulait tant appartenir. J'estime que, considérées globalement, ces circonstances étaient de nature à pousser irrésistiblement l'intimé à faire des aveux, vrais ou faux.

[141] Puisque je conclus que les circonstances mettent sérieusement en doute la fiabilité des aveux, je dois maintenant examiner si des indices de fiabilité se dégagent de ces derniers. À mon avis, ce n'est pas le cas.

[142] D'une part, la manière dont l'intimé a prétendu avoir commis le crime est quelque peu incohérente. Lors de son entretien avec Monsieur Big,

respondent started off by denying that he killed his daughters. Later, he said that they “fell” into the water. After further pressing by Mr. Big, the respondent claimed that he pushed his daughters into the water by striking them with his shoulder. But when he participated in the re-enactment with Jim two days later, his explanation changed again. When Jim knelt down next to the respondent and asked him to demonstrate how he pushed his daughters, the respondent nudged him with his knee. He had to use his knee because Jim, kneeling down, was not tall enough for the respondent to shove with his shoulder. The same would undoubtedly have been true for his small children.

[143] More important than these inconsistencies is the complete lack of confirmatory evidence. Given the peculiar circumstances of the case, this is unsurprising. The issue has always been whether the respondent’s daughters drowned accidentally or were murdered. There was never any question that the respondent was present when his daughters entered the water. All of the objectively verifiable details of the respondent’s confession (e.g., his knowledge of the location of the drowning) flow from his acknowledged presence at the time the drowning occurred.

[144] When the circumstances in which the respondent’s confessions were made are considered alongside their internal inconsistencies and the lack of any confirmatory evidence, their reliability is left in serious doubt, and I am forced to conclude that their probative value is low.

[145] On the other hand, these confessions — like all Mr. Big confessions — carried with them an obvious potential for prejudice. The jury heard extensive evidence that — for four months — the respondent devoted his entire life to trying to join a criminal gang. They heard that he repeatedly participated in what he thought were criminal acts, including transporting stolen property and smuggling alcohol. On one occasion, he and Jim, wearing balaclavas, broke into a car to steal a package from it. The jury was repeatedly told that the respondent had described himself as having “no limits”, and that he would do anything “as long as

il a commencé par nier les assassinats. Plus tard, il a dit que les fillettes étaient « tombées » à l’eau. Après que son interlocuteur eut encore insisté, il a prétendu les avoir poussées en les bousculant de l’épaule. Or, lors de la reconstitution des faits à laquelle il s’est prêté avec Jim deux jours plus tard, sa version des faits a de nouveau changé. Lorsque Jim s’est agenouillé à ses côtés et lui a demandé de lui montrer comment il avait poussé les fillettes, l’intimé lui a donné un léger coup de genou. Il a dû utiliser son genou car, une fois agenouillé, Jim n’était pas assez grand pour être bousculé de l’épaule. Il en serait sans doute allé de même pour les fillettes.

[143] Ce qui importe encore plus que ces incohérences c’est l’absence complète de preuve de corroboration, une absence qui ne saurait étonner eu égard aux circonstances particulières de l’affaire. La question a toujours été de savoir si les filles de l’intimé s’étaient noyées accidentellement ou si elles avaient été assassinées. La présence de l’intimé lorsque les fillettes se sont retrouvées dans l’eau n’a jamais été contestée. Toutes les données objectivement vérifiables des aveux (p. ex. la connaissance de l’emplacement de la noyade) découlent du fait qu’il a reconnu avoir été présent au moment du drame.

[144] Lorsqu’on examine les circonstances des aveux en regard de leurs incohérences et de l’absence de toute preuve de corroboration, leur fiabilité soulève de sérieux doutes et force m’est de conclure que leur valeur probante est faible.

[145] D’autre part, ces aveux — à l’instar de tout aveu issu d’une opération Monsieur Big — comportent un risque manifeste de préjudice. Les jurés entendent de nombreux témoignages suivant lesquels, pendant quatre mois, l’intimé a consacré tous ses efforts à tenter de se joindre à un groupe criminel. Ils apprennent qu’il a participé maintes fois à ce qu’il croyait être des activités criminelles, tels le transport de biens volés et la contrebande d’alcool. Une fois, Jim et lui, munis d’une cagoule, auraient forcé la portière d’une voiture pour y voler un paquet. Les jurés entendent à maintes reprises que l’intimé a dit ne connaître [TRADUCTION]

the trust was there”. And it is easy to see how the jury could come to view the respondent with disdain. Here was a man who bragged about killing his three-year-old daughters to gain the approval of a group of criminals. The potential for moral prejudice in these circumstances was significant.

[146] Comparing the probative value and prejudicial effect of these confessions leads me to conclude that their limited probative value is outweighed by their prejudicial effect. Put simply, these confessions are not worth the risk they pose. In my view, it would be unsafe to rest a conviction on this evidence.

(ii) The April 10 Confession

[147] I reach the same conclusion with respect to the respondent’s alleged April 10 confession. This confession also suffers from serious reliability concerns. Although unprompted, it came about during a conversation in which the respondent and Jim were bragging about their willingness to engage in violence. By this time, the respondent was already under the spell of powerful financial and social inducements. The confession came after two months and more than 30 scenarios with undercover officers, at a time when the respondent had already begun professing his love for Jim and Paul. Importantly, the confession itself contains no details — it amounts to a bald assertion by the respondent that he killed his daughters and that he “planned it”. Finally, the confession was not recorded and the respondent denies making it, which only makes it harder to assess its probative value. On the other hand, admitting this confession into evidence carries with it all of the attendant prejudice I have already discussed. In my view, the probative value of this confession does not outweigh its prejudicial effect.

(b) *Abuse of Process*

[148] Given my conclusion that the respondent’s confessions must be excluded under the common law, it is not necessary to consider whether the police conduct in this case amounted to an abuse of process. But there is no denying that this was an

« aucune limite » et être disposé à faire n’importe quoi « pourvu que la confiance règne ». On conçoit aisément que le jury puisse arriver à considérer l’intimé avec mépris. Voilà un homme qui se vante d’avoir tué ses propres fillettes de trois ans afin d’impressionner les membres d’un groupe criminel. Dans ces circonstances, le risque de préjudice moral est important.

[146] La mise en balance de la valeur probante des aveux et de leur effet préjudiciable m’amène à conclure que leur effet préjudiciable l’emporte sur leur valeur probante limitée. En somme, ces aveux ne valent pas le risque qu’ils font courir. J’estime qu’il serait périlleux de fonder une déclaration de culpabilité sur cette preuve.

(ii) L’aveu du 10 avril

[147] J’arrive à la même conclusion pour l’aveu qu’aurait fait l’intimé le 10 avril. La fiabilité de cet aveu soulève elle aussi de sérieux doutes. Bien que spontané, l’aveu a été fait à la faveur d’une conversation pendant laquelle l’intimé et Jim se vantaient de leur disposition à commettre des actes de violence. L’intimé avait alors déjà cédé à l’attrait irrésistible de gratifications financières et sociales. L’aveu est intervenu deux mois après le début de l’opération et après le déroulement de plus de 30 scénarios, ainsi que postérieurement aux premières manifestations d’affection de l’intimé envers Jim et Paul. Il importe aussi de signaler que l’aveu n’est pas circonstancié, l’intimé ayant seulement affirmé avoir tué ses filles après [TRADUCTION] « l’avoir planifié ». Enfin, l’aveu n’a pas été enregistré et l’intimé le nie, ce qui rend encore plus difficile la détermination de sa valeur probante. Par ailleurs, admettre cet aveu en preuve emporte tous les effets préjudiciables déjà mentionnés. Selon moi, sa valeur probante ne l’emporte pas sur son effet préjudiciable.

b) *Abus de procédure*

[148] Puisque, selon moi, la common law commande l’exclusion des aveux de l’intimé, il est inutile de décider si le comportement policier équivaut en l’espèce à un abus de procédure. Or, nul ne conteste que des moyens considérables ont été déployés

extremely intensive Mr. Big operation, and one that preyed upon the respondent's poverty and social isolation. In addition, the respondent had a seizure in front of an undercover officer. The respondent's past seizures had caused his licence to be suspended to protect against the risk that a seizure would cause him to have an accident while driving. However, the operation continued after this seizure, and undercover officers continued to send the respondent long distances over public roads in order to make deliveries for the fictitious criminal organization. The respondent submits that this placed his and the public's safety at risk, and that this conduct warrants excluding the confessions.

[149] Without question, the police conduct in this case raises significant concerns, and might well amount to an abuse of process. However, this is not how the issue was presented at trial. At trial, the respondent took issue with the threatening and intimidating conduct of the officers, and the trial judge rejected those arguments. Given this, and the fact that there is no need to decide the matter, I do not believe this is an appropriate case to decide whether an abuse of process has been established.

VI. Disposition

[150] The Court of Appeal excluded the respondent's June 9 and 11 confessions and quashed his convictions. It ordered a new trial on the basis that the respondent's April 10 confession was admissible, and that it provided a "sliver" of evidence upon which a jury could convict the respondent of murder (para. 258).

[151] I have concluded that the April 10 confession must also be excluded. As such, it is doubtful whether any admissible evidence remains upon which a jury, properly instructed and acting reasonably, could convict. However, the final decision on how to proceed rests with the Crown. In the result, I would dismiss the appeal.

dans le cadre de l'opération Monsieur Big et que les agents ont tablé sur la pauvreté de l'intimé et sur son isolement social. De plus, un agent a été témoin d'une crise d'épilepsie de l'intimé. Les crises de ce dernier lui avaient déjà valu la suspension de son permis de conduire au motif qu'elles auraient pu être la cause d'accidents si elles s'étaient produites pendant qu'il était au volant. L'opération s'est toutefois poursuivie après cette crise, et les agents ont continué de faire parcourir à l'intimé de longues distances sur la route afin qu'il effectue des livraisons pour le compte de l'organisation criminelle fictive. L'intimé soutient qu'ils ont ainsi compromis sa sécurité et celle du public, ce qui justifie l'exclusion des aveux.

[149] Il est incontestable que le comportement des policiers en l'espèce soulève de sérieuses interrogations et pourrait fort bien constituer un abus de procédure. Cependant, le litige ne s'est pas présenté sous cet angle au procès. En effet, l'intimé a invoqué le caractère menaçant et intimidant du comportement des policiers, et le juge n'a pas retenu son argumentaire. Dès lors — et parce qu'il n'est pas nécessaire de trancher la question —, je ne crois pas que le dossier se prête à une décision quant à savoir si un abus de procédure a été établi ou non.

VI. Dispositif

[150] La Cour d'appel exclut de la preuve les aveux des 9 et 11 juin et annule les déclarations de culpabilité. Elle ordonne la tenue d'un nouveau procès au motif que l'aveu du 10 avril est admissible et offre [TRADUCTION] « quelque » élément de preuve à partir duquel un jury pourrait reconnaître l'intimé coupable de meurtre (par. 258).

[151] J'estime que l'aveu du 10 avril doit aussi être exclu. Il est donc permis de douter qu'un élément de preuve admissible permette encore à un jury ayant reçu des directives appropriées et agissant de manière raisonnable de rendre un verdict de culpabilité. Cependant, la décision finale quant à la suite de l'instance appartient au ministère public. Par conséquent, je suis d'avis de rejeter le pourvoi.

The following are the reasons delivered by

[152] CROMWELL J. — I agree with my colleague Moldaver J.’s analysis of the legal framework that ought to apply to statements obtained from accused persons as a result of “Mr. Big” operations. I also agree with his analysis of the question of whether the trial judge erred in law in his approach to the respondent’s request that he be allowed to testify with the public excluded from the courtroom. My only point of disagreement with my colleague is with respect to whether this Court should decide the question of whether Mr. Hart’s statements to the undercover officers are admissible. In my view, we should not. I would therefore uphold the Court of Appeal’s order for a new trial, but leave the question of admissibility of the statements to the trial judge, to be decided in accordance with the framework set out in Moldaver J.’s reasons. I reach this conclusion for four reasons.

[153] First, we have in this record three versions from Mr. Hart himself of what happened to the children. One is that he panicked. This is the version that he doggedly maintained under extensive and challenging police interrogation. The second is that he had an epileptic seizure. Mr. Hart contacted the police, told them that he had not been truthful with them in his earlier interrogations and recounted this version of events. The third version is that he deliberately killed them, the version that Mr. Hart told to the undercover officers — allegedly twice — during the Mr. Big operation.

[154] In my view, it is in the interests of the proper administration of justice that Mr. Hart’s involvement, if any, in the death of these helpless children should be determined at a trial, applying the correct legal framework, which we have now established.

[155] Second, the Court today sets out, for the first time, a comprehensive framework for dealing with the admissibility of statements obtained in the course of Mr. Big operations. This framework is significantly different from the one advanced on behalf

Version française des motifs rendus par

[152] LE JUGE CROMWELL — Je souscris à l’opinion de mon collègue le juge Moldaver quant au cadre juridique qui devrait s’appliquer aux déclarations obtenues d’un accusé à l’issue d’une opération « Monsieur Big ». Je fais mienne également son analyse de la question de savoir si le juge du procès a commis une erreur de droit dans son examen de la demande de l’intimé d’exclure le public de la salle d’audience pendant son témoignage. Mon seul point de désaccord avec lui a trait à l’opportunité que notre Cour statue sur l’admissibilité des déclarations de M. Hart aux agents banalisés. À mon avis, elle doit s’en abstenir. Je suis donc d’avis de confirmer l’ordonnance de la Cour d’appel à l’effet de tenir un nouveau procès, mais de laisser au juge du procès le soin de statuer sur l’admissibilité des déclarations conformément au cadre établi dans les motifs du juge Moldaver. J’arrive à cette conclusion pour quatre raisons.

[153] Premièrement, nous sommes aux prises en l’espèce avec trois versions données par M. Hart lui-même de ce qui est arrivé aux enfants. Selon la première, il aurait paniqué. C’est celle à laquelle il s’en est obstinément tenu lorsque les policiers l’ont longuement soumis à un interrogatoire serré. Selon la deuxième, il aurait eu une crise d’épilepsie. M. Hart a communiqué avec les policiers pour leur avouer qu’il ne leur avait pas dit la vérité lors des interrogatoires précédents et il leur a donné cette version des faits. Selon la troisième, il aurait délibérément tué les enfants. Il l’aurait affirmé deux fois aux agents banalisés au cours de l’opération Monsieur Big.

[154] J’estime qu’il est dans l’intérêt de la bonne administration de la justice de déterminer dans le cadre d’un procès, à l’aide du bon cadre juridique désormais établi, si M. Hart a joué un rôle ou non dans la mort de ces enfants sans défense.

[155] Deuxièmement, la Cour établit aujourd’hui pour la première fois un cadre exhaustif qui permet de décider de l’admissibilité d’une déclaration obtenue au cours d’une opération Monsieur Big. Ce cadre diffère grandement de celui proposé au nom

of Mr. Hart at trial and considered by the trial judge and also from the approach adopted by the majority of the Court of Appeal. In my respectful view, it is fundamentally unfair for an appellate court to apply this new legal framework to the evidentiary record developed at trial, a record developed to address markedly different legal issues. The Crown submitted, and not at all implausibly, that if the issue of vulnerability, for example, had been advanced at trial, the Crown would have adduced additional and different evidence: transcript, at pp. 32-34.

