

**William Wayne Dale Stillman** *Appellant*

v.

**Her Majesty The Queen** *Respondent*

and

**The Attorney General of Canada, the Attorney General for Ontario, the Attorney General of Quebec, the Attorney General of Nova Scotia, the Attorney General of British Columbia, the Attorney General for Saskatchewan, the Attorney General for Alberta, the Law Union of Ontario, the Canadian Civil Liberties Association, the Criminal Lawyers' Association (Ontario), and the Association québécoise des avocats et avocates de la défense** *Interveners*

INDEXED AS: R. v. STILLMAN

File No.: 24631.

\*1996: January 26.

\*Present: Lamer C.J. and L'Heureux-Dubé, Sopinka, Cory, McLachlin, Iacobucci and Major JJ.

\*\*Rehearing: 1996: November 7; 1997: March 20.

\*\*Present: Lamer C.J. and La Forest, L'Heureux-Dubé, Sopinka, Gonthier, Cory, McLachlin, Iacobucci and Major JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR NEW BRUNSWICK

*Criminal law — Power of search incidental to arrest — Scope of power — Police taking hair samples, buccal swabs and teeth impressions from accused without his consent while he was in custody — Whether common law power incidental to arrest can be extended to permit seizure of bodily samples and impressions.*

*Constitutional law — Charter of Rights — Search and seizure — Police taking hair samples, buccal swabs and*

**William Wayne Dale Stillman** *Appellant*

c.

**Sa Majesté la Reine** *Intimée*

et

**Le procureur général du Canada, le procureur général de l'Ontario, le procureur général du Québec, le procureur général de la Nouvelle-Écosse, le procureur général de la Colombie-Britannique, le procureur général de la Saskatchewan, le procureur général de l'Alberta, Law Union of Ontario, l'Association canadienne des libertés civiles, Criminal Lawyers' Association (Ontario) et l'Association québécoise des avocats et avocates de la défense** *Intervenants*

RÉPERTORIÉ: R. c. STILLMAN

N° du greffe: 24631.

\*1996: 26 janvier.

\*Présents: Le juge en chef Lamer et les juges L'Heureux-Dubé, Sopinka, Cory, McLachlin, Iacobucci et Major.

\*\*Nouvelle audition: 1996: 7 novembre; 1997: 20 mars.

\*\*Présents: Le juge en chef Lamer et les juges La Forest, L'Heureux-Dubé, Sopinka, Gonthier, Cory, McLachlin, Iacobucci et Major.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DU NOUVEAU-BRUNSWICK

*Droit criminel — Pouvoir de procéder à une fouille accessoire à une arrestation — Étendue du pouvoir — Police obtenant des échantillons de cheveux et de poils, des prélèvements dans la bouche et les empreintes dentaires de l'accusé sans le consentement de ce dernier et alors qu'il était détenu — Le pouvoir de common law de procéder à une fouille accessoire à une arrestation peut-il être élargi de manière à permettre la saisie d'empreintes et d'échantillons de substances corporelles?*

*Droit constitutionnel — Charte des droits — Fouilles, perquisitions ou saisies — Police obtenant des échantil-*

*teeth impressions from accused without his consent while he was in custody — Whether accused's right against unreasonable search and seizure infringed — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 8.*

*Constitutional law — Charter of Rights — Search and seizure — Accused in custody not consenting to taking of any bodily samples — Police seizing from wastebasket in police station discarded tissue used by accused to blow his nose — Whether accused's right against unreasonable search and seizure infringed — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 8.*

*Constitutional law — Charter of Rights — Security of person — Fundamental justice — Police taking hair samples, buccal swabs and teeth impressions from accused without his consent while he was in custody — Whether accused's right to security of person infringed in manner not consistent with principles of fundamental justice — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 7.*

*Constitutional law — Charter of Rights — Admissibility of evidence — Police taking hair samples, buccal swabs and teeth impressions from accused without his consent while he was in custody — Police also seizing from wastebasket in police station discarded tissue used by accused to blow his nose — Whether evidence obtained in violation of accused's Charter rights — If so, whether evidence should be excluded — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 24(2).*

*Constitutional law — Charter of Rights — Admissibility of evidence — Proper approach to s. 24(2) of Canadian Charter of Rights and Freedoms when evidence affects fairness of trial — Whether such evidence must be excluded regardless of other factors.*

The accused, who was 17 years old at the time, was arrested in 1991 for the brutal murder of a teenage girl. He was the last person seen with the victim on the night of the crime. He arrived at his home around midnight, cold, shaken and wet from the upper thighs down. He was cut above one eye, and had mud and grass on his pants. He explained that he had been in a fight with five Indians but this explanation, as well as his account of where he had last seen the victim, varied over time. The

*lons de cheveux et de poils, des prélèvements dans la bouche et les empreintes dentaires de l'accusé sans le consentement de ce dernier et alors qu'il était détenu — Le droit de l'accusé à la protection contre les fouilles, perquisitions ou saisies abusives a-t-il été violé? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 8.*

*Droit constitutionnel — Charte des droits — Fouilles, perquisitions ou saisies — Accusé sous garde ne consentant à aucun prélèvement de substances corporelles — Policier saisissant dans une poubelle du poste de police un papier-mouchoir dont l'accusé s'était servi pour se moucher — Le droit de l'accusé à la protection contre les fouilles, perquisitions ou saisies abusives a-t-il été violé? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 8.*

*Droit constitutionnel — Charte des droits — Sécurité de la personne — Justice fondamentale — Police obtenant des échantillons de cheveux et de poils, des prélèvements dans la bouche et les empreintes dentaires de l'accusé sans le consentement de ce dernier et alors qu'il était détenu — Le droit de l'accusé à la sécurité de sa personne a-t-il été violé d'une manière non conforme aux principes de justice fondamentale? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 7.*

*Droit constitutionnel — Charte des droits — Admissibilité de la preuve — Police obtenant des échantillons de cheveux et de poils, des prélèvements dans la bouche et les empreintes dentaires de l'accusé sans le consentement de ce dernier et alors qu'il était détenu — Policier saisissant aussi dans une poubelle du poste de police un papier-mouchoir dont l'accusé s'était servi pour se moucher — Les éléments de preuve ont-ils été obtenus en violation des droits garantis à l'accusé par la Charte? — Dans l'affirmative, ces éléments de preuve devraient-ils être écartés? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 24(2).*