[156] Third, although the legal issues in relation to the admissibility of Mr. Hart's statements are different in light of our holding in this case, the findings made by the trial judge nonetheless convince me that it would be unwise for this Court to attempt to apply this new framework to the existing record.

[157] At trial, Mr. Hart maintained that he was "intimidated, scared and felt trapped in his ability to get out" and that his motive to lie about having murdered his children was "the money, the friendships he created with undercover operators, the lifestyle and the chance to get out of Newfoundland": trial judge's *voir dire* reasons, 2007 NLTD 74, 265 Nfld. & P.E.I.R. 266, at para. 33. Mr. Hart argued at trial that his statements resulted from implied threats, coercions and psychological coercion: *ibid.*, at para. 42.

[158] The trial judge, who had the advantage of seeing and hearing the witnesses, including Mr. Hart, flatly rejected these contentions as having no foundation in fact. The trial judge found as a fact that Mr. Hart was offered the opportunity to stop his involvement at any time: "[h]e had numerous chances to leave the operation, but made no effort to do so" (*voir dire* reasons, at para. 61). In fact, Mr. Hart, according to the trial judge, "continued to show his willingness to become more involved and to take greater risks. . . . Mr. Hart wanted to work and continually pressured [the undercover officers]

de M. Hart lors du procès et alors examiné par le juge, ainsi que de la démarche des juges majoritaires de la Cour d'appel. À mon humble avis, il serait foncièrement injuste qu'une cour d'appel applique ce nouveau cadre juridique au dossier de preuve constitué au procès, lequel devait permettre de trancher des questions de droit très différentes. Le ministère public fait valoir que si, par exemple, la question de la vulnérabilité avait été soulevée au procès — ce qui n'est pas du tout invraisemblable —, il aurait présenté des éléments de preuve supplémentaires et différents (transcription, p. 32-34).

[156] Troisièmement, bien que les questions de droit considérées au procès relativement à l'admissibilité des déclarations de M. Hart diffèrent de celles retenues aujourd'hui par notre Cour, les conclusions du juge du procès me convainquent que nous serions malavisés de tenter d'appliquer le nouveau cadre au dossier existant.

[157] Au procès, M. Hart a soutenu qu'il avait été [TRADUCTION] « intimidé, apeuré, qu'il s'était senti pris au piège au sein de l'organisation » et que « l'argent, les liens d'amitié établis avec les agents banalisés, le mode de vie et l'occasion de quitter Terre-Neuve » l'avaient incité à avouer faussement l'assassinat de ses enfants (motifs du juge du procès sur le voir-dire, 2007 NLTD 74, 265 Nfld. & P.E.I.R. 266, par. 33). Il a fait valoir que ses déclarations avaient été le produit de menaces implicites et de la contrainte, notamment psychologique (*ibid.*, par. 42).

[158] Le juge du procès, qui a eu l'avantage de voir et d'entendre les témoins, y compris M. Hart, rejette catégoriquement ces prétentions au motif qu'elles sont dénuées de tout fondement factuel. Il tient pour avéré qu'on a donné à M. Hart la possibilité de mettre fin à sa participation à tout moment : [TRADUCTION] « [i]l aurait pu se soustraire à l'opération à bon nombre d'occasions, mais il n'a pris aucune mesure en ce sens » (motifs sur le voir-dire, par. 61). En fait, selon lui, M. Hart « a continué de montrer son empressement à jouer un rôle accru et à prendre de plus grands risques. [. . .] Il

for more work outside of Newfoundland”: *ibid.*, at paras. 59 and 61.

[159] The trial judge also considered Mr. Hart’s position that his statements should be excluded because they did not meet the threshold requirements of reliability. The statements, argued Mr. Hart, were the result of implied threats and intimidation and occurred in the context of paying him to perform illegal activities. In light of all these circumstances, the statements did not meet the required threshold reliability for admission.

[160] The trial judge rejected these submissions: *voir dire* reasons, at paras. 136-42. He referred to his earlier findings that there was no intimidation or coercion. He also found that the motive to lie advanced by Mr. Hart did not make sense. Why would Mr. Hart risk being caught in his own lie to the “boss” in an attempt to gain the confidence of the organization, after being warned of what the consequences of lying would be shortly before the interview (para. 138)? As the trial judge explained:

It is true that Mr. Hart wanted into the organization and he did have a motive to lie, but there was reason for him to come clean with the “boss”, especially when coming clean meant any potential problem Mr. Hart may have had could be eliminated by the very person he was telling the problem to. It is interesting to note that Mr. Hart actually went to a WalMart store and stood in front of a video camera to have his photo taken at a designated time. This designated time was supposed to be the time when a particular individual who witnessed the drowning was supposed to have been taken care of by one of the crime gang members.

The purpose of the picture was to provide an alibi for Mr. Hart as it related to taking care of the individual that supposedly had seen Mr. Hart commit the crime. [paras. 140-41]

[161] Finally, there is evidence that about mid-way through the Mr. Big operation, Mr. Hart, in order to establish his ability to do what might be required

voulait travailler et faisait constamment pression sur [les agents banalisés] pour qu’ils lui confient davantage de travail à l’extérieur de Terre-Neuve » (*ibid.*, par. 59 et 61).

[159] Le juge du procès se prononce aussi sur la prétention de M. Hart selon laquelle ses déclarations devaient être exclues de la preuve parce qu’elles ne satisfaisaient pas au seuil de fiabilité. M. Hart a soutenu avoir fait les déclarations par suite de menaces implicites et d’intimidation et dans un contexte où il était rémunéré pour se livrer à des activités illégales. Ainsi, au vu de toutes ces circonstances, les déclarations ne répondaient pas au seuil de fiabilité applicable en matière d’admissibilité de la preuve.

[160] Le juge du procès rejette ces arguments (motifs sur le voir-dire, par. 136-142) et conclut à nouveau à l’absence d’intimidation ou de contrainte. Il estime aussi que la raison pour laquelle M. Hart aurait menti ne tient pas debout. S’il souhaitait gagner la confiance de l’organisation, pourquoi aurait-il risqué de se faire prendre à mentir au [TRADUCTION] « patron » alors qu’on l’avait mis en garde contre les conséquences d’une telle conduite peu avant la rencontre (par. 138)? Comme l’explique le juge du procès :

[TRADUCTION] Certes, M. Hart voulait faire partie de l’organisation et avait une raison de mentir, mais il avait intérêt à jouer franc-jeu avec le « patron », surtout s’il s’ensuivait que tout problème qu’il aurait pu avoir pouvait être résolu par la personne même à qui il se confiait. Il convient d’ailleurs de signaler que M. Hart s’est rendu dans un magasin WalMart où il s’est placé devant une caméra de surveillance afin que son image soit captée à une heure donnée. C’était l’heure à laquelle un des membres du gang était censé s’occuper d’un témoin de la noyade.

L’objectif était que M. Hart dispose d’un alibi relativement à l’élimination de la personne qui l’aurait vu commettre le crime. [par. 140-141]

[161] Enfin, des éléments établissent que, vers le milieu de l’opération Monsieur Big, M. Hart a dit à un agent banalisé, pour le convaincre qu’il était

of him, told an undercover officer that he had deliberately killed his daughters. This is the April 10, 2005 statement. The evidence was that Mr. Hart showed the officer a picture of the twins and said that they were his own blood but that he had killed them and had planned it: 2012 NLCA 61, 327 Nfld. & P.E.I.R. 178, *per* Barry J.A., at para. 10. Mr. Hart denied making this statement in his *voir dire* evidence. It is not clear to me that this statement would inevitably be excluded at a new trial on the framework governing admissibility established in Moldaver J.'s reasons. Of course, if ruled admissible, it would be for the jury to decide whether Mr. Hart made this statement and what weight, if any, to give it. The Court of Appeal refused to exclude this statement, leaving its admissibility to be determined at a new trial: para. 258. I agree with that conclusion.

[162] In my respectful view, the admissibility of the respondent's statements to the undercover officers ought to be determined at a new trial where the parties and the trial judge will have the benefit of the new framework established in Moldaver J.'s reasons and will be able to focus their evidence and arguments accordingly.

[163] In the result, I would dismiss the appeal.

The following are the reasons delivered by

KARAKATSANIS J. —

I. Introduction

[164] The Mr. Big technique is a Canadian innovation that has proven effective in resolving intractable criminal investigations. During a typical Mr. Big operation, undercover police officers befriend the suspect and induct him into a fictional criminal organization. Over time, they secure his loyalty and trust. Ultimately, they introduce the target to the leader of the organization, who requires him to admit his involvement in the offence the police are investigating.

capable d'accomplir ce qu'on pourrait exiger de lui, qu'il avait délibérément tué ses filles. Il s'agit de la déclaration du 10 avril 2005. Selon la preuve, M. Hart a montré à l'agent une photo des jumelles et lui a dit qu'il s'agissait de ses propres enfants, qu'il avait tués avec préméditation (2012 NLCA 61, 327 Nfld. & P.E.I.R. 178, le juge Barry, par. 10). Lors du voir-dire, M. Hart a nié la déclaration. Il ne me paraît pas évident que cette déclaration serait nécessairement écartée lors d'un nouveau procès en application du cadre établi par le juge Moldaver pour statuer sur l'admissibilité. Bien entendu, si la déclaration était jugée admissible, il appartiendrait au jury de décider si M. Hart l'a faite et de déterminer sa valeur probante, s'il en est. La Cour d'appel refuse d'exclure la déclaration et laisse au tribunal inférieur le soin de statuer sur son admissibilité lors d'un nouveau procès (par. 258). Je souscris à sa conclusion.

[162] À mon humble avis, l'admissibilité ou l'inadmissibilité des déclarations de l'intimé aux agents banalisés devrait être déterminée dans le cadre d'un nouveau procès, les parties et le juge disposant alors du nouveau cadre établi par le juge Moldaver et pouvant ainsi avancer des éléments de preuve et des arguments en conséquence.

[163] Par conséquent, je suis d'avis de rejeter le pourvoi.

Version française des motifs rendus par

LA JUGE KARAKATSANIS —

I. Introduction

[164] La technique Monsieur Big est une innovation canadienne qui s'est révélée efficace pour résoudre des enquêtes criminelles insolubles. Au cours d'une opération type, des agents banalisés se lient d'amitié avec le suspect et l'amènent à se joindre à une organisation criminelle fictive. Ils acquièrent avec le temps sa loyauté et sa confiance, puis le présentent finalement au chef de l'organisation, qui exige alors qu'il avoue sa participation à l'infraction sur laquelle enquête la police.

[165] However, Mr. Big operations entail significant dangers. The detailed artificial reality created by the operation is purposively manipulative and can compromise the autonomy and human dignity of the suspect. Moreover, the technique generates a significant risk of false confessions, as an individual who is pressured to confess may do or say anything to please Mr. Big and avoid losing his new life. The technique entangles the target in a web of prejudicial evidence that may undermine trial fairness. Finally, the unrestricted use of this tactic risks abusive state conduct, as the police devote substantial resources to manipulating suspects who are presumed to be innocent.

[166] Mr. Big confessions are not caught by the traditional rules governing confessions to the state, such as the confessions rule or the right to silence. My colleague Moldaver J. would therefore address the admissibility of Mr. Big confessions by creating a new rule of evidence under the common law. Under this rule, Mr. Big confessions are inadmissible unless the Crown establishes that the probative value of the confession (factoring in its reliability) outweighs its prejudicial effect. He would leave concerns about state conduct to the abuse of process doctrine.

[167] I fear that the proposed common law rule fails to consistently take into account broader concerns that arise when state agents generate a confession at a cost to human dignity, personal autonomy and the administration of justice. These concerns are recognized in our jurisprudence dealing with confessions to the state and lie at the root of the principle against self-incrimination.

[168] In my view, the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* provides the appropriate analytical framework to regulate Mr. Big operations because of the state's central role in generating the confession. These operations raise three vital concerns: the reliability of the evidence generated, the autonomy of suspects, and the potential for abuse of state power. In addition, the technique creates criminal propensity evidence that can undermine trial fairness. The

[165] L'opération comporte toutefois des risques importants. Elle crée un monde fictif à dessein manipulateur et susceptible de compromettre l'autonomie du suspect et sa dignité humaine. La technique risque aussi sérieusement de mener à de faux aveux car le sujet pressé d'avouer un crime peut faire ou dire n'importe quoi pour plaire à Monsieur Big et ne pas devoir renoncer à sa nouvelle vie. Elle amène le suspect à s'empêtrer dans les filets d'une preuve préjudiciable susceptible de miner l'équité du procès. Enfin, le recours non balisé à cette tactique risque de rendre la conduite de l'État abusive du fait que la police consacre d'importantes ressources à la manipulation de suspects qui sont présumés innocents.

[166] Les règles traditionnelles qui régissent les aveux obtenus par l'État, comme la règle des confessions ou le droit de garder le silence, ne s'appliquent pas aux aveux issus d'une opération Monsieur Big. Mon collègue le juge Moldaver statue donc sur l'admissibilité de ces aveux par la création, en common law, d'une nouvelle règle de preuve selon laquelle pareils aveux sont inadmissibles à moins que le ministère public ne prouve que leur valeur probante (eu égard à leur fiabilité) l'emporte sur leur effet préjudiciable. La doctrine de l'abus de procédure permet à son avis de remédier au risque de conduite abusive de l'État.

[167] Je crains que cette nouvelle règle ne tienne pas systématiquement compte des préoccupations plus larges que soulève l'aveu obtenu par un représentant de l'État au détriment de la dignité humaine, de l'autonomie de la personne et de l'administration de la justice. La jurisprudence de la Cour relative aux aveux faits à l'État prend acte de ces préoccupations, qui forment l'assise du principe interdisant l'auto-incrimination.

[168] La *Charte canadienne des droits et libertés* offre le cadre d'analyse voulu pour régir le recours à la technique Monsieur Big étant donné le rôle central de l'État dans l'obtention de l'aveu. L'opération est problématique au regard de trois considérations fondamentales : la fiabilité de la preuve obtenue, l'autonomie du suspect et le risque d'abus du pouvoir de l'État. De plus, elle permet de constituer une preuve de propension à la criminalité qui

principle against self-incrimination, under s. 7 of the *Charter*, provides comprehensive and flexible protection in such circumstances.

[169] In this case, the respondent, Mr. Hart, was suspected of drowning his daughters. Over two years later, the police undertook an intensive months-long operation in which they exploited his poverty and social isolation by offering him novel experiences: lucrative employment, friendship and a sense of self-worth. The respondent was led to believe that for this life to continue, he must confess to “Mr. Big”. The investigation and resulting confession demonstrate the serious risks of these operations. The police used their overwhelming power and resources to create an alternate reality and to obtain a confession of dubious reliability through an operation with a devastating impact on the accused. In doing so, they violated the principle against self-incrimination under s. 7 of the *Charter*.

[170] I agree with Moldaver J.’s decision to exclude the confessions. However, I would reach that conclusion through the analytical lens of the principle against self-incrimination.

II. Framework for Admissibility of State-Induced Confessions

A. *The Dangers Inherent to Confessions to the State*

[171] Confessions to state agents raise special concerns for the criminal justice system. Over the centuries, our common law tradition has responded to these dangers. The jurisprudence recognizes that individuals sometimes make false confessions that can result in miscarriages of justice, affirms that respect for human dignity and free choice means that individuals should not be coerced by the state to provide self-incriminating evidence, and discourages the state from conducting criminal investigations in a way that offends our sense of fair play or compromises the integrity of the administration of justice. Recognizing that particular vigilance is

est susceptible de compromettre l’équité du procès. Le principe interdisant l’auto-incrimination garanti par l’art. 7 de la *Charte* permet de se prémunir à tous égards et avec souplesse contre ces risques.

[169] En l’espèce, l’intimé, M. Hart, était soupçonné du meurtre par noyade de ses filles. Plus de deux ans après les décès, la police l’a soumis pendant des mois à une opération soutenue au cours de laquelle des agents banalisés ont tiré parti de sa pauvreté et de son isolement social en lui offrant de vivre de nouvelles expériences : un emploi lucratif, des relations d’amitié et une valorisation personnelle. Ils l’ont amené à croire que, pour pérenniser sa nouvelle situation, il devait faire des aveux à Monsieur Big. L’enquête et les aveux qui en ont découlé montrent qu’une telle opération comporte des risques sérieux. La police a utilisé ses vastes pouvoirs et ressources pour créer un monde parallèle et obtenir un aveu d’une fiabilité douteuse au moyen d’une opération aux effets catastrophiques pour l’accusé. Ce faisant, elle a porté atteinte au principe interdisant l’auto-incrimination que garantit l’art. 7 de la *Charte*.

[170] À l’instar du juge Moldaver, je suis d’avis d’exclure les aveux obtenus. Je fonde toutefois ma conclusion sur une analyse axée sur le principe interdisant l’auto-incrimination.

II. Cadre d’analyse applicable à l’admissibilité d’aveux sollicités par l’État

A. *Les risques inhérents aux aveux faits à l’État*

[171] Les aveux recueillis par des représentants de l’État présentent des risques particuliers pour le système de justice pénale. Au cours des siècles, notre tradition de common law a évolué de façon à pallier ces risques. La jurisprudence reconnaît que certaines personnes font parfois de faux aveux susceptibles d’entraîner des erreurs judiciaires, elle confirme que, pour respecter la dignité humaine et la liberté de choix, l’État ne peut contraindre une personne à produire une preuve auto-incriminante et elle dissuade l’État de mener des enquêtes criminelles d’une manière qui porte atteinte au sens du franc-jeu propre à notre société ou qui

required to protect against miscarriages of justice caused by unreliable confessions, the law has developed specialized rules that respect both fairness to the individual and the societal interest in investigating crime and seeking the truth at trial.

[172] Mr. Big operations have procured confessions when traditional investigative techniques have failed. Indeed, that is their sole purpose. These operations, often costly and complex, create elaborate false realities for their targets in which they are valued and rewarded. Threats and inducements are tailored to exploit suspects' vulnerabilities, and confessing becomes necessary for their new lives to continue. The very structure of Mr. Big operations creates circumstances that (1) compromise the suspects' autonomy, (2) undermine the reliability of confessions, and (3) raise concerns about abusive state conduct. In addition, Mr. Big operations create prejudicial evidence of criminal propensity which has the potential to compromise accused persons' ability to make full answer and defence, undermining the fairness of the trial.

[173] Despite these dangers, the Mr. Big technique has not been extensively reviewed by this Court. In *R. v. McIntyre*, [1994] 2 S.C.R. 480, the Court upheld the admissibility of the Mr. Big statements obtained in that case in a brief oral judgment, finding that "the tricks used by the police were not likely to shock the community" (p. 481). But *McIntyre* was very different from this case: the operation lasted for only 10 days, the police officers posing as criminals immediately revealed the illegal nature of their activities, and the "job" offer they made to McIntyre at the outset required him to prove he was capable of killing (see *R. v. McIntyre* (1993), 135 N.B.R. (2d) 266 (C.A.)).

[174] Existing safeguards that govern confessions made to the state are rooted in traditional investigative techniques and fail to properly regulate Mr. Big

compromet l'intégrité de l'administration de la justice. Reconnaissant la nécessité de précautions particulières pour éviter les erreurs judiciaires occasionnées par des aveux non dignes de foi, le droit s'est doté de règles spéciales qui respectent à la fois l'équité envers la personne ainsi que l'intérêt de la société à ce que la police enquête sur les crimes et à ce que la vérité soit établie au procès.

[172] Les opérations Monsieur Big permettent de recueillir des aveux que les techniques traditionnelles d'enquête ne permettent pas d'obtenir. C'est là en fait leur seule raison d'être. Souvent coûteuses et complexes, elles comportent la mise au point minutieuse d'un univers fictif dans lequel les suspects sont valorisés et récompensés. Les menaces et les incitations sont conçues pour exploiter la vulnérabilité du suspect et l'amener à croire qu'il doit passer aux aveux s'il souhaite poursuivre sa nouvelle vie. La conception même de l'opération Monsieur Big fait naître une situation qui (1) compromet l'autonomie du suspect, (2) diminue la fiabilité de l'aveu et (3) fait craindre la conduite abusive de l'État. Elle permet aussi la constitution d'une preuve préjudiciable de propension à la criminalité qui est susceptible de faire obstacle à une défense pleine et entière et de compromettre ainsi l'équité du procès.

[173] Malgré ces risques, la Cour s'est peu prononcée sur la technique Monsieur Big. Dans *R. c. McIntyre*, [1994] 2 R.C.S. 480, dans de brefs motifs oraux, elle confirme la recevabilité des déclarations obtenues grâce à la technique dans ce cas et elle conclut que « les artifices utilisés par les policiers n'étaient pas de nature à choquer la collectivité » (p. 481). Les faits étaient toutefois fort différents de ceux de la présente espèce : l'opération n'avait duré que 10 jours, les policiers qui s'étaient fait passer pour des criminels avaient immédiatement révélé l'illégalité de leurs activités et l'offre d'« emploi » exigeait d'entrée de jeu de M. McIntyre qu'il prouve sa capacité de tuer (voir *R. c. McIntyre* (1993), 135 R.N.-B. (2^e) 266 (C.A.)).

[174] Les garanties actuelles applicables aux aveux recueillis par l'État prennent leur source dans les techniques traditionnelles d'enquête et ne

operations. The confessions rule does not apply in a Mr. Big operation because the suspect is not aware that he is speaking to a person in authority (*R. v. Hodgson*, [1998] 2 S.C.R. 449, at paras. 24-29; *R. v. Grandinetti*, 2005 SCC 5, [2005] 1 S.C.R. 27), nor does the right to silence, which arises only upon a suspect's detention (*R. v. Hebert*, [1990] 2 S.C.R. 151, at p. 184; *McIntyre*). Thus, Mr. Big confessions fall into the gaps between the traditional rules.

[175] The Court cannot countenance this void. The existing rules assist in identifying the interests affected and dangers generated by Mr. Big operations and in structuring a principled and responsive legal framework. The confessions rule guards against unreliable confessions and regulates state conduct to protect basic fairness in the criminal process (*R. v. Oickle*, 2000 SCC 38, [2000] 2 S.C.R. 3, at paras. 68-69). The right to silence focuses on autonomy, choice and fairness by protecting detained persons' "right to choose whether to speak to the authorities or to remain silent" (*Hebert*, at p. 180). More broadly, the principle against self-incrimination from which these protections stem is based upon respect for an individual's autonomy and human dignity, which give that individual the right to choose whether to incriminate herself. The principle serves "at least two key purposes, namely to protect against unreliable confessions, and to protect against abuses of power by the state" (*R. v. White*, [1999] 2 S.C.R. 417, at para. 43; see also *R. v. Jones*, [1994] 2 S.C.R. 229, at p. 250).

B. *The Principle Against Self-Incrimination*

[176] Mr. Big confessions engage the constitutional principle against self-incrimination protected under s. 7 of the *Charter*. Section 7 reads:

Everyone has the right to life, liberty and security of the person and the right not to be deprived thereof except in accordance with the principles of fundamental justice.

permettent pas d'encadrer convenablement l'opération Monsieur Big. La règle des confessions ne s'applique pas à celle-ci, car le suspect ignore qu'il s'adresse à une personne en situation d'autorité (*R. c. Hodgson*, [1998] 2 R.C.S. 449, par. 24-29; *R. c. Grandinetti*, 2005 CSC 5, [2005] 1 R.C.S. 27); il en va de même pour le droit de garder le silence, qui vaut uniquement en cas de détention du suspect (*R. c. Hebert*, [1990] 2 R.C.S. 151, p. 184; *McIntyre*). En conséquence, l'aveu issu d'une opération Monsieur Big échappe à l'application des règles traditionnelles.

[175] La Cour ne peut admettre pareil vide juridique. Les règles existantes contribuent à la détermination des droits qui sont touchés par l'opération et des risques qu'elle crée, ainsi qu'à la mise au point d'un cadre d'analyse raisonnée qui soit adapté. La règle des confessions protège contre l'aveu non digne de foi et régit les actes de l'État afin de préserver l'équité fondamentale de la procédure pénale (*R. c. Oickle*, 2000 CSC 38, [2000] 2 R.C.S. 3, par. 68-69). Le droit de garder le silence met l'accent sur l'autonomie, la liberté de choix et l'équité en protégeant le droit de la personne détenue « de choisir de parler ou non aux autorités ou de garder le silence » (*Hebert*, p. 180). Plus généralement, le principe interdisant l'auto-incrimination, dont découlent ces garanties, prend appui sur le respect de l'autonomie de la personne et de la dignité humaine, de sorte que chacun dispose du choix de s'incriminer ou non. Ce principe a « au moins deux objectifs majeurs, la protection contre les confessions indignes de foi et la protection contre les abus de pouvoir de l'État » (*R. c. White*, [1999] 2 R.C.S. 417, par. 43; voir également *R. c. Jones*, [1994] 2 R.C.S. 229, p. 250).

B. *Le principe interdisant l'auto-incrimination*

[176] L'aveu issu d'une opération Monsieur Big fait intervenir le principe constitutionnel de la protection contre l'auto-incrimination garanti par l'art. 7 de la *Charte*, dont voici le texte :

Chacun a droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de sa personne; il ne peut être porté atteinte à ce droit qu'en conformité avec les principes de justice fondamentale.

[177] In *R. v. P. (M.B.)*, [1994] 1 S.C.R. 555, Lamer C.J. described the principle against self-incrimination as follows:

Perhaps the single most important organizing principle in criminal law is the right of an accused not to be forced into assisting in his or her own prosecution

The broad protection afforded to accused persons is perhaps best described in terms of the overarching principle against self-incrimination, which is firmly rooted in the common law and is a fundamental principle of justice under s. 7 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. As a majority of this Court suggested in *Dubois v. The Queen*, [1985] 2 S.C.R. 350, the presumption of innocence and the power imbalance between the state and the individual are at the root of this principle and the procedural and evidentiary protections to which it gives rise. [Emphasis added; pp. 577-78.]

[178] Section 7 has a well-recognized residual role with respect to the principles of fundamental justice, of which ss. 8 to 14 are examples (*Re B.C. Motor Vehicle Act*, [1985] 2 S.C.R. 486, at pp. 502-3 and 512). The principle against self-incrimination manifests itself in specific protections such as the s. 7 right to silence recognized in *Hebert*, the s. 10(b) right to counsel, the s. 11(c) rule of non-compellability and the s. 13 *privilege* against self-incrimination (see *Jones*, at pp. 251-56; H. Stewart, *Fundamental Justice: Section 7 of the Canadian Charter of Rights and Freedoms* (2012), at pp. 8-9). However, in considering the scope of the principle, in *Thomson Newspapers Ltd. v. Canada (Director of Investigation and Research, Restrictive Trade Practices Commission)*, [1990] 1 S.C.R. 425, Lamer J. (dissenting, but not on this point), agreed with the majority that “the specific enumerations in ss. 11(c) and 13 of the *Charter* are not necessarily exhaustive of the protection afforded by s. 7, and do not prevent residual content being given to s. 7” (p. 442).

[179] The principle against self-incrimination is, therefore, a robust and dynamic concept which

[177] Dans l’arrêt *R. c. P. (M.B.)*, [1994] 1 R.C.S. 555, le juge en chef Lamer dit ce qui suit du principe :

Le principe directeur qui est sans doute le plus important en droit criminel est le droit de l’accusé de ne pas être contraint de prêter son concours aux poursuites intentées contre lui . . .

La protection générale accordée à un accusé est sans doute mieux décrite par le principe général interdisant l’auto-incrimination qui est fermement enraciné dans la common law et qui constitue un principe de justice fondamentale au sens de l’art. 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés*. Comme l’a proposé notre Cour à la majorité dans l’arrêt *Dubois c. La Reine*, [1985] 2 R.C.S. 350, la présomption d’innocence et l’inégalité du rapport de force entre l’État et le particulier sont à la base de ce principe et des protections en matière de procédure et de preuve qui en découlent. [Je souligne; p. 577-578.]

[178] L’article 7 joue un rôle résiduel bien établi au chapitre des principes de justice fondamentale, les art. 8 à 14 constituant des exemples de tels principes (*Renvoi sur la Motor Vehicle Act (C.-B.)*, [1985] 2 R.C.S. 486, p. 502-503 et 512). Le principe interdisant l’auto-incrimination se manifeste par des garanties précises, dont le droit, reconnu dans l’arrêt *Hebert*, de garder le silence en application de l’art. 7, le droit à l’assistance d’un avocat prévu à l’al. 10b), la règle de la non-contrainnabilité énoncée à l’al. 11c) et le *privilege* de ne pas s’incriminer conféré par l’art. 13 (voir *Jones*, p. 251-256; H. Stewart, *Fundamental Justice : Section 7 of the Canadian Charter of Rights and Freedoms* (2012), p. 8-9). Toutefois, dans l’arrêt *Thomson Newspapers Ltd. c. Canada (Directeur des enquêtes et recherches, Commission sur les pratiques restrictives du commerce)*, [1990] 1 R.C.S. 425, appelé à se prononcer sur la portée du principe, le juge Lamer (dissident, mais non sur ce point) convient avec les juges majoritaires que « [ce qui est précisé] à l’al. 11c) et à l’art. 13 de la *Charte* ne couvr[e] pas nécessairement la totalité de la protection accordée par l’art. 7 et n’empêch[e] pas de conférer une teneur résiduelle à l’art. 7 » (p. 442).

[179] Le principe interdisant l’auto-incrimination constitue donc une notion à la fois consistante et

addresses the dangers that arise from confessions made to state agents. It provides a principled approach to dealing with confessions to the state.¹¹ In my view, the principle provides the appropriate response to Mr. Big cases, for several reasons.

[180] First, Mr. Big operations deploy significant state resources to create a new world, where the target often feels that there is no choice but to confess. They directly engage the individual privacy, autonomy and dignity interests that the principle against self-incrimination is meant to protect. The principle against self-incrimination acknowledges the tremendous power of the state and protects the individual's freedom to choose whether to make a statement to the police. The right not to be compelled to incriminate oneself has deep roots. It is an overarching organizing principle in our criminal justice system, of which the confession rule and the right to silence are emanations (*Hebert*, at p. 175). It makes sense to rely upon this foundational principle in responding to confessions that are generated by and made to state agents.

[181] Second, this approach draws on existing jurisprudence concerning the principle against self-incrimination, making it unnecessary to create a new rule. The scope of s. 7's protection against self-incrimination is to be "determined on a case-by-case basis" (*Jones*, at p. 257).