*Droit constitutionnel — Charte des droits — Admissibilité de la preuve — Façon d'aborder l'art. 24(2) de la Charte canadienne des droits et libertés lorsque des éléments de preuve compromettent l'équité du procès — Ces éléments de preuve doivent-ils être écartés sans égard à d'autres facteurs?*

L'accusé était âgé de 17 ans lorsqu'il a été arrêté, en 1991, pour le meurtre brutal d'une adolescente. Il était la dernière personne aperçue en compagnie de la victime le soir du crime. Lorsqu'il est arrivé chez lui vers minuit, il avait froid et était ébranlé et trempé à partir du haut des cuisses jusqu'aux pieds. Il avait une coupure au-dessus d'un œil, et de la boue et de l'herbe sur son pantalon. Il a expliqué qu'il s'était bagarré avec cinq Indiens, mais cette explication de même que sa descrip-

victim died from wounds to the head. Semen was found in her vagina and a human bite mark had been left on her abdomen. At the police station, the accused's lawyers informed the police by letter that the accused was not consenting to provide any bodily samples, including hair and teeth imprints, or to give any statements. Once the lawyers left, police officers took, under threat of force, scalp hair samples from the accused and he was made to pull some of his own pubic hair. Plasticine teeth impressions were also taken. A police officer then interviewed the accused for an hour in an attempt to obtain a statement. The accused sobbed throughout the interview and, after being permitted to call his lawyer, he went to the washroom escorted by an officer where he used a tissue to blow his nose. He threw the tissue in the wastebasket. The tissue containing mucous was seized by the officer and used for DNA testing. The accused was subsequently released but was arrested again several months later. At that time, a dentist took new impressions of the accused's teeth without his consent in a procedure lasting two hours. More hair was taken from the accused, as well as a saliva sample and buccal swabs.

Following a *voir dire* held to determine the admissibility of certain evidence, the trial judge found that the hair samples, buccal swabs and teeth impressions had been obtained in violation of s. 8 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* but concluded that the evidence was nevertheless admissible. With respect to the tissue containing mucous, he found that it had not been obtained in violation of s. 8 and should thus be admitted. The accused was later convicted by a jury of first degree murder. The majority of the Court of Appeal upheld the trial judge's ruling and affirmed the verdict.

*Held* (L'Heureux-Dubé, Gonthier and McLachlin JJ. dissenting): The appeal should be allowed and a new trial ordered at which the hair samples, buccal swabs and dental impressions should be excluded.

*Per* Lamer C.J. and La Forest, Sopinka, Cory and Iacobucci JJ.: The taking of the hair samples, buccal swabs and teeth impressions infringed s. 8 of the

tion de l'endroit où il avait vu la victime pour la dernière fois ont varié avec le temps. La victime est décédée à la suite de blessures à la tête. Du sperme a été trouvé dans son vagin, et son abdomen portait la marque d'une morsure humaine. Au poste de police, les avocats de l'accusé ont remis aux policiers une lettre les informant que l'accusé refusait de fournir quelque échantillon de substance corporelle que ce soit, comme des cheveux et des poils, et des empreintes dentaires, ou de faire une déclaration. Une fois les avocats partis, les policiers ont prélevé des échantillons de cheveux de l'accusé après avoir menacé de recourir à la force, et ils l'ont forcé à s'arracher des poils pubiens. Des empreintes à la plasticine ont également été prises de sa dentition. Un policier a ensuite interrogé l'accusé pendant une heure dans le but d'obtenir une déclaration. L'accusé a sangloté pendant tout l'interrogatoire et, après qu'on lui eut permis de téléphoner à son avocat, il est allé aux toilettes, escorté d'un policier, où il a utilisé un papier-mouchoir pour se moucher. Il a jeté le papier-mouchoir dans la poubelle. Le policier a saisi le papier-mouchoir contenant des mucosités, qui a été utilisé pour effectuer une analyse d'empreintes génétiques. L'accusé a, par la suite, été remis en liberté, pour être arrêté de nouveau plusieurs mois plus tard. Un dentiste a alors, pendant deux heures, procédé à la prise d'empreintes de la dentition de l'accusé, sans le consentement de ce dernier. D'autres cheveux et poils de l'accusé ont été prélevés, de même qu'un échantillon de salive, et des prélèvements ont été faits dans sa bouche.

À la suite d'un *voir-dire* tenu pour déterminer l'admissibilité de certains éléments de preuve, le juge du procès a conclu que les échantillons de cheveux et de poils, les empreintes dentaires et les prélèvements faits dans la bouche avaient été obtenus en violation de l'art. 8 de la *Charte canadienne des droits et libertés*, mais que ces éléments de preuve étaient néanmoins admissibles. Il a décidé que le papier-mouchoir contenant les mucosités n'avait pas été obtenu en violation de l'art. 8 et qu'il devrait donc être utilisé en preuve. Un jury a, par la suite, déclaré l'accusé coupable de meurtre au premier degré. La Cour d'appel à la majorité a maintenu la décision du juge du procès et confirmé le verdict.

*Arrêt* (les juges L'Heureux-Dubé, Gonthier et McLachlin sont dissidents): Le pourvoi est accueilli et un nouveau procès est ordonné, où les échantillons de cheveux et de poils, les empreintes dentaires et les prélèvements faits dans la bouche devront être écartés.

*Le* juge en chef Lamer et les juges La Forest, Sopinka, Cory et Iacobucci: Le prélèvement d'échantillons de cheveux et de poils, la prise d'empreintes

*Charter*. The bodily samples and impressions were not seized pursuant to the *Criminal Code*, which at the time of the accused's arrest did not authorize the search of a person or the seizure of parts of the body. Nor were they seized pursuant to the common law power of search incidental to a lawful arrest. The accused's arrest was lawful since the police officers, subjectively, were under the impression that they had reasonable and probable grounds to believe that the accused had committed the murder and, from an objective point of view, there were good and sufficient grounds for the officers to have reached that conclusion. However, the common law power of search incidental to arrest does not extend beyond the purpose of protecting the arresting officer from armed or dangerous suspects or of preserving evidence that may go out of existence or be otherwise lost. The search conducted in this case went far beyond the typical "frisk" search which usually accompanies an arrest. The taking of bodily samples and the making of dental impressions were highly intrusive. Further, despite the *Young Offenders Act* requirements that a parent or counsel be present when a suspected young offender is being interviewed, in the absence of any adult counsellor and contrary to the specific instruction of his lawyers the police interviewed the accused at length and by threat of force took bodily samples and dental impressions. This was the abusive exercise of raw physical authority by the police. The common law power of search incidental to arrest cannot be so broad as to encompass the seizure without valid statutory authority of bodily samples in the face of a refusal to provide them. These samples are usually in no danger of disappearing. If that power is so broad, then the common law rule itself is unreasonable, since it is too broad and fails to properly balance the competing rights involved. It is clear in this case that the accused's right to be free from unreasonable search and seizure was seriously violated. Since the search and seizure of the bodily samples was not authorized by either statutory or common law it could not have been reasonable.

The taking of the hair samples, buccal swabs and dental impressions also infringed s. 7 of the *Charter* since it violated the right to security of the person in a manner

dentaires et les prélèvements faits dans la bouche contrevenaient à l'art. 8 de la *Charte*. Les échantillons de substances corporelles et les empreintes n'ont pas été saisis conformément au *Code criminel* qui, au moment de l'arrestation de l'accusé, n'autorisait pas la fouille d'une personne ni la saisie de parties du corps d'une personne. Ils n'ont pas été saisis non plus conformément au pouvoir de common law de procéder à une fouille accessoire à une arrestation légale. L'arrestation de l'accusé était légale étant donné que les policiers avaient subjectivement l'impression d'avoir des motifs raisonnables de croire que l'accusé avait commis le meurtre, et que, d'un point de vue objectif, ils avaient des raisons sérieuses et suffisantes d'en arriver à cette conclusion. Toutefois, le pouvoir de common law de procéder à une fouille accessoire à une arrestation ne va pas au-delà de l'objectif de protection des policiers qui effectuent une arrestation contre des suspects armés ou dangereux, ou de préservation des éléments de preuve qui autrement pourraient être détruits ou perdus. La fouille effectuée en l'espèce est allée bien plus loin que la fouille sommaire qui accompagne habituellement une arrestation. Le prélèvement d'échantillons de substances corporelles et la prise d'empreintes dentaires étaient des actes très envahissants. De plus, en dépit des exigences de la *Loi sur les jeunes contrevenants* qu'un parent ou un avocat assiste à l'interrogatoire d'un adolescent soupçonné d'avoir commis une infraction, et en l'absence de tout conseiller adulte et contrairement aux directives explicites des avocats de l'accusé, la police a longuement interrogé ce dernier et a, en menaçant de recourir à la force, prélevé des échantillons de substances corporelles et pris des empreintes dentaires. Elle s'est ainsi livrée à un exercice abusif de force physique brute. Le pouvoir de common law de procéder à une fouille accessoire à une arrestation ne peut pas être large au point de viser la saisie d'échantillons de substances corporelles effectuée sans autorisation légale valide et malgré un refus de les fournir. Ces échantillons ne risquent pas habituellement de disparaître. Si ce pouvoir est large à ce point, alors la règle de common law elle-même est abusive parce qu'elle est trop générale et ne pondère pas adéquatement les droits qui s'opposent. Il est clair qu'en l'espèce il y a eu violation grave du droit de l'accusé à la protection contre les fouilles, perquisitions ou saisies abusives. Étant donné que la fouille et la saisie des échantillons de substances corporelles n'étaient autorisées ni par une loi ni par la common law, elles ne pouvaient qu'être abusives.

Le prélèvement d'échantillons de cheveux et de poils, la prise d'empreintes dentaires et les prélèvements faits dans la bouche contrevenaient aussi à l'art. 7 de la

not consistent with the principles of fundamental justice. It was the ultimate invasion of the accused's privacy and breached the sanctity of the body which is essential to the maintenance of human dignity. Police actions taken without consent or authority which intrude upon an individual's body in more than a minimal fashion violate s. 7.

The taking of the discarded tissue infringed s. 8 of the *Charter*. Where an accused who is not in custody discards an item offering potentially valuable DNA evidence, the police may ordinarily collect and test the item without any concern about consent since, in the circumstances, the accused abandoned the item and ceased to have a reasonable expectation of privacy in it. The situation is different, however, when an accused is in custody. Whether the circumstances are such that an accused abandoned an item and relinquished any privacy interest in it will have to be determined on the particular facts presented in each case. Here, the accused had announced through his lawyers that he would not consent to the taking of any samples of his bodily fluids. The police were aware of his decision but nevertheless took possession of the tissue discarded by the accused while he was in custody. In these circumstances the seizure was unreasonable. The accused's expectation of privacy in this instance, although lower after his arrest, was not so low as to permit the seizure of the tissue. The privacy expectation should not be reduced to such an extent as to justify seizures of bodily samples without consent, particularly for those who are detained while they are still presumed to be innocent.

The primary aim and purpose of considering the trial fairness factor in the s. 24(2) analysis is to prevent an accused person whose *Charter* rights have been infringed from being forced or conscripted to provide evidence in the form of confessions, statements or bodily samples for the benefit of the state. Thus, when the trial fairness factor is being considered, it is necessary to classify the evidence as conscriptive or non-conscriptive based upon the manner in which the evidence was obtained. If the accused was not compelled to participate in the creation or discovery of the evidence, the evidence will be classified as non-conscriptive. Its admission will not render the trial unfair and the court will proceed to consider the seriousness of the breach and the effect of exclusion on the repute of the administration of justice. If the evidence, obtained in a manner

*Charte*, étant donné qu'ils violaient le droit à la sécurité de la personne d'une manière non conforme aux principes de justice fondamentale. Ils constituaient l'atteinte la plus grave à la vie privée de l'accusé et violaient l'intégrité du corps, qui est essentielle à la dignité humaine. Les actions policières qui sont accomplies sans consentement ni autorisation et qui portent une atteinte plus que minimale au corps d'une personne violent l'art. 7.