[182] Third, the principle against self-incrimination provides an opportunity to weigh concerns about reliability, autonomy and state conduct together in a nuanced way. These concerns are factually and conceptually intertwined. For example, if the police overreach in their reliance on threats and inducements, this will be relevant to determining

¹¹ While these reasons concentrate on its application to the Mr. Big context, I see no reason why the principle cannot be adapted to govern other innovative police tactics designed to elicit confessions.

dynamique qui permet de remédier aux risques que présentent les aveux recueillis par des représentants de l'État. Il offre une approche raisonnée pour l'analyse de tels aveux¹¹. Il s'agit à mon avis du principe qu'il convient d'appliquer lorsque l'aveu résulte d'une opération Monsieur Big, et ce, pour plusieurs motifs.

[180] Premièrement, aux fins d'une telle opération, l'État consacre des ressources substantielles à la création d'un milieu fictif au sein duquel le suspect finit souvent par croire qu'il n'a d'autre choix que de passer aux aveux. L'opération fait directement intervenir les droits à la vie privée, à l'autonomie de la personne et à la dignité humaine que vise à défendre le principe interdisant l'auto-incrimination. Ce principe reconnaît le pouvoir considérable détenu par l'État et assure la liberté de l'individu de décider de faire ou non une déclaration à la police. Le droit de ne pas être contraint de s'incriminer a des origines anciennes. Il s'agit d'un principe directeur prépondérant de notre système de justice pénale dont sont issus la règle des confessions et le droit de garder le silence (*Hebert*, p. 175). Il est logique de se fonder sur ce principe fondamental pour statuer sur l'admissibilité des aveux générés par des représentants de l'État et faits à ceux-ci.

[181] Deuxièmement, comme mon approche s'appuie sur la jurisprudence relative à l'application du principe interdisant l'auto-incrimination, point n'est besoin de créer une nouvelle règle. La portée de la protection contre l'auto-incrimination qui découle de l'art. 7 est « déterminée cas par cas » (*Jones*, p. 257).

[182] Troisièmement, le principe permet d'apprécier de manière globale et nuancée les craintes touchant à la fiabilité, à l'autonomie et à la conduite de l'État, des considérations étroitement liées sur les plans factuel et conceptuel. À titre d'exemple, lorsque la police aura eu indûment recours aux menaces et aux incitations, il conviendra de se

¹¹ Bien que les présents motifs portent essentiellement sur son application aux opérations Monsieur Big, je ne vois pas pourquoi le principe ne pourrait pas être adapté puis appliqué à d'autres tactiques policières innovatrices conçues pour soutirer des aveux.

whether the operation was unduly coercive, may undermine the reliability of the confession, and will raise the spectre of abuse.

[183] Finally, the principle against self-incrimination addresses suspects' rights both during the Mr. Big operation and at trial; a rule for addressing these operations must regulate both. A fair trial cannot be based on evidence obtained through fundamentally unfair state tactics. That being so, trial fairness and investigative fairness should not be addressed in freestanding inquiries. As the Court explained in *White*, "[i]n every case, the facts must be closely examined to determine whether the principle against self-incrimination has truly been brought into play by the production or use of the declarant's statement" (para. 48 (emphasis added)).

[184] Consistent with *Charter* jurisprudence, the onus is on the accused to establish a *prima facie* breach of the principle against self-incrimination. To do so, the accused must show that concerns about autonomy, reliability, and police conduct exist, as they will in nearly every Mr. Big operation. In such circumstances, the burden will shift to the Crown to establish that there is no breach. Consequently, the Crown should always be prepared to demonstrate the admissibility of the resulting evidence. This will encourage the police to give careful consideration to the constitutionality of the operation and will incentivize recording of the Mr. Big "scenarios" where possible. Given that the entire operation, not just the final meeting, is relevant to the admissibility of any evidence obtained, thorough records would make it easier for the court to assess the investigation and would allow the police to defend against allegations of undue coercion or state misconduct.

[185] The principle against self-incrimination also works to secure trial fairness, which is a principle of fundamental justice recognized under ss. 7 and 11(d) of the *Charter*. Trial fairness may be compromised whenever there are concerns about how police

demandier si l'opération était indûment coercitive, la fiabilité de l'aveu pourra être mise en doute et l'éventualité d'un abus de pouvoir sera considérée.

[183] Enfin, le principe protège les droits du suspect aussi bien pendant l'opération Monsieur Big qu'au procès, et pour assujettir une telle opération, la règle retenue doit valoir aux deux étapes. Un procès équitable ne saurait reposer sur des éléments de preuve obtenus au moyen de procédés étatiques foncièrement inéquitables. Cela étant, l'équité du procès et celle de l'enquête ne devraient pas faire l'objet d'analyses distinctes. Comme l'explique la Cour dans l'arrêt *White*, « [d]ans tous les cas, il faut analyser les faits en profondeur pour déterminer si le principe interdisant l'auto-incrimination est vraiment soulevé par la production ou l'utilisation de la déclaration » (par. 48 (je souligne)).

[184] Suivant la jurisprudence relative à l'application de la *Charte*, il appartient à l'accusé de démontrer l'atteinte *prima facie* au principe interdisant l'auto-incrimination. Il doit alors établir que des craintes touchant à l'autonomie, à la fiabilité et à la conduite policière existent, ce qui sera d'ailleurs le cas de la quasi-totalité des opérations Monsieur Big. Il incombera ensuite au ministère public de prouver qu'il n'a pas été porté atteinte au principe. Le ministère public doit donc toujours être prêt à démontrer l'admissibilité de la preuve issue d'une telle opération, ce qui est de nature à inciter la police à se soucier de la constitutionnalité de l'opération et à enregistrer le déroulement des « scénarios » chaque fois que ce sera possible de le faire. Puisque l'admissibilité de la preuve obtenue est appréciée au regard de l'ensemble de l'opération, et non seulement de la rencontre finale, la constitution d'un dossier détaillé facilitera la tâche du tribunal appelé à se prononcer sur l'enquête et permettra à la police de contester toute allégation de contrainte abusive ou de conduite répréhensible de l'État.

[185] La protection contre l'auto-incrimination contribue aussi à garantir l'équité du procès, laquelle constitue un principe de justice fondamentale reconnu à l'art. 7 et à l'al. 11d) de la *Charte*. L'équité du procès peut être compromise

have obtained self-incriminating evidence, where such evidence is of dubious reliability, and where juries have difficulty evaluating the truthfulness of confessions. There is scope to consider all of these factors under the principle against self-incrimination.

C. *Applying the Principle Against Self-Incrimination to Mr. Big Cases*

[186] The Court applied the principle against self-incrimination in *White*. The *White* framework deals directly with three interrelated concerns which ground the traditional rules respecting confessions to the state: autonomy, reliability, and state conduct. As the Court explained,

[t]he definition of the principle against self-incrimination as an assertion of human freedom is intimately connected to the principle's underlying rationale. As explained by the Chief Justice in *Jones, supra*, at pp. 250-51, the principle has at least two key purposes, namely to protect against unreliable confessions, and to protect against abuses of power by the state. There is both an individual and a societal interest in achieving both of these protections. Both protections are linked to the value placed by Canadian society upon individual privacy, personal autonomy and dignity: see, e.g., *Thomson Newspapers, supra*, at p. 480, *per* Wilson J.; *Jones, supra*, at pp. 250-51, *per* Lamer C.J.; and *Fitzpatrick, supra*, at paras. 51-52, *per* La Forest J. [Emphasis added; para. 43.]

[187] The Court identified four factors which help to determine whether the principle against self-incrimination has been violated by the production or use of a suspect's statements:

- (1) whether there was an adversarial relationship between the accused and the state at the time the statements were obtained;
- (2) whether there was coercion by the state in obtaining the statements;
- (3) whether there was a risk of unreliable confessions as a result of any compulsion; and

chaque fois qu'il existe des doutes sur le mode d'obtention d'une preuve auto-incriminante par les policiers, lorsque la fiabilité de cette preuve est douteuse et lorsque les jurés ont du mal à juger de la véracité d'un aveu. La grande portée du principe interdisant l'auto-incrimination permet de tenir compte de toutes ces considérations.

C. *Application du principe à l'opération Monsieur Big*

[186] Dans *White*, la Cour applique le principe. Le cadre analytique qu'elle y établit s'attache directement à trois soucis connexes qui fondent les règles traditionnelles applicables aux aveux faits à l'État : l'autonomie, la fiabilité et la conduite de l'État. Comme l'explique la Cour,

[l]a définition du principe interdisant l'auto-incrimination comme une affirmation de la liberté humaine est intimement liée à la raison d'être de ce principe. Comme l'explique le Juge en chef dans l'arrêt *Jones*, précité, aux pp. 250 et 251, le principe a au moins deux objectifs majeurs, la protection contre les confessions indignes de foi et la protection contre les abus de pouvoir de l'État. Tant les individus que la société ont un intérêt dans l'existence de ces deux protections. Celles-ci sont liées à la valeur qu'attribue la société canadienne à la vie privée, à l'autonomie personnelle et à la dignité : voir, p. ex., *Thomson Newspapers*, précité, à la p. 480, le juge Wilson; *Jones*, précité, aux pp. 250 et 251, le juge en chef Lamer; et *Fitzpatrick*, précité, aux par. 51 et 52, le juge La Forest. [Je souligne; par. 43.]

[187] La Cour fait état de quatre questions à se poser pour déterminer si la production ou l'utilisation des déclarations du suspect portent atteinte au principe interdisant l'auto-incrimination :

- (1) Une relation de nature contradictoire existait-elle entre l'accusé et l'État au moment des déclarations?
- (2) L'État a-t-il eu recours à la contrainte pour obtenir les déclarations?
- (3) La contrainte risquait-elle de rendre les aveux non dignes de foi?

(4) whether permitting the use of the statements would lead to an increased risk of abusive state conduct. (*White*, at paras. 53-66)

[188] While these factors are interrelated, in the Mr. Big context, each emphasizes a particular legal interest or principle. The coercion factor is primarily concerned with the autonomy and dignity of the suspect and asks whether the suspect had a choice to speak to the authorities. The reliability enquiry focuses on the trustworthiness of any statement obtained. Finally, the conduct of the state is examined with a view to determining whether the authorities used their position of power in an unfair, abusive, or shocking manner. Although each factor underscores a particular concern, specific facts or tactics may implicate more than one danger, and therefore may be considered under more than one part of the analysis. Ultimately, these factors are intertwined and should be considered together.

[189] This approach does not identify prejudice as a factor to be considered under the principle against self-incrimination. However, the prejudice created by the evidence of criminal propensity is indirectly relevant to reliability and state conduct. Moreover, the trial judge retains the residual power to exclude evidence on the basis of trial fairness (see *R. v. Harrer*, [1995] 3 S.C.R. 562, at paras. 24 and 41) or when its probative value is outweighed by its prejudicial effect.

[190] When applying this principled approach to state-induced confessions, the courts should apply the test in a way that protects the fundamental interests at stake and responds to the dangers raised by the particular circumstances.

(1) Adversarial Relationship

[191] The principle against self-incrimination is directly applicable where individuals are in adversarial relationships with the state. In a Mr. Big operation, the state deliberately sets out to obtain a

(4) Permettre l'utilisation des déclarations augmenterait-il le risque de conduite abusive de l'État? (*White*, par. 53-66)

[188] Même s'il s'agit de considérations connexes, dans le contexte d'une opération Monsieur Big, chacune d'elles s'attache à un intérêt ou à un principe juridique particulier. Le recours à la contrainte intéresse principalement l'autonomie et la dignité du suspect et appelle à se demander si le suspect avait le choix de se confier ou non aux autorités. La fiabilité s'attache pour sa part à la crédibilité de la déclaration. Enfin, la conduite de l'État est examinée dans le but de déterminer si les autorités ont utilisé leur position de force de façon inéquitable, abusive ou choquante. Même si chacune des considérations met l'accent sur une crainte précise, certains faits ou certaines tactiques peuvent présenter plus d'un risque et peuvent donc être examinés au regard de plusieurs éléments de l'analyse. En fin de compte, ces considérations sont interreliées et doivent être embrassées globalement.

[189] L'approche ne voit pas dans le préjudice infligé un élément à considérer pour déterminer s'il y a eu ou non manquement au principe interdisant l'auto-incrimination. Le préjudice causé par la preuve de propension à la criminalité joue toutefois indirectement dans l'appréciation de la fiabilité d'une preuve et de la régularité de la conduite de l'État. De plus, le juge du procès conserve le pouvoir résiduel d'exclure une preuve dont l'admission compromettrait l'équité du procès (voir *R. c. Harrer*, [1995] 3 R.C.S. 562, par. 24 et 41) ou dont l'effet préjudiciable l'emporte sur la valeur probante.

[190] Le tribunal appelé à se prononcer sur l'admissibilité d'aveux sollicités par l'État doit appliquer cette approche raisonnée de façon à protéger les intérêts fondamentaux en jeu et à pallier les risques propres à la situation considérée.

(1) Relation de nature contradictoire

[191] La protection contre l'auto-incrimination s'applique d'emblée en présence d'une relation de nature contradictoire entre l'individu et l'État. Lors d'une opération Monsieur Big, l'État cherche

confession from the suspect. By definition, the relationship is adversarial. Thus, this factor does not add to the analysis where there is a confession to Mr. Big.

(2) Coercion

[192] A confession is coerced when the accused is deprived of a free choice whether to admit, deny, or refuse to answer (*Black's Law Dictionary* (6th ed. 1990), at p. 258). In the context of a Mr. Big operation, a confession is coerced when the suspect is deprived of any reasonable alternative to confessing. While there will almost always be some degree of coercion in a Mr. Big operation, the issue at this stage is the *extent* of that constraint. Coercion is not a binary. This means that even if the suspect had some alternative to confessing, the *degree* to which his free choice was compromised must be examined.

[193] While threats of violence are manifestly coercive, the principle of autonomy abhors coercion in all its forms. In *Rothman v. The Queen*, [1981] 1 S.C.R. 640, and *Oickle*, this Court held that particularly manipulative trickery — for example, a police officer pretending to be a chaplain or a legal aid lawyer to obtain a confession — would shock the community. A Mr. Big operation is built upon *layers* of deception. The target is exposed not only to a false confidante, but false friends, a false job, and a false life.

[194] In determining the degree of coercion, the court should consider the magnitude and duration of the operation, any explicit or implied threats used, any financial, social, or emotional inducements applied, and the characteristics of the suspect, including any mental, physical, social, or economic disadvantages.

[195] By way of example, when financial inducements are offered to a person of means, it will be difficult to argue that he or she had no reasonable choice but to confess. On the much more serious end of the spectrum are operations which exploit individuals' particular weaknesses, such that they feel

délibérément à obtenir un aveu du suspect. La relation est, par définition, de nature contradictoire. Cette donnée n'ajoute donc rien à l'analyse dans le cas d'un aveu à Monsieur Big.

(2) Contrainte

[192] Un aveu est obtenu par la contrainte lorsque l'accusé n'est pas libre d'avouer, de nier ou de refuser de répondre (*Black's Law Dictionary* (6^e éd. 1990), p. 258). Dans le contexte d'une opération Monsieur Big, un aveu est obtenu par la contrainte lorsque le suspect n'a pas d'autre choix raisonnable que d'avouer. Bien qu'une certaine contrainte soit presque toujours exercée lors d'une telle opération, il convient à cette étape de l'analyse d'en déterminer l'*étendue*. La contrainte ne revêt pas un caractère binaire. Dès lors, même si le suspect avait quelque choix d'avouer ou non, le *degré* d'atteinte à sa liberté de choix doit être examiné.