La saisie du papier-mouchoir jeté contrevenait à l'art. 8 de la *Charte*. Lorsqu'un accusé qui n'est pas détenu se défait d'un objet qui peut constituer un élément de preuve utile pour établir son profil génétique, la police peut normalement recueillir cet objet et le faire analyser, sans avoir à se soucier d'obtenir un consentement, étant donné que, dans les circonstances, l'accusé a abandonné cet objet et a cessé d'avoir une attente raisonnable en matière de vie privée à son sujet. La situation est toutefois différente lorsqu'un accusé est détenu. La question de savoir si la situation est telle que l'accusé a abandonné un objet et renoncé à tout droit à ce qu'il demeure confidentiel devra être tranchée en fonction des faits particuliers de chaque affaire. En l'espèce, l'accusé avait fait savoir par ses avocats qu'il ne consentirait pas au prélèvement d'échantillons de ses substances corporelles. Les policiers étaient au courant de cette décision, mais en dépit de cela, ils se sont emparés du papier-mouchoir que l'accusé avait jeté alors qu'il était détenu. Dans ces circonstances, la saisie était abusive. En l'espèce, l'attente de l'accusé en matière de vie privée, bien qu'elle ait diminué à la suite de son arrestation, n'était pas faible au point de permettre la saisie du papier-mouchoir. Cette attente ne devrait pas être réduite au point de justifier les saisies d'échantillons de substances corporelles effectuées sans consentement, particulièrement dans le cas des personnes qui sont détenues alors qu'elles sont encore présumées innocentes.

Le but premier de l'examen du facteur de l'équité du procès dans l'analyse fondée sur le par. 24(2) est d'empêcher qu'un accusé, dont les droits garantis par la *Charte* ont été violés, soit mobilisé contre lui-même ou forcé de fournir, au profit de l'État, des éléments de preuve sous forme de confessions, de déclarations ou de substances corporelles. Ainsi, pour examiner le facteur de l'équité du procès, il est nécessaire de qualifier la preuve soit de preuve obtenue en mobilisant l'accusé contre lui-même, soit de preuve non obtenue en mobilisant l'accusé contre lui-même, selon la manière dont elle a été obtenue. Si l'accusé n'a pas été forcé de participer à la constitution ou à la découverte de la preuve, la preuve sera qualifiée de preuve non obtenue en mobilisant l'accusé contre lui-même. Son utilisation ne rendra pas le procès inéquitable et le tribunal passera à

which violates the *Charter*, involved the accused being compelled to incriminate himself either by a statement or by the use as evidence of his body or of bodily substances, it will be classified as conscriptive evidence. The unauthorized use of a person's body or bodily substances is just as much compelled "testimony" that could render the trial unfair as is a compelled statement. The security of the body is thus as worthy of protection from state intrusion aimed at compelled self-incrimination as are statements. If the evidence is found to be conscriptive evidence, which in the case of statements includes derivative evidence, and the Crown demonstrates on a balance of probabilities that it would have been discovered by alternative non-conscriptive means — where an independent source exists or discovery was inevitable — then its admission will generally not render the trial unfair. However, the seriousness of the *Charter* breach and the effect of exclusion on the repute of the administration of justice will have to be considered. If the evidence is conscriptive and the Crown fails to demonstrate on a balance of probabilities that the evidence would have been discovered by alternative non-conscriptive means, then its admission will render the trial unfair. The court, as a general rule, will exclude the evidence without considering the seriousness of the breach or the effect of exclusion on the repute of the administration of justice. This must be the result since an unfair trial would necessarily bring the administration of justice into disrepute.

Here, in considering how the admission of the evidence would affect the fairness of the trial, the trial judge erred in concluding that the hair samples, saliva and dental impressions existed independently of any *Charter* breach and were thus admissible. The accused's bodily samples and impressions existed as "real" evidence but the police, by their words and actions, compelled the accused to provide evidence from his body. This evidence constituted conscriptive evidence. The impugned evidence would not have been discovered had it not been for the conscription of the accused in violation of his *Charter* rights and no independent source existed by which the police could have obtained the evidence. It follows that its admission would render the

l'examen de la gravité de la violation et de l'incidence de l'exclusion de cette preuve sur la considération dont jouit l'administration de la justice. Si la preuve a été obtenue dans des conditions qui violent la *Charte*, en forçant l'accusé à s'incriminer lui-même par une déclaration ou par l'utilisation en preuve de son corps ou de ses substances corporelles, elle sera qualifiée de preuve obtenue en mobilisant l'accusé contre lui-même. L'utilisation non autorisée du corps d'une personne ou de ses substances corporelles constitue, tout autant qu'une déclaration forcée, un «témoignage» forcé susceptible de rendre le procès inéquitable. La sécurité du corps mérite donc tout autant que les déclarations d'être protégée contre les atteintes de l'État visant à obtenir de force une auto-incrimination. Si l'on conclut que la preuve a été obtenue en mobilisant l'accusé contre lui-même, ce qui, dans le cas de déclarations, comprend la preuve dérivée, et si le ministère public démontre, suivant la prépondérance des probabilités, qu'elle aurait été découverte par un autre moyen non fondé sur la mobilisation de l'accusé contre lui-même — lorsque la preuve peut être tirée d'une source indépendante ou lorsque sa découverte était inévitable —, son utilisation ne rendra alors généralement pas le procès inéquitable. Cependant, il faudra examiner la gravité de la violation de la *Charte* et l'incidence de l'exclusion de cette preuve sur la considération dont jouit l'administration de la justice. Si la preuve a été obtenue en mobilisant l'accusé contre lui-même et que le ministère public ne démontre pas, suivant la prépondérance des probabilités, qu'elle aurait été découverte par un autre moyen non fondé sur la mobilisation de l'accusé contre lui-même, son utilisation rendra alors le procès inéquitable. En règle générale, le tribunal écartera la preuve sans examiner la gravité de la violation ni l'incidence de son exclusion sur la considération dont jouit l'administration de la justice. Il doit en être ainsi puisqu'un procès inéquitable déconsidérerait nécessairement l'administration de la justice.