[193] La menace de recourir à la violence constitue une contrainte manifeste, mais le principe de l'autonomie abhorre toute forme de contrainte. Dans *Rothman c. La Reine*, [1981] 1 R.C.S. 640, et dans *Oickle*, la Cour statue qu'une supercherie à caractère particulièrement manipulateur — par exemple, un policier se faisant passer pour un aumônier ou un avocat de l'aide juridique dans le but d'obtenir un aveu — choquerait la collectivité. Or, l'opération Monsieur Big est constituée d'une *succession* de tromperies. Non seulement on présente au suspect un faux confident, mais on lui invente des amis, un emploi et une nouvelle vie.

[194] Pour déterminer le degré de contrainte exercée, le tribunal doit prendre en compte l'ampleur et la durée de l'opération, toute menace explicite ou implicite, toute incitation financière, sociale ou psychologique, ainsi que les caractéristiques du suspect, y compris toute faiblesse d'ordre mental, physique, social ou financier.

[195] Par exemple, lorsqu'on offre une gratification financière à une personne bien nantie, on peut difficilement prétendre que celle-ci n'a d'autre choix raisonnable que d'avouer. L'opération conçue pour exploiter certaines faiblesses et amener une personne à se croire obligée de s'incriminer fait

obliged to make a self-incriminating statement. Of course, sufficient pressure may cause even well-situated individuals to feel the force of coercion.

[196] This approach protects the autonomy of the suspect, a cardinal concern of the confessions rule (where it is also expressed as voluntariness) and the principle against self-incrimination more broadly. In *Hodgson*, for example, Cory J. (quoting L. Herman, “The Unexplored Relationship Between the Privilege Against Compulsory Self-Incrimination and the Involuntary Confession Rule (Part I)” (1992), 53 *Ohio St. L.J.* 101, at p. 153, citing Sir G. Gilbert, *The Law of Evidence* (1769)) noted that the common law “will not force any Man to accuse himself”, and held that “from its very inception, the confessions rule was designed not only to ensure the reliability of the confession, but also to guarantee fundamental fairness in the criminal process” (para. 18 (emphasis deleted)).

[197] Although the concern for autonomy interweaves with the goals of obtaining reliable evidence and curbing offensive state conduct, it exists in our adversarial legal system as an idea with its own normative force, namely, “a basic distaste for self-conscription” (*R. v. S. (R.J.)*, [1995] 1 S.C.R. 451, at para. 83). As this Court has explained, “proper rules of battle between government and individual require that the individual . . . not be conscripted by his opponent to defeat himself” (*White*, at para. 42, citing *Wigmore on Evidence*, vol. 8 (McNaughton rev. 1961), § 2251, at p. 318).

[198] In *S. (R.J.)*, the Court described the principle against self-incrimination as “the principle of sovereignty embodied in the idea that individuals should be left alone in the absence of justification, and not conscripted by the state to promote a self-defeating purpose” (para. 81).

[199] While there will almost always be *some* degree of coercion in a Mr. Big operation, this does

partie des cas de contrainte les plus graves. Certes, une pression suffisante peut même amener une personne sans déficience particulière à ressentir la force de la contrainte.

[196] L’approche protège l’autonomie du suspect, un souci fondamental de la règle des confessions (laquelle renvoie également au caractère volontaire) et du principe interdisant l’auto-incrimination de manière générale. Dans l’arrêt *Hodgson*, par exemple, le juge Cory (renvoi à L. Herman, « The Unexplored Relationship Between the Privilege Against Compulsory Self-Incrimination and the Involuntary Confession Rule (Part I) » (1992), 53 *Ohio St. L.J.* 101, p. 153, citant Sir G. Gilbert, *The Law of Evidence* (1769) fait observer que la common law [TRADUCTION] « ne contraint pas une personne à s’incriminer » et statue que « depuis sa création, la règle des confessions a été conçue non seulement pour assurer la fiabilité des confessions, mais aussi pour garantir l’équité fondamentale des procédures criminelles » (par. 18 (soulignement omis)).

[197] Malgré son interrelation avec l’objectif d’obtenir une preuve digne de foi et celui de contrer la conduite répréhensible de l’État, l’autonomie constitue, dans notre système judiciaire accusatoire, une notion dotée de sa propre force normative, à savoir « une aversion fondamentale pour la mobilisation contre soi-même » (*R. c. S. (R.J.)*, [1995] 1 R.C.S. 451, par. 83). Comme l’explique la Cour, [TRADUCTION] « selon les règles régissant les conflits entre le gouvernement et un particulier, celui-ci [. . .] ne doit pas être obligé par son opposant de causer sa propre défaite » (*White*, par. 42, citant *Wigmore on Evidence*, vol. 8 (McNaughton rev. 1961), § 2251, p. 318).

[198] Dans *S. (R.J.)*, la Cour voit dans la protection contre l’auto-incrimination « le principe de la souveraineté contenu dans l’idée qu’un particulier ne doit pas être dérangé sans raison et ne doit pas être obligé par l’État de promouvoir une fin susceptible de causer sa propre défaite » (par. 81).

[199] Même si l’opération Monsieur Big fait presque toujours intervenir un *certain* degré de

not mean that any resulting confession will automatically be excluded. The police must have leeway to employ the Mr. Big technique up to a certain point. However, if the coercion was so great that the suspect was made to believe that he had no alternative but to confess, the statement will have been obtained unconstitutionally. Barring such extreme cases, the court must weigh the *nature and severity* of coercion alongside the reliability of any resulting statement and the conduct of the state, two factors I delineate below.

(3) Reliability

[200] False confessions can cause miscarriages of justice, condemn innocent individuals, and result in failures to convict the truly guilty (*Oickle*, at para. 32). Concern for reliability rightly underpins numerous protections against self-incrimination. Under the “reliability” analysis, the court will execute a robust gatekeeper function in assessing the risk of a false confession, and corroborating or supporting evidence will usually be a prerequisite to admission.

[201] This appraisal is of paramount importance because juries often struggle to properly assess the ultimate reliability of Mr. Big confessions. Juries generally find it difficult to believe that someone would confess to a crime she did not commit (*Oickle*, at para. 34), and are loath to disregard a confession even where it is known to be coerced (S. M. Kassin et al., “Police-Induced Confessions: Risk Factors and Recommendations” (2010), 34 *Law & Hum. Behav.* 3, at p. 24). This danger is compounded by the criminal propensity evidence generated during a Mr. Big investigation. An accused who falsely confessed is in a catch-22 situation; his only course to explain away his statement is to admit that it was made to preserve his criminal lifestyle.

[202] As a consequence, the trial judge must play a gatekeeper role in assessing the reliability of the

contrainte, tout aveu qui en résulte n’est pas automatiquement inadmissible. La police doit pouvoir recourir à la technique jusqu’à un certain point. Cependant, lorsque la contrainte a été telle que le suspect a été amené à croire qu’il n’avait d’autre choix que de passer aux aveux, force est de conclure que la déclaration a été obtenue de façon inconstitutionnelle. Mis à part ce cas extrême, le tribunal doit soupeser *la nature et la gravité* de la contrainte de pair avec deux considérations que je développe ci-après, la fiabilité de la déclaration obtenue et la conduite de l’État.

(3) Fiabilité

[200] Le faux aveu peut mener à l’erreur judiciaire et faire en sorte qu’un innocent soit déclaré coupable et que le vrai coupable échappe à la justice (*Oickle*, par. 32). De nombreuses protections contre l’auto-incrimination reposent à juste titre sur le souci de fiabilité. Dans son analyse de la « fiabilité », le tribunal exercera strictement sa fonction de gardien vis-à-vis du risque de faux aveu; généralement, l’existence d’une preuve de corroboration ou à l’appui constituera d’ailleurs une condition préalable à l’admission.

[201] Cette appréciation revêt une importance capitale, car les jurés ont souvent de la difficulté à juger convenablement de la fiabilité en dernière analyse d’un aveu issu d’une opération Monsieur Big. Les jurés ont généralement du mal à croire qu’une personne puisse avouer un crime qu’elle n’a pas commis (*Oickle*, par. 34) et ils sont peu enclins à ne pas tenir compte d’un aveu même lorsqu’ils savent que celui-ci a été obtenu par la contrainte (S. M. Kassin et autres, « Police-Induced Confessions : Risk Factors and Recommendations » (2010), 34 *Law & Hum. Behav.* 3, p. 24). Le risque est exacerbé par la preuve de propension à la criminalité que produit l’opération. L’accusé qui fait un faux aveu se retrouve dans une situation sans issue; le seul moyen d’expliquer sa déclaration est d’admettre l’avoir faite pour préserver son mode de vie criminel.

[202] En conséquence, le juge du procès doit jouer son rôle de gardien lorsqu’il se penche sur

confession. Although the assessment of *ultimate* reliability — the final weight to be given to the confession — is the purview of the jury, a gate-keeping function is far from unprecedented. For example, trial judges are called upon to gauge the threshold reliability of hearsay evidence. In doing so, the judge may find evidence sufficiently trustworthy either because the circumstances of the statement are indicative of reliability or because the jury will have the tools to assess it (*R. v. Khelawon*, 2006 SCC 57, [2006] 2 S.C.R. 787, at paras. 62-63; *R. v. Youvarajah*, 2013 SCC 41, [2013] 2 S.C.R. 720, at paras. 29-30).

[203] However, traditional indicia of reliability often cannot be relied upon in a Mr. Big operation. The confession of an accused is generally considered to be admissible hearsay, in part because it is a “statement against interest” and therefore more likely to be reliable. But statements to Mr. Big are not “against” the accused’s interest at all: the target has been made to feel safe from legal consequences, and confessing is a precondition to membership in the organization, access to work, or some other benefit. Confessions are also treated as admissible hearsay because the accused, a party to the case, can testify that the confession was false (see *R. v. Osmar*, 2007 ONCA 50, 84 O.R. (3d) 321, leave to appeal refused, [2007] 2 S.C.R. vii; *R. v. Bonisteel*, 2008 BCCA 344, 259 B.C.A.C. 114). However, by design, the Mr. Big operation creates prejudicial evidence of criminal propensity. The accused must either let the confession stand or explain that he made it in order to continue his new criminal lifestyle.

[204] Thus, confessions made to Mr. Big are particularly hazardous, and the judge must evaluate their threshold reliability in order to satisfy the principle against self-incrimination.

[205] In order to find that a confession was constitutionally obtained, supporting evidence will usually be required. Under the confessions rule, corroborative evidence cannot salvage an involuntary statement.

la fiabilité de l’aveu. Bien que la fiabilité *en dernière analyse* — le poids final accordé à l’aveu — relève du jury, cette fonction de gardien est loin d’être nouvelle. À titre d’exemple, le juge du procès est appelé à établir le seuil de fiabilité de la preuve par ouï-dire. Il peut alors conclure que la déclaration est suffisamment digne de foi parce que les circonstances dans lesquelles elle a été faite comportent des indices de fiabilité ou parce que les jurés disposeront des moyens nécessaires pour juger de sa fiabilité (*R. c. Khelawon*, 2006 CSC 57, [2006] 2 R.C.S. 787, par. 62-63; *R. c. Youvarajah*, 2013 CSC 41, [2013] 2 R.C.S. 720, par. 29-30).

[203] Or, souvent, les indices traditionnels de fiabilité ne pourront être pris en compte dans le cas d’une opération Monsieur Big. On estime généralement que l’aveu de l’accusé constitue une preuve par ouï-dire admissible, notamment parce qu’il s’agit d’une « déclaration contre l’intérêt » de son auteur, de sorte qu’elle peut être tenue pour digne de foi. Toutefois, la déclaration faite à Monsieur Big n’est pas du tout « contraire » à l’intérêt de l’accusé. Le suspect a été amené à se croire à l’abri de toute conséquence juridique, et avouer était une condition préalable pour devenir membre de l’organisation, obtenir du travail ou bénéficier d’autres avantages. L’aveu est également assimilé à une preuve par ouï-dire admissible parce que l’accusé, qui est partie au litige, peut témoigner et faire valoir la fausseté de son aveu (voir *R. c. Osmar*, 2007 ONCA 50, 84 O.R. (3d) 321, autorisation d’appel refusée, [2007] 2 R.C.S. vii; *R. c. Bonisteel*, 2008 BCCA 344, 259 B.C.A.C. 114). Cependant, telle qu’elle est conçue, l’opération Monsieur Big donne lieu à une preuve préjudiciable de propension à la criminalité. Soit l’accusé ne conteste pas l’aveu, soit il explique l’avoir fait pour préserver son nouveau mode de vie criminel.

[204] En conséquence, l’aveu fait à Monsieur Big présente un risque particulier, et le tribunal doit établir son seuil de fiabilité afin de respecter le principe interdisant l’auto-incrimination.

[205] Une preuve à l’appui sera généralement exigée pour conclure à la constitutionnalité de l’obtention de l’aveu. Suivant la règle des confessions, une preuve de corroboration ne peut empêcher

That rule is not concerned with the reliability of the particular confession, but with the manner in which it was obtained. This is because “if the state were left with the option of simply corroborating forced confessions, there would be little incentive to refrain from reprehensible investigative measures” (*Hodgson*, at para. 20). However, under the self-incrimination framework, coercion and state conduct are independently considered under other factors, so there is no need to use reliability as a proxy for these concerns, and corroborative evidence may be considered.

[206] Moreover, corroborative evidence compensates for the reliability concerns inherent to a Mr. Big operation. Such tactics involve powerful inducements: the suspect is promised financial rewards, membership in an organization, legal protection, approval and friendship, or some combination of these in exchange for simply admitting to the commission of the crime. At the same time, the suspect has usually been warned about the consequences of failing to behave as the organization expects, and the “truth” that Mr. Big wants to hear has already been made very clear.

[207] A confession is more likely to be reliable if it leads to the discovery of details of the crime scene, describes unusual aspects of the crime, or refers to “hold back” evidence — provided, of course, such details or evidence could not be guessed or otherwise identified by the suspect. I agree with *amicus curiae* that, generally, an uncorroborated, unverified confession will not be sufficiently reliable and will be inadmissible. However, the inverse does not necessarily hold. The principle against self-incrimination is not solely concerned with ensuring reliable statements; even true statements may be excluded if they were obtained through abusive state conduct or through coercion that overrode the suspect’s autonomy interest.

l’exclusion d’une déclaration involontaire. La règle se soucie du mode d’obtention de l’aveu, non de sa fiabilité. En effet, « si l’État avait la faculté de simplement corroborer des déclarations obtenues de force, il n’y aurait pas grand-chose qui l’inciterait à s’abstenir d’appliquer des moyens d’enquête répréhensibles » (*Hodgson*, par. 20). Cependant, suivant le cadre d’analyse axé sur la protection contre l’auto-incrimination, la contrainte et la conduite de l’État sont examinées séparément à l’occasion de la prise en compte d’autres considérations; il n’est donc pas nécessaire de recourir à la notion de la fiabilité pour aborder ces sujets de préoccupation, et une preuve de corroboration peut être prise en compte.

[206] De plus, comme l’opération Monsieur Big suppose le recours à des attraits irrésistibles, une preuve de corroboration permet de pallier la fiabilité douteuse de l’aveu obtenu grâce à la tactique. Le suspect se voit promettre gratifications financières, admission dans l’organisation, protection juridique, acceptation et liens d’amitié, ou une combinaison de ces avantages, s’il accepte tout simplement d’avouer qu’il a commis le crime. En même temps, il est généralement mis en garde contre les conséquences auxquelles il s’expose s’il ne répond pas aux attentes de l’organisation, et il sait très bien quelle « vérité » veut connaître Monsieur Big.