En l'espèce, en examinant comment l'utilisation de la preuve compromettrait l'équité du procès, le juge du procès a conclu à tort que les échantillons de cheveux et de poils et les empreintes dentaires existaient indépendamment de toute violation de la *Charte* et qu'ils étaient donc admissibles en preuve. Les échantillons de substances corporelles et les empreintes de l'accusé constituaient des éléments de preuve «matérielle», mais les policiers, par leurs paroles et leurs actions, ont contraint l'accusé à fournir des éléments de preuve provenant de son corps. Ces éléments de preuve ont été obtenus en mobilisant l'accusé contre lui-même. La preuve contestée n'aurait pas été découverte si l'accusé n'avait pas été mobilisé contre lui-même en violation de ses droits

trial unfair. This finding is sufficient to resolve the s. 24(2) issue as the evidence must be excluded.

In any event, the *Charter* violations pursuant to which this evidence was obtained were of a very serious nature. The police acted with blatant disregard for the fundamental rights of the accused. Notwithstanding his express refusal to provide bodily samples or to give a statement, the police purposely waited until his lawyers had left to proceed, through the use of force, threats and coercion, to take his bodily samples and to interrogate him in an effort to obtain a statement. The police were also aware that the accused was a young offender at the time, and that he was entitled to the special protection provided by the *Young Offenders Act*. Finally, the fact that the police rode roughshod over a young offender's refusal to provide his bodily samples would certainly shock the conscience of all fair minded members of the community. The admission of the evidence would thus bring the administration of justice into disrepute.

The tissue containing the mucous, however, should not be excluded. The police did not force, or even request, a mucous sample from the accused. Although the police acted surreptitiously in disregard for the accused's explicit refusal to provide them with bodily samples, the violation of the accused's *Charter* rights with respect to the tissue was not serious. The seizure did not interfere with the accused's bodily integrity, nor cause him any loss of dignity. In any event, the police could and would have obtained the discarded tissue. It was discoverable and the administration of justice would not be brought into disrepute if the evidence obtained from the mucous sample were to be admitted.

*Per Major J.:* Cory J.'s reasons excluding the conscripted evidence obtained from hair samples, buccal swabs and dental impressions were agreed with. The tissue containing the mucous sample, however, was not obtained in violation of s. 8 of the *Charter*. The accused voluntarily and intentionally threw the tissue into the washroom wastebasket in full view of the officer. By doing so he abandoned the tissue, and lost any expectation of privacy he might have had in regard to it. Consent is not an issue where evidence is abandoned even when the accused is in custody. Where there is no reasonable expectation of privacy, there is no search, and

garantis par la *Charte* et il n'y avait aucune source indépendante d'où la police aurait pu tirer la preuve. Il s'ensuit que son utilisation rendrait le procès inéquitable. Cette conclusion suffit pour répondre à la question du par. 24(2), étant donné que la preuve doit être écartée.

De toute façon, les violations de la *Charte* qui ont permis d'obtenir la preuve en question sont de nature très grave. La police a fait preuve d'un mépris flagrant pour les droits fondamentaux de l'accusé. Malgré le refus explicite de ce dernier de fournir des échantillons de substances corporelles ou de faire une déclaration, les policiers ont délibérément attendu le départ de ses avocats pour commencer, en recourant à la force, aux menaces et à la contrainte, à prélever des échantillons de ses substances corporelles et à l'interroger dans le but d'obtenir une déclaration. La police savait également que l'accusé était à l'époque un jeune contrevenant et qu'il avait droit à la protection spéciale de la *Loi sur les jeunes contrevenants*. Finalement, le fait que la police se soit moquée du refus d'un jeune contrevenant de fournir des échantillons de ses substances corporelles choquerait sûrement la conscience de tous les citoyens équitables. L'utilisation de la preuve serait donc susceptible de déconsidérer l'administration de la justice.

Cependant, le papier-mouchoir contenant les mucosités ne devrait pas être écarté. La police n'a pas forcé l'accusé à fournir un échantillon de ses mucosités, et ne lui a même pas demandé de le faire. Bien que la police ait agi subrepticement, au mépris du refus explicite de l'accusé de lui fournir des échantillons de substances corporelles, les droits que la *Charte* garantissait à ce dernier relativement au papier-mouchoir n'ont pas été gravement violés. La saisie n'a pas porté atteinte à l'intégrité physique de l'accusé et ne lui a fait perdre sa dignité d'aucune manière. De toute façon, la police pouvait obtenir et aurait obtenu le papier-mouchoir jeté. Il pouvait être découvert et l'administration de la justice ne serait pas déconsidérée si la preuve constituée par l'échantillon de mucosités était utilisée.

*Le juge Major:* Il y a accord avec les motifs du juge Cory qui écartent la preuve composée d'échantillons de cheveux et de poils, de prélèvements faits dans la bouche et d'empreintes dentaires, qui a été obtenue en mobilisant l'accusé contre lui-même. Cependant, le papier-mouchoir contenant l'échantillon de mucosités n'a pas été obtenu en violation de l'art. 8 de la *Charte*. Sous les yeux du policier qui le surveillait, l'accusé a volontairement et intentionnellement jeté le papier-mouchoir dans la corbeille à papier qui se trouvait dans les toilettes. Ce faisant, il a abandonné le papier-mouchoir et a perdu toute attente en matière de vie privée qu'il

no requirement of informed consent. Since no violation of the *Charter* occurred with regard to the tissue, there is no need to enter into a s. 24(2) inquiry.

*Per* McLachlin J. (dissenting): The taking of bodily samples falls to be decided under s. 8 of the *Charter*, not under s. 7. Section 7 of the *Charter* does not purport to enlarge the common law principle against self-incrimination. The common law as adopted and applied in Canada confined the principle of fundamental justice known as the principle against self-incrimination to testimonial evidence. For good and principled reasons, this principle has never extended to physical or "real" evidence. It follows that the principle against self-incrimination which may be read by inference into s. 7 does not apply to real evidence, except in the case of real evidence derivative from testimonial evidence which would not have been discovered but for the accused's involuntary testimony. All other real evidence falls to be treated under the guarantee against unreasonable search and seizure in s. 8. To hold otherwise would extend the principle of self-incrimination not only beyond its recognized ambit in Canada, but beyond its limits in comparable justice systems throughout the world.