[207] La fiabilité de l’aveu s’accroît lorsqu’il mène à la découverte de précisions sur le lieu du crime, qu’il fait mention d’aspects inusités du crime ou qu’il renvoie à des éléments de preuve non communiqués, à condition, bien sûr, que ces précisions ou éléments de preuve n’aient pu être devinés ou par ailleurs découverts par le suspect. Je conviens avec l’*amicus curiae* que, en général, l’aveu ni corroboré ni vérifié n’est pas suffisamment digne de foi pour être jugé admissible. Cependant, l’inverse n’est pas nécessairement vrai. Le principe interdisant l’auto-incrimination ne se soucie pas uniquement de la fiabilité des déclarations, car une déclaration véridique peut être exclue si elle a été obtenue par suite d’actes abusifs de la part de l’État ou du recours à une contrainte qui a porté atteinte au droit du suspect à l’autonomie.

[208] This is not to say that Mr. Big confessions will always be inadmissible. When the police elicit confessions in a way that respects the autonomy of the suspect and the integrity of the administration of justice — likely through shorter, less exploitative Mr. Big investigations like that in *McIntyre* — the resulting confessions will be less grievously afflicted with reliability concerns and will more likely be admissible, particularly when corroborated.

(4) Abuse of Power/Police Misconduct

[209] The state must conduct its law enforcement operations in a manner that is consonant with the community's underlying sense of fair play and decency. It cannot manipulate suspects' lives without limit, turning their day-to-day existence into a piece of theatre in which they are unwitting participants. Such an approach does violence to the dignity of suspects and is incompatible with the proper administration of justice.

[210] I agree with my colleague Moldaver J. that the abuse of process doctrine recognized under s. 7 remains independently available to provide a remedy for state misconduct in the Mr. Big context. However, the high threshold for its application means that conduct may tend to undermine the integrity of the administration of justice, yet fail to warrant a remedy under this doctrine. The need to restrain state misconduct is one of the rationales for the principle against self-incrimination (as well as the confessions rule and the right to silence). Therefore, police conduct in Mr. Big operations must be considered, even when it does not rise to the level of abuse of process.

[211] State conduct throughout a Mr. Big operation must be scrutinized to determine whether the police unfairly, unnecessarily or disproportionately manipulated the suspect. This inquiry will also

[208] Il ne s'ensuit pas que l'aveu issu d'une opération Monsieur Big sera toujours inadmissible. Le respect par la police de l'autonomie du suspect et de l'intégrité de l'administration de la justice — vraisemblablement au moyen d'une enquête Monsieur Big de courte durée et peu abusive, comme celle en cause dans l'affaire *McIntyre* — atténuera la crainte de la non-fiabilité des aveux, lesquels seront donc davantage susceptibles d'être admis en preuve, surtout s'ils sont corroborés.

(4) Abus de pouvoir et conduite répréhensible des policiers

[209] L'État doit mener ses opérations d'application de la loi de manière à respecter le sens du franc-jeu et de la décence qu'a la société. Il ne peut manipuler à son gré la vie des suspects, faire de leur quotidien une pièce de théâtre à laquelle ils participent sans le savoir, car c'est attentatoire à la dignité des suspects et incompatible avec la bonne administration de la justice.

[210] Je conviens avec mon collègue le juge Moldaver que la doctrine de l'abus de procédure reconnue sur le fondement de l'art. 7 demeure une assise indépendante pour l'octroi d'une réparation lorsque l'État fait preuve de conduite répréhensible lors d'une opération Monsieur Big. Cependant, compte tenu de ses conditions d'application strictes, la doctrine peut ne pas permettre l'obtention d'une réparation lorsque la conduite tend à compromettre l'intégrité de l'administration de la justice. La nécessité de prévenir la conduite répréhensible de l'État est l'une des raisons d'être du principe interdisant l'auto-incrimination (ainsi que de la règle des confessions et du droit de garder le silence). En conséquence, la conduite des policiers lors d'une opération Monsieur Big doit être examinée, même lorsqu'elle n'équivaut pas à un abus de procédure.

[211] Pour déterminer s'il y a eu manipulation inéquitable, inutile ou démesurée du suspect, il faut examiner attentivement la conduite adoptée par l'État tout au long de l'opération. On doit

consider other objectionable police tactics such as involving the suspect in dangerous conduct or exposing him to physical or psychological harm.

[212] A certain degree of trickery is, of course, inherent to many effective and appropriate police tactics. But the more disreputable the police tactics become, and the less they comport with the responsibility to conduct a fair prosecution which respects the dignity of the suspect, the more likely it is that s. 7 has been violated.

[213] The entrapment doctrine — a specific variant of abuse of process — assists with this analysis. While it is not directly applicable outside the entrapment context, it nonetheless identifies useful factors to consider in examining the conduct of the state. *R. v. Mack*, [1988] 2 S.C.R. 903, establishes that, unless the authorities have a reasonable suspicion that a suspect is already engaged in criminal activity, or act pursuant to a *bona fide* inquiry, they cannot provide the suspect with an opportunity to commit an offence. Even when that threshold for suspicion is met, the authorities cannot go beyond *providing an opportunity* to commit an offence by crossing over into *inducing commission* of the offence (*Mack*, at p. 964). Lamer J. provided a useful non-exhaustive list of factors to consider in determining whether that line has been crossed. In the Mr. Big context, these kinds of factors can assist in deciding whether the inducements, threats, and manipulation used constitute abusive state conduct. Adapting the factors from *Mack*, at p. 966, the following considerations are relevant to Mr. Big operations:

1. the type of crime being investigated and the availability of other techniques for the police detection of its commission;
2. the strength of the evidence causing the police to target the suspect;

aussi se pencher sur les autres tactiques policières répréhensibles utilisées, comme faire participer le suspect à des activités dangereuses ou l'exposer à un préjudice physique ou psychologique.

[212] Évidemment, la supercherie est jusqu'à un certain point inhérente à bon nombre de tactiques policières efficaces et appropriées. Toutefois, plus une tactique policière devient déshonorante, et moins elle est compatible avec l'obligation de mener une enquête équitable dans le respect de la dignité du suspect, plus elle risque de porter atteinte à un droit garanti à l'art. 7.

[213] Variante de l'abus de procédure, la doctrine de la provocation policière apporte un certain éclairage en l'espèce. Bien qu'elle ne s'applique directement qu'à la provocation policière, les considérations qu'elle tient pour pertinentes sont utiles lorsqu'il s'agit de se prononcer sur la légitimité de la conduite de l'État. Dans l'arrêt *R. c. Mack*, [1988] 2 R.C.S. 903, la Cour conclut que les autorités ne peuvent donner au suspect l'occasion de commettre une infraction que lorsqu'elles le soupçonnent raisonnablement d'être déjà engagé dans une activité criminelle ou qu'elles agissent dans le cadre d'une véritable enquête. Même en présence des soupçons raisonnables exigés, les autorités doivent se contenter de *fournir une occasion* de commettre l'infraction et ne pas *inciter à sa perpétration* (*Mack*, p. 964). Le juge Lamer énumère de manière non exhaustive les éléments dont la prise en compte permet de déterminer si les autorités sont allées trop loin. Dans le contexte d'une opération Monsieur Big, ces éléments peuvent être utiles pour décider si les incitations, les menaces et la manipulation en cause rendent abusive la conduite de l'État. En adaptant ces éléments (énumérés à la p. 966), on peut retenir les considérations suivantes pour les besoins d'une opération Monsieur Big :

1. la nature du crime sous enquête et l'existence d'autres techniques qui permettent à la police de faire la lumière sur sa perpétration;
2. la solidité de la preuve qui amène la police à prendre pour cible le suspect;

- | | |
|---|---|
| 3. the types and strength of inducements used by the police, including deceit, fraud, trickery or reward; | 3. le genre d'incitations utilisées par la police, y compris la tromperie, la fraude, la supercherie ou la récompense, et l'importance de leur effet; |
| 4. the duration of the operation and the number of interactions between the police and the suspect; | 4. la durée de l'opération et le nombre d'interactions entre les policiers et le suspect; |
| 5. whether the police conduct involved an exploitation of human characteristics such as the emotions of compassion, sympathy and friendship; | 5. l'exploitation des émotions humaines, telles la compassion, la sympathie et l'amitié; |
| 6. whether the police appear to have exploited a particular vulnerability of the suspect such as mental, social, or economic vulnerabilities or substance addiction; | 6. si la police paraît avoir exploité une vulnérabilité particulière du suspect — psychologique, sociale, financière ou autre — ou sa dépendance à une substance; |
| 7. the degree of harm to the suspect that the police caused or risked; | 7. l'importance du préjudice que la police a causé ou aurait pu causer au suspect; |
| 8. the existence and severity of any threats, implied or express, made to the suspect by the police or their agents, including threats made to third parties where those threats carry an indirect threat to the accused; | 8. l'existence et la gravité de menaces, tacites ou expresses, proférées par la police ou ses agents à l'endroit du suspect, mais aussi à l'endroit de tiers lorsque les menaces visent indirectement l'accusé; |
| 9. whether an average person, with both strengths and weaknesses, in the position of the suspect would be induced to falsely confess; | 9. le fait qu'une personne ordinaire, avec ses forces et ses faiblesses, dans la situation du suspect, aurait été incitée ou non à faire un faux aveu; |
| 10. the persistence and number of attempts made by the police before the suspect agreed to confess. | 10. la persistance et le nombre de tentatives faites par la police avant que le suspect ne passe aux aveux. |

[214] My intention is not to create a formalistic checklist or to overcomplicate the analysis. These factors are simply examples which may help the court to determine whether the conduct of the police in obtaining a confession has contravened our society's basic expectations of fair play or undermined the reputation of the justice system. More abusive state conduct makes it more likely that the confession was obtained in a manner incompatible with the principle against self-incrimination.

(5) Weighing the Contextual Factors

[215] As I have explained, the foregoing contextual factors are not binaries that are “present” or “not present”. In most cases, there will be some degree

[214] Je n'entends pas créer une liste de contrôle formelle ou compliquer à outrance l'analyse. Ces éléments ne constituent que des exemples susceptibles d'aider le tribunal à déterminer si les actes accomplis par la police pour obtenir l'aveu ont déçu les attentes fondamentales de la société sur le plan du franc-jeu ou s'ils ont déconsidéré le système judiciaire. Plus la conduite de l'État est abusive, plus l'aveu risque d'avoir été obtenu au mépris du principe interdisant l'auto-incrimination.

(5) Appréciation des facteurs contextuels

[215] Je le répète, les éléments contextuels susmentionnés ne revêtent pas un caractère binaire qui commande de déterminer s'ils « s'appliquent » ou

of concern about coercion, about the reliability of the confession, and about the state conduct. This does not automatically mean the statement should be excluded. The court should consider the concerns collectively, attaching weight to them, depending on the degree to which they are present in the individual case. For example, if a confession is corroborated and reliable, this factor may outweigh relatively minor concerns about coercive conduct. In some cases — if the statements were obtained in a highly coercive manner or the state conduct cannot be condoned by the courts — the principle against self-incrimination may be violated even if the statement is reliable. Except in such extreme cases, it is the collective, rather than individual, impact of these concerns that will determine whether the principle against self-incrimination has been violated.

[216] Typical undercover operations, therefore, will not violate the principle against self-incrimination. Unlike Mr. Big operations, these strategies are not designed around the coercive use of threats and inducements or entrapment-like state conduct. Undercover officers usually role-play within existing circumstances to observe suspects and *gather* evidence — not to *generate* confessions — resulting in reduced concerns with respect to both autonomy interests and the reliability of the evidence obtained. By contrast, the very structure of Mr. Big operations is coercive — officers deliberately set out to enmesh the suspect in a criminal organization and drive him or her towards a confession. In the usual undercover context, police must be careful to avoid entrapping suspects into committing the crimes for which they are being investigated. Thus, by design, such an operation must guard against abusive entrapment police conduct that is typical in a Mr. Big operation. It is therefore highly unlikely that in classic undercover operations, concerns about personal autonomy, reliability, and abusive conduct — even when weighed together — will result in a violation of the principle against self-incrimination.

« ne s'appliquent pas ». Dans la plupart des cas, il y aura un certain degré d'inquiétude relativement à la contrainte, à la fiabilité de l'aveu et à la conduite de l'État, mais la déclaration ne sera pas automatiquement exclue pour autant. Le tribunal doit examiner globalement les doutes soulevés et déterminer leur incidence selon leur degré d'application dans le dossier. Par exemple, le fait qu'un aveu est à la fois corroboré et digne de foi peut l'emporter sur la crainte relativement mineure de l'exercice d'une contrainte. Dans certains cas, lorsque la déclaration a été obtenue de manière très coercitive ou que la conduite de l'État ne saurait être tolérée par les tribunaux, il peut y avoir entorse au principe interdisant l'auto-incrimination même si la déclaration est digne de foi. Hormis ces cas extrêmes, c'est l'impact global, plutôt qu'individuel, de ces doutes qui permettra de déterminer s'il y a eu observation du principe ou non.

[216] Ainsi, l'opération d'infiltration type ne fera pas entorse au principe. Contrairement à l'opération Monsieur Big, elle n'est axée ni sur le recours coercitif à la menace et à l'incitation, ni sur l'accomplissement par l'État d'actes s'apparentant à la provocation policière. Habituellement, une opération d'infiltration vise une situation existante, et les agents sont appelés à observer les suspects et à *recueillir* des éléments de preuve, non à *générer* des aveux, ce qui suscite moins de craintes concernant tant le droit à l'autonomie que la fiabilité de la preuve obtenue. En revanche, l'opération Monsieur Big est foncièrement coercitive, car des agents cherchent délibérément à amener le suspect à s'empêtrer dans les filets d'une organisation criminelle et à passer aux aveux. Dans le contexte habituel d'une opération d'infiltration, les policiers doivent s'efforcer de ne pas provoquer la perpétration par les suspects des crimes sur lesquels ils enquêtent. Partant, de par la conception même de l'opération, les agents doivent se garder de recourir aux actes de provocation policière abusifs qui sont monnaie courante dans le cadre d'une opération Monsieur Big. Il est donc très improbable que, lors d'une opération d'infiltration classique, des craintes liées à l'autonomie de la personne, à la fiabilité de la preuve et à la conduite abusive, même si on les met toutes en balance, fassent entorse au principe interdisant l'auto-incrimination.

D. Probative Value Versus Prejudicial Effect

[217] My colleague Moldaver J. is, of course, correct that trial judges should exclude evidence where its probative value is exceeded by its prejudicial effect. This rule is a principle of fundamental justice which safeguards trial fairness.

[218] However, even as modified by my colleague, this rule is not sufficient to respond to the dangers of a confession to Mr. Big because it does not protect the human dignity and autonomy of the suspect or temper state conduct. Under my colleague's approach, a highly reliable confession will likely be admitted — regardless of whether the target was coerced by the state to incriminate himself. His rule does not permit these concerns to be assessed and considered collectively under a single principled framework. It is preferable for the reliability of a confession and the manner in which it was obtained to be considered together.

[219] My colleague's rule, including the presumption of inadmissibility, only applies if the police employ a Mr. Big investigation. As such, it may inspire a threshold debate about the boundaries of the Mr. Big tactic. By contrast, an approach that responds to the *dangers* of state-induced confessions applies regardless of the label attached to the tactic. It is the threats to which the rule responds that call it to action.

[220] This is not to diminish the trial judge's responsibility to exclude evidence that is more prejudicial than probative. Highly prejudicial evidence that is unnecessary to explain the context in which the confession was made, such as details of the suspect's involvement in egregious fake crimes, should continue to be edited or excised completely. Additionally, jury instructions must warn against impermissible reasoning based upon criminal propensity.

D. Mise en balance de la valeur probante et de l'effet préjudiciable

[217] Je conviens évidemment avec mon collègue le juge Moldaver que le juge du procès doit exclure la preuve dont l'effet préjudiciable l'emporte sur la valeur probante. Il s'agit de l'application d'un principe de justice fondamentale qui vise à préserver l'équité du procès.

[218] Cependant, malgré la modification qu'y apporte mon collègue, cette règle ne pallie pas les risques que pose l'aveu à Monsieur Big, car ni la dignité humaine du suspect ni son autonomie ne sont protégées et l'État n'est pas incité à la modération. Suivant l'analyse préconisée par mon collègue, l'aveu d'une grande fiabilité sera admis, que le suspect ait ou non été contraint par l'État de s'incriminer. La règle qu'il propose ne permet pas d'apprécier ces considérations globalement en fonction d'un seul cadre d'analyse raisonnée. Mieux vaut examiner globalement la fiabilité de l'aveu et la manière dont celui-ci a été obtenu.

[219] La règle que privilégie mon collègue, y compris la présomption d'inadmissibilité qu'elle crée, ne s'applique que si la police a recours à une opération Monsieur Big. Elle pourrait donc donner lieu à un débat préalable sur ce qui constitue ou non une telle opération. En revanche, la règle qui tient compte des *risques* liés aux aveux sollicités par l'État s'applique peu importe l'étiquette accolée à la tactique utilisée. Ce sont les risques auxquels elle s'attaque qui emportent son application.

[220] Le juge du procès demeure quand même tenu d'exclure les éléments de preuve dont l'effet préjudiciable l'emporte sur la valeur probante. Il faut continuer à retrancher de la preuve tous les éléments hautement préjudiciables qui ne sont pas nécessaires à l'établissement du contexte de l'aveu, comme les précisions sur la participation du suspect à un crime odieux mais fictif. Aussi, dans ses directives, le juge doit mettre en garde les jurés contre le caractère inacceptable d'un raisonnement fondé sur la propension à la criminalité.

III. Application to This Case

A. *Was the Principle Against Self-Incrimination Violated?*

(1) Coercion

[221] The Mr. Big operation in this case lasted for four months and involved 63 staged “scenarios”. The deceit employed was extensive. The police deliberately exploited the accused’s particular vulnerabilities to ensure he had no realistic option but to give Mr. Big the confession he demanded.

[222] In the first several scenarios, the operatives went to considerable lengths to show Hart that the trucking business owned by “Jim” was legitimate. Although Hart accepted remuneration under the table, he was only introduced to artificial criminality after 14 “scenarios” had been completed, when he was already hooked into the manufactured reality of lucrative employment and close friendship.

[223] The trial judge found that violence was not used or directly threatened against Mr. Hart (2007 NLTD 74, 265 Nfld. & P.E.I.R. 266, at paras. 58 and 63-65). However, the police created an aura of violence. The respondent was told that sometimes bad deeds had to be done and was led to believe that one of the operatives had assaulted a sex worker in retaliation for betrayal. The operatives also described the Hell’s Angels as “flunkies” compared to the boss. As the officer leading the investigation testified, the purported violence of the organization went “hand in hand with portraying ourselves to be criminals”. “Paul” boasted to Hart that he could kill rats and that “if he ever ratted on me there would be no turning back, it would be a one way street”.

[224] The trial judge found that Hart was motivated by a desire to take a cut of the profits. For this he had to take greater risks and gain the trust of the “boss” (para. 62). The financial inducements were

III. Application aux faits de l’espèce

A. *Y a-t-il eu atteinte au principe interdisant l’auto-incrimination?*

(1) Contrainte

[221] En l’espèce, l’opération Monsieur Big a duré quatre mois et donné lieu à la mise en scène de 63 « scénarios ». La police a abondamment eu recours à la tromperie. Elle a aussi délibérément exploité les faiblesses de l’accusé pour faire en sorte qu’il n’ait d’autre choix réaliste que de faire l’aveu exigé par Monsieur Big.

[222] Lors des premières mises en scène, les agents ont fait des pieds et des mains pour convaincre M. Hart que l’entreprise de camionnage exploitée par « Jim » était légitime. Même si M. Hart a accepté d’être rémunéré au noir, ce n’est qu’après 14 « scénarios » qu’il a été initié à la perpétration de crimes fictifs, lorsqu’il ne pouvait déjà plus se passer de l’emploi lucratif et des liens d’amitié étroits dont il bénéficiait dans ce monde factice.

[223] Le juge du procès conclut qu’on n’a pas fait usage de violence contre M. Hart, ni proféré de menaces directes à son endroit (2007 NLTD 74, 265 Nfld. & P.E.I.R. 266, par. 58 et 63-65). Cependant, la police a créé un climat de violence. L’intimé s’est fait dire que des actes répréhensibles devaient parfois être commis et il a été amené à croire que l’un des agents avait agressé une prostituée pour la punir de sa trahison. Les agents ont également laissé entendre que, comparés au chef, les Hell’s Angels n’étaient que des [TRADUCTION] « laquais ». Dans son témoignage, l’agent responsable de l’enquête a affirmé que la violence imputée à l’organisation allait « de pair avec le fait d’incarner des criminels ». « Paul » s’est vanté devant M. Hart de pouvoir abattre les traîtres et il a ajouté que « si jamais il le dénonçait, c’en était fait de lui, il n’y aurait pas d’issue ».

[224] Selon le juge du procès, M. Hart était mû par le désir de toucher sa part du gâteau. Il devait donc courir plus de risques et gagner la confiance du « chef » (par. 62). Les gratifications financières

significant by anyone's measure. But for someone who was known to live in poverty so extreme that he did not even have a bed to sleep on, they were life changing: generous wages and *per diems*, visits to expensive restaurants, train trips and flights to new cities. At the *voir dire*, Hart explained, "[y]ou know, it was almost like a new life." Given his poverty, it is easy to understand why he did not turn down the opportunity to make such money.

[225] The evidence also makes it clear that, for the respondent, the friendships he believed he had gained were at least as important as the money. The operatives deliberately separated the respondent from his wife in the early days of the operation. They created an alternate reality for the respondent, intentionally disorienting him to the point that in the final interview with Mr. Big, he was persuaded that incriminating himself was the only route to take. Hart's fear of losing his new "family" was palpable. Mr. Hart would have viewed losing these friendships, around which his life had been totally restructured, as no choice at all.

[226] The trial judge concentrated on the lack of violent coercion in the operation, but did not consider the effect of the financial and social inducements on Mr. Hart. The extent of the deceit and the inducements used must be viewed as more seriously infringing the respondent's autonomy interests, given his known characteristics: his extreme poverty and social isolation, and his lack of education and sophistication. I conclude that by preying on these vulnerabilities to such a degree, the police deprived the respondent of meaningful choice about whether to give an incriminating statement to Mr. Big.

(2) Reliability

[227] The incentives for Mr. Hart to have falsely confessed are very substantial. It was made clear to him that his friendships, his wages, and his membership in the organization (essentially his new family) were dependent on telling Mr. Big what he wanted to hear. In short, he had every incentive to

auraient eu un effet attractif sur n'importe qui, mais dans le cas d'une personne dont on savait qu'elle était si pauvre qu'elle n'avait même pas de lit pour dormir, elles étaient de nature à transformer sa vie : salaire généreux et indemnité quotidienne, repas dans des restaurants coûteux, voyages en train et en avion à destination de villes jusque là inconnues. Au voir-dire, M. Hart a expliqué que [TRADUCTION] « [c]'était presque comme une nouvelle vie, vous savez. » Vu sa pauvreté, on comprend aisément qu'il n'ait pas laissé passer l'occasion de faire autant d'argent.

[225] La preuve indique aussi clairement que les relations d'amitié importaient au moins autant à l'intimé que l'argent. Au début de l'opération, les agents ont délibérément séparé l'intimé de son épouse. Ils ont créé à son intention un monde parallèle, l'ont intentionnellement désorienté, si bien que, lors de la rencontre ultime avec Monsieur Big, il était arrivé à croire qu'il n'avait d'autre choix que de s'incriminer. La crainte de perdre sa nouvelle « famille » était palpable. L'intimé ne pouvait pas du tout envisager de perdre ces liens d'amitié autour desquels sa vie s'était totalement réorganisée.

[226] Le juge du procès insiste sur l'absence de contrainte par la violence lors de l'opération, mais il omet de tenir compte de l'effet des incitations financières et sociales. L'ampleur de la tromperie et de l'incitation accroît la gravité de l'atteinte à l'autonomie, eu égard aux données sur l'intimé dont disposaient les policiers : pauvreté extrême, isolement social, faible scolarité et connaissances limitées. Selon moi, en misant ainsi sur ces points de vulnérabilité, la police a privé l'intimé du choix véritable de faire ou non une déclaration incriminante à Monsieur Big.

(2) Fiabilité

[227] La pression exercée sur M. Hart pour qu'il fasse de faux aveux a été très grande. On lui a clairement fait comprendre qu'il devait dire à Monsieur Big ce qu'il voulait entendre car, sinon, il pourrait perdre ses amis, son salaire et sa place au sein de l'organisation (sa nouvelle famille, en

confess, whether he committed the crime or not. Nevertheless, he protested his innocence until it was apparent that only a confession would be accepted. Hart testified at the *voir dire* that the boss “kept saying, don’t lie to me, you are lying to me Nelson, don’t lie to me. What was I suppose[d] to do, stay there all day and go on like that[?]”

[228] Moreover, not only was the final confession uncorroborated, but it contained inconsistencies with the other known facts of the case. The motive that the respondent cited for killing his daughters — that he did not want them to be taken from his custody and placed in his brother’s — is of dubious plausibility. The idea that the girls might temporarily stay with his brother had been considered very briefly in June and was quickly abandoned a day or two later when the family’s housing difficulties were solved. Hart’s brother had little contact with the family for approximately two months before the deaths.

[229] The respondent’s description of the commission of the offence does little to reassure us of its reliability. When he described the alleged murder to Mr. Big, he twice described using his shoulder to push his daughters into the water, and matched his words with a simulated shoulder check — a movement that does not make sense, given the girls’ small size. When he subsequently “re-enacted” the offence, Jim knelt down to simulate their height, and the respondent accordingly made a pushing motion with his knee.

[230] The “confession” of April 10 described by the officers carries many of the same concerns. The confession was allegedly made during the 29th scenario, just before the initial 90-day deadline for the operation (compare, for instance, to *McIntyre*, where a confession was obtained after only 10 days). While at dinner, Jim told Hart that the organization controlled 70 percent of the prostitution in Montreal and that he had had to “deal with” two prostitutes who had been dishonest with him. He told Hart that sometimes “bad things need to be done”. Hart responded that

somme). En bref, tout le poussait à passer aux aveux, qu’il ait ou non commis le crime. Il a néanmoins protesté de son innocence jusqu’à ce qu’il devienne évident que seul un aveu serait admis. Lors du voir-dire, il a témoigné que le chef [TRADUCTION] « répétait sans cesse, ne me mens pas, tu me mens Nelson, ne me mens pas. Que vouliez-vous que je fasse? Rester là et continuer à nier toute la journée? »

[228] De plus, non seulement l’aveu final n’est pas corroboré, mais il contredit d’autres faits établis dans le dossier. La raison invoquée par l’intimé pour le meurtre de ses filles — ne pas avoir voulu qu’on lui retire la garde de celles-ci pour la confier à son frère — est peu convaincante. L’idée que les fillettes séjournent temporairement chez leur oncle avait été envisagée en juin, puis abandonnée très rapidement un ou deux jours plus tard, après que la famille eut résolu ses problèmes de logement. Pendant deux mois environ avant les décès, le frère a eu peu de contacts avec M. Hart et sa famille.

[229] La manière dont l’intimé a décrit la pénétration de l’infraction ne convainc guère de la fiabilité de l’aveu. Il a affirmé à deux reprises à Monsieur Big s’être servi de son épaule pour pousser les fillettes à l’eau, reproduisant alors le geste qu’il avait fait, ce qui était invraisemblable étant donné la petite taille des victimes. Lors d’une « reconstitution » des faits, Jim s’est agenouillé pour que sa taille corresponde à celle des fillettes, et l’intimé l’a poussé à l’aide de son genou.

[230] L’« aveu » du 10 avril relaté par les agents soulève en bonne partie les mêmes doutes. L’aveu serait intervenu lors du 29^e scénario, juste avant la fin de la durée initiale de 90 jours prévue pour l’opération (comparativement, par exemple, aux 10 jours seulement écoulés avant l’aveu dans l’affaire *McIntyre*). À l’occasion d’un souper, Jim a dit à M. Hart que l’organisation contrôlait 70 p. 100 de la prostitution à Montréal et qu’il avait dû [TRADUCTION] « s’occuper » de deux prostituées qui s’étaient montrées déloyales à son égard. Il a ajouté qu’il fallait parfois se « livrer à

he had “no problem getting his hand dirty”; the two boasted about the skeletons in their closets; and Hart then allegedly confessed to having killed his daughters. Clearly the same reliability concerns arise: Hart had every reason to lie, given his desire to impress a member of the organization. Moreover, the statement was not recorded, making it impossible to rely on body tone or language. Finally, the respondent explicitly denied the April 10 confession, both during his final “confession” to Mr. Big, when he repeatedly stated that Mr. Big was the first person he had told about it, and on the *voir dire*.

(3) Abuse of Power

[231] In my view, the state conduct in this case was egregious, and this factor weighs heavily in favour of exclusion.

[232] The police led Mr. Hart through the looking glass into a parallel universe where, for many months, they employed extensive state resources to prey on his lack of education, intellect, and life experience, his social isolation, and his extreme poverty. The undercover operatives fostered the respondent’s emotional dependency on them; as Jim noted, it was a “constant thing” for Hart to tell them he loved them. Mr. Hart’s beloved friends gradually involved him in an increasingly serious world of criminality, beginning with dealing in supposedly stolen goods and eventually portraying the organization as a violent international group with a boss who made the Hell’s Angels look like “flunkies”. As Hart involved himself in more dangerous and illegal activity, his pay increased.

[233] The degree of harm caused by the Mr. Big operation is also relevant. The respondent was so thoroughly enmeshed in his make-believe world that upon his arrest, his first reaction was to call his supposed “friend”, Jim. It should have come as no surprise, particularly to the officers who knew him so well, that Hart was devastated to learn that his new life, where he had felt valued and respected, had

des actes répréhensibles ». M. Hart a répondu qu’il n’avait « pas de scrupule à se salir les mains », les deux hommes se sont vantés des cadavres cachés dans leurs placards, puis M. Hart aurait alors avoué avoir tué ses deux fillettes. La fiabilité de cet aveu suscite clairement les mêmes doutes, car désireux d’impressionner un membre de l’organisation, M. Hart avait toutes les raisons de mentir. De plus, la déclaration n’a pas été enregistrée, de sorte qu’il est impossible d’étudier le ton de la voix ou le langage corporel. Enfin, l’intimé a nié expressément l’aveu du 10 avril lors de son « aveu » final à Monsieur Big — il lui dit maintes fois qu’il était la première personne à qui il en parlait — et lors du voir-dire.