The taking of the accused's hair samples, buccal swabs and dental impressions violated s. 8 of the *Charter*. While the common law permits relatively non-intrusive procedures to take evidence from a suspect in custody for purposes of identification, the invasiveness of the searches and seizures leading to the taking of the bodily samples and dental impressions, and the seriousness of the incursion on his privacy and dignity they entailed, place them outside the scope of lawful search incidental to arrest. No emergency was alleged in this case and the searches were not necessary to protect the immediate safety of the police or the public.

The taking of the tissue, however, did not violate s. 8. In discarding the tissue, the accused abandoned it and lost any privacy interest in the tissue that he may have had. The taking of the tissue was not a search and the requirement of the accused's consent did not apply.

pouvait avoir à ce sujet. Le consentement n'est pas en cause lorsque l'élément de preuve est abandonné, même quand l'accusé est sous garde. Lorsqu'il n'y a aucune attente raisonnable en matière de vie privée, il n'y a ni fouille ni exigence de consentement éclairé. Étant donné qu'il n'y a pas eu violation de la *Charte* en ce qui concerne le papier-mouchoir, il est inutile d'entreprendre une analyse fondée sur le par. 24(2).

*Le* juge McLachlin (dissidente): Le prélèvement d'échantillons de substances corporelles relève de l'art. 8 de la *Charte* et non de l'art. 7. L'article 7 de la *Charte* n'a pas pour objet d'élargir la portée du principe de common law interdisant l'auto-incrimination. La common law adoptée et appliquée au Canada a restreint à la preuve testimoniale l'application du principe de justice fondamentale connu sous le nom de principe interdisant l'auto-incrimination, qui, pour de bonnes raisons de principe, n'a jamais visé la preuve «matérielle». Il s'ensuit que le principe interdisant l'auto-incrimination, qui peut être inféré de l'art. 7, ne s'applique pas à la preuve matérielle, sauf en ce qui concerne la preuve matérielle dérivée de la preuve testimoniale, qui n'aurait pas été découverte n'eût été le témoignage involontaire de l'accusé. Dans tous les autres cas, la preuve matérielle relève de la protection contre les fouilles, perquisitions ou saisies prévues par l'art. 8. Conclure le contraire reviendrait à pousser le principe interdisant l'auto-incrimination non seulement au-delà de la portée qui lui a été reconnue jusqu'ici au Canada, mais encore au-delà des limites qui lui sont imposées dans des systèmes de justice comparables ailleurs dans le monde.

Le prélèvement d'échantillons de cheveux et de poils, les prélèvements faits dans la bouche et la prise des empreintes dentaires de l'accusé ont violé l'art. 8 de la *Charte*. Bien que la common law permette le recours à des procédures relativement peu envahissantes pour recueillir des éléments de preuve auprès d'un suspect détenu à des fins d'identification, les fouilles et saisies qui ont mené au prélèvement de substances corporelles et à la prise d'empreintes dentaires ne constituent pas une fouille légale accessoire à une arrestation en raison de leur caractère envahissant et de la gravité de l'atteinte à la vie privée et à la dignité du suspect qu'elles ont entraînée. On n'a allégué l'existence d'aucune urgence en l'espèce et les fouilles n'étaient pas nécessaires pour garantir la sécurité immédiate des policiers ou du public.

La récupération du papier-mouchoir n'a cependant pas violé l'art. 8. En jetant le papier-mouchoir, l'accusé l'a abandonné et a perdu tout droit à la vie privée qu'il pouvait avoir à son sujet. La récupération du papier-mouchoir ne constituait pas une fouille et l'exigence du



Although the tissue was taken while the accused was in custody, his right not to incriminate himself was not violated since the privilege against self-incrimination does not apply to real evidence. Unless it is derivative from testimonial evidence, real evidence falls to be considered under the rubric of search and seizure. While it is true that the samples may necessarily be created as a result of the arrest and detention, the fact remains that the bodily state to which they attest and which gives them their significance is not created by the detention. It has a real existence apart from the detention, which merely provides an opportunity to ascertain that bodily state.

The test for the admission of evidence where a *Charter* breach is alleged requires the judge to conduct a two-part inquiry. The first step is to determine whether the evidence was taken in a manner which infringed the accused's *Charter* rights. If so, the judge must go on to consider whether, as a result of the infringement, the evidence should be excluded under s. 24(2) of the *Charter*. Section 24(2) introduces a balancing process. The judge must consider all the circumstances of the case and, in light of them, balance the effect of admitting the evidence on the repute of the administration of justice against the effect of rejecting it. In the end the judge must ask which will better serve the repute of the system of justice on the particular facts of the case — admission or exclusion. The three classes of factors set out in *Collins* — factors relevant to the (1) fairness of the trial, (2) seriousness of the violation, and (3) effect of excluding the evidence — are simply a convenient way of considering the various "circumstances" which may need to be taken into account in a particular case. The first two groups relate to disrepute to the administration of justice which may arise from admission, the third group to disrepute which may arise from exclusion of the evidence. So long as all are considered, the balancing task imposed by s. 24(2) will be discharged.

The framers of the *Charter* did not intend s. 24(2) to act as an automatic exclusionary or quasi-exclusionary rule and, accordingly, the view that any evidence which affects the fairness of the trial must be excluded under s. 24(2) should be rejected. First, it runs counter to the

consentement de l'accusé ne s'appliquait pas. Bien que le papier-mouchoir ait été récupéré alors que l'accusé était sous garde, le droit de ce dernier de ne pas s'incriminer n'a pas été violé étant donné que le privilège de ne pas s'incriminer ne s'applique pas à la preuve matérielle. À moins qu'elle ne soit dérivée de la preuve testimoniale, la preuve matérielle doit être appréciée sous l'angle des fouilles, perquisitions et saisies. Même s'il est vrai que les échantillons peuvent nécessairement résulter de l'arrestation et de la détention, il reste que la condition physique qu'ils attestent et qui leur donne leur importance n'est pas créée par la détention. Elle a une existence véritable qui ne dépend pas de la détention, laquelle détention fournit simplement l'occasion de constater cette condition physique.

Le critère d'utilisation d'éléments de preuve, dans le cas où on allègue l'existence d'une violation de la *Charte*, exige que le juge procède à un examen en deux étapes. La première étape consiste à déterminer si les éléments de preuve ont été obtenus dans des conditions qui portent atteinte aux droits garantis à l'accusé par la *Charte*. Dans l'affirmative, le juge doit ensuite se demander si, en raison de cette atteinte, les éléments de preuve devraient être écartés en vertu du par. 24(2) de la *Charte*. Le paragraphe 24(2) introduit un processus de pondération. Le juge doit examiner toutes les circonstances de l'affaire et soupeser, en fonction de celles-ci, l'incidence de l'utilisation de la preuve sur la considération dont jouit l'administration de la justice en fonction de l'incidence du rejet de cette preuve. En fin de compte, le juge doit se demander laquelle de l'utilisation ou de l'exclusion préservera le mieux la considération dont jouit le système de justice, d'après les faits particuliers de l'affaire. Les trois catégories de facteurs établies dans l'arrêt *Collins* — les facteurs pertinents quant à (1) l'équité du procès, (2) la gravité de la violation et (3) l'effet de l'exclusion de la preuve — ne constituent qu'une façon commode d'examiner les diverses «circonstances» qui peuvent devoir être prises en considération dans une affaire donnée. Les deux premières catégories ont trait à la déconsidération de l'administration de la justice qui pourrait résulter de l'utilisation de la preuve; la troisième catégorie concerne la déconsidération qui pourrait découler de l'exclusion de la preuve. Il ne sera satisfait à l'obligation de pondérer imposée par le par. 24(2) que si tous les facteurs sont pris en considération.

Les rédacteurs de la *Charte* n'ont pas voulu que le par. 24(2) serve de règle d'exclusion automatique ou quasi automatique et, par conséquent, il y a lieu de rejeter l'opinion suivant laquelle tout élément de preuve qui compromet l'équité du procès doit être écarté en vertu

spirit and wording of s. 24(2), which requires that judges in all cases balance all factors which may affect the repute of the administration of justice, and elevates the factor of trial unfairness to a dominant and in many cases conclusive status. Second, it rests on an expanded and erroneous concept of self-incrimination or conscription which equates any non-consensual participation by or use of the accused's body in evidence gathering with trial unfairness. Third, it erroneously assumes that anything that affects trial fairness automatically renders the trial so fundamentally unfair that other factors can never outweigh the unfairness, with the result that it becomes unnecessary to consider other factors.

Here, the trial judge made a careful review of all relevant factors, applied s. 24(2) in the fashion directed in *Collins* and concluded that the accused's hair, buccal swabs and dental impressions taken contrary to s. 8 of the *Charter* were admissible under s. 24(2) — a conclusion affirmed by the majority of the Court of Appeal. Where the courts below have properly considered all the factors relevant to the s. 24(2) determination, this Court will not interfere. In any event, when all the circumstances are considered together, it cannot be concluded that the trial judge and the majority of the Court of Appeal erred in finding that the exclusion of the evidence would do more harm to the repute of the administration of justice than its admission.

Since the taking of the tissue did not violate s. 8 of the *Charter*, it is unnecessary to consider its admissibility under s. 24(2).

*Per* L'Heureux-Dubé J. (dissenting): For the reasons given by Cory J., the arrest was a lawful one. While the search and seizure at issue was clearly not necessary in order to protect the accused, the police or the public, they were authorized by law under the common law search power incidental to arrest. The right to secure evidence as an incident of arrest does not depend on the existence of urgency or exigent circumstances and may extend to the taking of bodily samples and impressions. The following guidelines strike a proper balance between society's interest in detecting and punishing crime and the individual's interests in personal privacy

du par. 24(2). Premièrement, cette opinion va à l'encontre de l'esprit et de la lettre du par. 24(2) qui exige que les juges soupèsent, dans tous les cas, tous les facteurs qui peuvent déconsidérer l'administration de la justice, et elle élève le facteur de l'iniquité du procès à un rang dominant et, dans bien des cas, déterminant. Deuxièmement, elle repose sur une notion élargie et erronée de l'auto-incrimination ou de la mobilisation de l'accusé contre lui-même qui assimile à l'iniquité du procès toute participation non consensuelle de l'accusé à la constitution de la preuve ou toute utilisation non consensuelle de son corps à cette fin. Troisièmement, elle tient erronément pour acquis que tout ce qui compromet l'équité du procès rend automatiquement le procès si fondamentalement inéquitable que d'autres facteurs ne pourront jamais l'emporter sur cette iniquité, de sorte qu'il devient inutile de prendre en considération d'autres facteurs.

En l'espèce, le juge du procès a examiné soigneusement tous les facteurs pertinents, a appliqué le par. 24(2) de la façon recommandée dans l'arrêt *Collins* et a conclu que le prélèvement de cheveux et poils de l'accusé, les prélèvements dans sa bouche et la prise de ses empreintes dentaires, qui avaient été effectués en contravention de l'art. 8 de la *Charte*, pouvaient être utilisés en preuve en vertu du par. 24(2) — une conclusion confirmée par la Cour d'appel à la majorité. Notre Cour n'interviendra pas si les tribunaux d'instance inférieure ont pris en considération de façon appropriée tous les facteurs pertinents pour prendre une décision en vertu du par. 24(2). De toute façon, si on considère l'ensemble des circonstances, on ne peut pas conclure que le juge du procès et les juges majoritaires de la Cour d'appel ont commis une erreur en décidant que l'exclusion de la preuve déconsidérerait davantage l'administration de la justice que son utilisation.

Puisque que la récupération du papier-mouchoir n'a pas violé l'art. 8 de la *Charte*, il n'est pas nécessaire d'examiner son admissibilité aux termes du par. 24(2).