(3) Abus de pouvoir

[231] À mon avis, la conduite de l’État était en l’espèce inadmissible, ce qui milite fortement en faveur de l’exclusion.

[232] La police a introduit M. Hart dans un univers parallèle où, pendant de nombreux mois, grâce à des ressources étatiques considérables, elle a tiré parti de son peu d’instruction, d’entendement et d’expérience de la vie, de son isolement social et de sa pauvreté extrême. Les agents banalisés ont entretenu sa dépendance émotive à leur endroit; Jim a d’ailleurs souligné que M. Hart leur répétait [TRADUCTION] « constamment » qu’il les aimait. Ces amis qui lui étaient si chers l’ont graduellement amené à participer à des activités dont le caractère criminel allait croissant; ils lui ont d’abord demandé de s’occuper de biens qu’ils disaient volés pour ensuite lui présenter l’organisation comme un groupe international violent et dire que, comparés au chef, les Hell’s Angels n’étaient que des « laquais ». Plus les activités auxquelles se livrait M. Hart étaient dangereuses et illégales, plus son salaire augmentait.

[233] L’importance du préjudice causé par l’opération Monsieur Big importe également. L’intimé avait à ce point été mystifié que, lors de son arrestation, sa première réaction a été d’appeler son soi-disant « ami », Jim. Nul n’aurait dû s’étonner, en particulier les agents qui le connaissaient si bien, que M. Hart s’effondre en apprenant que la nouvelle vie qui le faisait se sentir digne d’estime

all been a carefully constructed illusion. He had no friends. He had not been employed because he was “smart”: rather, he was thoroughly duped. The respondent developed paranoia, believing that everyone was part of the “sting” against him, and was unable to trust his lawyers and even his own wife.¹² He was eventually committed to a psychiatric hospital, and *amicus curiae* made submissions on his behalf at the appeal. Such an emotional collapse is by no means a prerequisite to a finding of abusive state conduct. However, this kind of psychological manipulation by state agents harms not only the suspect but the integrity of the justice system.

[234] This was not the usual undercover investigation where police join an existing criminal organization in order to witness criminals in action. As explained above, such strategies tend not to be particularly coercive or abusive, and therefore are unlikely to violate the principle against self-incrimination.

[235] This case is more akin to entrapment. The police employed the power of the state to create an elaborate invented reality, designed to exploit a vulnerable person, introduce him to criminality, and force him to incriminate himself. In addition, the police witnessed the respondent suffering seizures both before the investigation began and during the operation itself. Yet, the undercover operatives continued to send him on driving assignments.

[236] Mr. Big operations are a creative and sometimes useful law enforcement technique, but the courts must carefully police their boundaries lest they stray from being useful strategies into ploys

et de respect n’était qu’une illusion savamment mise au point pour le faire avouer. Il n’avait pas d’amis. On ne l’avait pas recruté parce qu’il était [TRADUCTION] « futé »; il avait en fait été complètement leurré. L’intimé a sombré dans la paranoïa et cru que tout le monde avait participé à l’« arnaque » dont il avait été victime; il ne faisait plus confiance à ses avocats, ni même à sa propre épouse¹². Il a finalement été placé sous garde dans un hôpital psychiatrique, et l’*amicus curiae* a présenté des observations en son nom en appel. Un tel effondrement émotionnel est loin d’être une condition préalable à la conclusion d’une conduite abusive de la part de l’État. Cependant, en plus d’infliger un préjudice au suspect, une telle manipulation psychologique de la part de représentants de l’État compromet aussi l’intégrité du système de justice.

[234] Il ne s’agit pas en l’espèce d’une opération habituelle où des policiers infiltrèrent une organisation criminelle pour être témoins d’actes criminels. J’explique précédemment qu’une telle stratégie n’est généralement pas particulièrement coercitive ou abusive et n’est donc pas susceptible d’aller à l’encontre du principe interdisant l’auto-incrimination.

[235] La présente affaire s’apparente en fait à un cas de provocation policière. La police a eu recours au pouvoir de l’État pour créer un monde inventé complexe destiné à exploiter une personne vulnérable, à l’initier à la criminalité et à la forcer à s’incriminer. De plus, même s’ils avaient assisté aux crises d’épilepsie de l’intimé survenues avant l’enquête et pendant l’opération même, les agents ont continué de lui confier des tâches qui exigeaient qu’il prenne le volant.

[236] L’opération Monsieur Big constitue une technique d’application de la loi créative et parfois utile. Les tribunaux doivent toutefois scrupuleusement veiller à ce qu’elle respecte ses limites afin

¹² See various case management endorsements at the Court of Appeal: *R. v. Hart*, 2011 NLCA 64, 312 Nfld. & P.E.I.R. 44; 2011 NLCA 37 (CanLII); 2011 NLCA 29 (CanLII); 2010 NLCA 33, 298 Nfld. & P.E.I.R. 152; 2009 NLCA 10, 282 Nfld. & P.E.I.R. 346.

¹² Voir diverses décisions de gestion d’instance rendues par la Cour d’appel : *R. c. Hart*, 2011 NLCA 64, 312 Nfld. & P.E.I.R. 44; 2011 NLCA 37 (CanLII); 2011 NLCA 29 (CanLII); 2010 NLCA 33, 298 Nfld. & P.E.I.R. 152; 2009 NLCA 10, 282 Nfld. & P.E.I.R. 346.

that allow the state to manipulate and destroy the lives of individuals who are presumed to be innocent.

[237] I am greatly troubled by the extreme lengths to which the police went to pursue the respondent, exploiting his weaknesses in this protracted and deeply manipulative operation. The abuse of process doctrine always remains independently available to provide a remedy where the conduct of the state rises to such a level that it risks undermining the integrity of the judicial process (*R. v. O'Connor*, [1995] 4 S.C.R. 411, at para. 73; *R. v. Babos*, 2014 SCC 16, [2014] 1 S.C.R. 309, at para. 31). In my view, as will be clear from my discussion of the state conduct in this case, that threshold is met. To condone the actions of the police would “leave the impression that the justice system condones conduct that offends society’s sense of fair play and decency” (*Babos*, at para. 35). However, given the outcome of this appeal, it is not necessary to discuss this issue further.

(4) Conclusion on Contextual Factors

[238] The factors considered above clearly point to a s. 7 violation. The accused’s liberty interests were obviously engaged. The police procured a confession by preying on the respondent’s particular vulnerabilities in a complex sting. Despite going to these lengths, the confession is of dubious reliability and is unsupported by any corroborative evidence or detail. Ultimately, to countenance such a ploy would give the police *carte blanche* to engage in unfair, manipulative, and coercive investigations.

B. *Remedy*

[239] In *White*, the Court excluded the compelled accident report under s. 24(1) of the *Charter* on the basis that its admission at trial would violate s. 7. The *acquisition* of the compelled accident report

qu’elle demeure une stratégie utile et ne devienne pas un stratagème permettant à l’État de manipuler une personne présumée innocente et de détruire sa vie.

[237] Je suis déconcertée par les moyens extrêmes que les policiers ont employés pour coincer l’intimé. Ils ont exploité ses faiblesses lors d’une opération longue et profondément manipulatrice. La doctrine de l’abus de procédure demeure une assise indépendante pour l’octroi d’une réparation lorsque le comportement de l’État est tel qu’il risque de compromettre l’intégrité du processus judiciaire (*R. c. O'Connor*, [1995] 4 R.C.S. 411, par. 73; *R. c. Babos*, 2014 CSC 16, [2014] 1 R.C.S. 309, par. 31). Comme le montre nettement mon examen du comportement de l’État en l’espèce, j’estime que cette condition est remplie. Tolérer les mesures prises par la police « donnera l’impression que le système de justice cautionne une conduite heurtant le sens du franc-jeu et de la décence qu’a la société, et cela porte préjudice à l’intégrité du système de justice » (*Babos*, par. 35). Toutefois, étant donné l’issue du pourvoi, point n’est besoin de débattre ce point plus avant.

(4) Conclusion sur les facteurs contextuels

[238] Les considérations qui précèdent permettent clairement de conclure à la violation d’un droit garanti à l’art. 7. Le droit à la liberté de l’accusé était manifestement en jeu. La police a obtenu un aveu en misant sur les points de vulnérabilité propres à l’intimé dans le cadre d’une arnaque complexe. Malgré tout le mal que s’est donné la police pour l’obtenir, l’aveu est d’une fiabilité douteuse et n’est corroboré par aucun élément de preuve ou autre. Admettre le recours à un tel stratagème reviendrait finalement à donner toute latitude à la police pour se livrer à des enquêtes inéquitables, manipulatrices et coercitives.

B. *Réparation*

[239] Dans l’arrêt *White*, la Cour exclut la déclaration obligatoire d’accident en application du par. 24(1) de la *Charte* au motif que son admission au procès contreviendrait à un droit garanti par

was not impugned. But where, as in this case, evidence is *obtained* in breach of the *Charter*, s. 24(2) is the mechanism for exclusion (*R. v. Therens*, [1985] 1 S.C.R. 613).

[240] Under s. 24(2), the court must determine whether, in all the circumstances, admitting evidence obtained in breach of the *Charter* would bring the administration of justice into disrepute.

[241] In *R. v. Grant*, 2009 SCC 32, [2009] 2 S.C.R. 353, McLachlin C.J. and Charron J. noted that statements by the accused engage the cornerstone principle against self-incrimination (at para. 89) and concluded that, while not an absolute rule, “as a matter of practice, courts have tended to exclude statements obtained in breach of the *Charter*, on the ground that admission on balance would bring the administration of justice into disrepute” (para. 91).

[242] Statements obtained in violation of the principle against self-incrimination will almost always be excluded under s. 24(2). In order to find a s. 7 violation, the court will have already determined that the reliability of the statement is outweighed by abusive or coercive police conduct. If the statement was obtained in a manner that violated s. 7 due to reliability concerns, its admission would risk a miscarriage of justice and it must be excluded. Similarly, if the statement is reliable but was rendered unconstitutional because of concerns about coercion or state conduct, its admission would also bring the administration of justice into disrepute. This case is no exception; both the risk of a miscarriage of justice and the abusive police conduct call for exclusion.

[243] As a result, I agree with my colleague Moldaver J.’s conclusion that the evidence obtained in the operation must be excluded, and I would dismiss the appeal.

l’art. 7. L’*acquisition* de la déclaration n’était pas en cause. Cependant, lorsque, comme en l’espèce, une preuve est *obtenue* de manière contraire à la *Charte*, le par. 24(2) constitue le mécanisme d’exclusion applicable (*R. c. Therens*, [1985] 1 R.C.S. 613).

[240] Suivant le par. 24(2), le tribunal doit déterminer si, eu égard aux circonstances, l’admission de la preuve ainsi obtenue est susceptible de déconsidérer l’administration de la justice.

[241] Dans l’arrêt *R. c. Grant*, 2009 CSC 32, [2009] 2 R.C.S. 353, la juge en chef McLachlin et la juge Charron relèvent que les déclarations d’un accusé mettent en jeu le principe fondamental de la protection contre l’auto-incrimination (par. 89) et elles concluent que, bien qu’il ne s’agisse pas d’une règle absolue, « [e]n pratique [. . .], les tribunaux ont eu tendance à exclure de telles déclarations puisque, tout bien considéré, ils ont jugé que leur utilisation risquait de déconsidérer l’administration de la justice » (par. 91).

[242] Les déclarations dont l’obtention contrevient au principe interdisant l’auto-incrimination seront presque toujours exclues en application du par. 24(2). Lorsqu’il conclura à la violation d’un droit garanti par l’art. 7, le tribunal aura déjà établi que la conduite abusive ou coercitive de la police l’emporte sur la fiabilité de la déclaration. Si la déclaration a été obtenue d’une manière qui contrevient à l’art. 7 en raison de craintes liées à sa fiabilité, son utilisation risque d’entraîner une erreur judiciaire, de sorte qu’il faut l’exclure. De même, lorsque la déclaration est digne de foi, mais inconstitutionnelle en raison de préoccupations liées à la contrainte ou à la conduite de l’État, son utilisation est également susceptible de déconsidérer l’administration de la justice. La présente affaire ne fait pas exception; le risque d’erreur judiciaire et la conduite policière abusive militent tous deux en faveur de l’exclusion.

[243] Je conviens donc avec mon collègue le juge Moldaver que la preuve obtenue au cours de l’opération doit être exclue, et je suis d’avis de rejeter le pourvoi.

Appeal dismissed.

Solicitor for the appellant: Attorney General of Newfoundland and Labrador, St. John's.

Solicitors for the respondent: Poole Althouse, Corner Brook, Newfoundland and Labrador.

Solicitor for the intervener the Director of Public Prosecutions of Canada: Public Prosecution Service of Canada, Halifax.

Solicitor for the intervener the Attorney General of Ontario: Attorney General of Ontario, Toronto.

Solicitor for the intervener Directeur des poursuites criminelles et pénales du Québec: Directeur des poursuites criminelles et pénales du Québec, Québec.

Solicitor for the intervener the Attorney General of British Columbia: Attorney General of British Columbia, Victoria.

Solicitors for the intervener the Association in Defence of the Wrongly Convicted: Russell Silverstein & Associate, Toronto.

Solicitors for the intervener the British Columbia Civil Liberties Association: Sugden, McFee & Roos, Vancouver; Michael Sobkin, Ottawa.

Solicitors for the intervener the Criminal Lawyers' Association of Ontario: Lockyer Campbell Posner, Toronto.

Solicitors for the intervener the Canadian Civil Liberties Association: Addario Law Group, Toronto.

Solicitors for the intervener Association des avocats de la défense de Montréal: Poupart, Dadour, Touma et Associés, Montréal.

Solicitors appointed by the Court as amicus curiae: Henein Hutchison, Toronto.

Pourvoi rejeté.

Procureur de l'appelante : Procureur général de Terre-Neuve-et-Labrador, St. John's.

Procureurs de l'intimé : Poole Althouse, Corner Brook, Terre-Neuve-et-Labrador.

Procureur de l'intervenant le directeur des poursuites pénales du Canada : Service des poursuites pénales du Canada, Halifax.

Procureur de l'intervenant le procureur général de l'Ontario : Procureur général de l'Ontario, Toronto.

Procureur de l'intervenant le directeur des poursuites criminelles et pénales du Québec : Directeur des poursuites criminelles et pénales du Québec, Québec.

Procureur de l'intervenant le procureur général de la Colombie-Britannique : Procureur général de la Colombie-Britannique, Victoria.

Procureurs de l'intervenante Association in Defence of the Wrongly Convicted : Russell Silverstein & Associate, Toronto.

Procureurs de l'intervenante l'Association des libertés civiles de la Colombie-Britannique : Sugden, McFee & Roos, Vancouver; Michael Sobkin, Ottawa.

Procureurs de l'intervenante Criminal Lawyers' Association of Ontario : Lockyer Campbell Posner, Toronto.

Procureurs de l'intervenante l'Association canadienne des libertés civiles : Addario Law Group, Toronto.

Procureurs de l'intervenante l'Association des avocats de la défense de Montréal : Poupart, Dadour, Touma et Associés, Montréal.

Procureurs nommés par la Cour en qualité d'amicus curiae : Henein Hutchison, Toronto.