*Le* juge L'Heureux-Dubé (dissidente): Pour les motifs exposés par le juge Cory, l'arrestation était légale. Même s'il est clair que la fouille et la saisie en question n'étaient pas nécessaires pour protéger l'accusé, les policiers ou le public, elles étaient autorisées par la loi en vertu du pouvoir de common law de procéder à une fouille accessoire à une arrestation. Le droit de recueillir des éléments de preuve accessoirement à une arrestation ne dépend pas de l'existence d'une urgence ou d'une situation d'urgence, et peut viser le prélèvement d'échantillons de substances corporelles et la prise d'empreintes. Les lignes directrices suivantes permet-

and autonomy over his own body where the taking of bodily samples or impressions occurs as an incident to arrest: (1) the police must exercise their discretion to conduct the search given all of the circumstances; (2) the search must be for a valid objective in pursuit of the ends of criminal justice without running counter to the general objectives of the proper administration of justice; (3) consideration must be given to the intrusiveness involved in the search: the more intrusive, the higher the threshold for finding that the taking of bodily samples or impressions is both justified and conducted in a reasonable manner in given circumstances; (4) the police must have reasonable and probable grounds to conduct the search; (5) the search must be predicated on sufficiently important circumstances; those circumstances will generally be established where: (a) it is impracticable to obtain a warrant to secure the desired evidence; (b) such evidence cannot be obtained by a less intrusive means; (c) there is no alternative evidence available; (d) the offence for which the arrest was made is a serious one; and (e) public policy is served by the type of search at issue. Finally, the manner in which the search is conducted must not be abusive or unreasonable given the totality of the circumstances. A search which does not comply with these requirements could be characterized as unreasonable at common law as well as under s. 8 of the *Charter*. The determination of whether a search occurred legally as an incident to arrest will depend upon a balancing of these factors.

Here, the search and seizure of the evidence at issue was legal as incidental to arrest and conducted in a reasonable manner in the circumstances of this case given the seriousness of the offence as well as the unavailability of any legal authorization procedure at the time of the accused's arrest. The evidence indicates that the police believed that, in all of the circumstances, it was necessary to obtain bodily substances and dental impressions from the accused in order to apply the law effectively. They could not have proceeded with the murder charge without the DNA evidence or the bite-mark analysis of his teeth impressions. The search and seizure took place in order to achieve a valid objective — the discovery of evidence which could have either incriminated or established the innocence of the accused. The type of search and seizure at issue constituted minimal

tent d'établir un juste équilibre entre l'intérêt de la société dans la découverte et la répression du crime et le droit d'un individu à la protection de sa vie privée et de son intégrité physique, lors du prélèvement d'échantillons de substances corporelles et de la prise d'empreintes effectués accessoirement à une arrestation: (1) la police doit exercer son pouvoir discrétionnaire d'effectuer la fouille, en tenant compte de toutes les circonstances; (2) la fouille doit viser un objectif valable dans la poursuite des fins de la justice criminelle, sans aller à l'encontre des objectifs généraux d'une saine administration de la justice; (3) le caractère envahissant de la fouille en question doit être pris en considération: plus la fouille est envahissante, plus strictes doivent être les conditions qui permettront de conclure que le prélèvement de substances corporelles ou la prise d'empreintes sont à la fois justifiés et effectués d'une manière raisonnable dans les circonstances; (4) la police doit avoir des motifs raisonnables d'effectuer la fouille; (5) la fouille doit dépendre de circonstances suffisamment importantes; l'existence de ces circonstances sera généralement établie a) s'il est pratiquement impossible d'obtenir un mandat pour recueillir les éléments de preuve souhaités, b) s'il n'existe pas de moyens moins envahissants d'obtenir ces éléments de preuve, c) s'il n'y a pas d'autres éléments de preuve disponibles, d) si l'infraction à l'origine de l'arrestation est grave, et e) si le type de fouille en question est conforme à l'intérêt public. Enfin, la façon dont la fouille est effectuée ne doit être ni abusive ni déraisonnable compte tenu de toutes les circonstances. Une fouille qui ne respecte pas ces exigences pourrait être qualifiée d'abusives tant en common law qu'en vertu de l'art. 8 de la *Charte*. La réponse à la question de savoir si on a procédé légalement à une fouille accessoire à une arrestation dépendra d'une pondération de ces facteurs.

En l'espèce, la fouille et la saisie des éléments de preuve en cause ont été légalement effectuées accessoirement à l'arrestation et d'une manière raisonnable dans les circonstances, compte tenu de la gravité de l'infraction commise ainsi que de l'absence de procédure d'autorisation légale au moment de l'arrestation de l'accusé. Il ressort de la preuve que la police croyait que, compte tenu de toutes les circonstances, il était nécessaire d'obtenir de l'accusé des échantillons de substances corporelles et des empreintes dentaires afin d'appliquer efficacement la loi. Elle n'aurait pas pu l'inculper de meurtre sans la preuve des empreintes génétiques ou sans l'analyse de la marque de morsure au moyen de ses empreintes dentaires. La fouille et la saisie ont été effectuées dans le but de réaliser un objectif valable — la découverte d'une preuve susceptible soit d'incriminer

affronts to the accused's bodily integrity. Although the taking of pubic hair and the making of dental impressions are more intrusive, on the whole, given that the accused was made to pull out some of his own pubic hair himself and that the dental impressions were made by a dentist according to professional standards, the taking of those specimens is not of such an offensive character in the present circumstances that it would constitute an unreasonable search. In this regard, the accused's refusal to provide any bodily substance and the absence of his lawyers while the specimens were seized are irrelevant in assessing whether the police reasonably exercised their power of search incidental to arrest. Once a search is found to fall within the scope of such power, the police may, in accordance with these guidelines, proceed to search a lawfully arrested person. As well, while the accused's bodily substances and teeth impressions could have been obtained later, this is not a relevant consideration. Further, the police had reasonable and probable grounds for taking bodily samples and dental impressions, given the results of the victim's autopsy which revealed semen in her vagina and a human bite mark on her abdomen. The evidence discloses circumstances of sufficient importance to justify the taking. The police could not have obtained a warrant to secure the type of evidence they sought and the accused's hair, saliva and dental impressions could not have been obtained by less intrusive means. Given the absence of any witness to the murder, there was no alternative evidence that the accused committed this serious offence. Finally, public policy is served by the type of search at issue. Where indicia such as bodily fluids or a human bite mark are found on the victim's body, the possibility of resorting to DNA typing analysis or forensic odontology serves society's substantial interest in deterring such crimes. Since there was no breach of the accused's s. 8 *Charter* rights in the obtaining of the evidence, such evidence was admissible at trial.

Given the conclusion that the manner in which the police obtained the evidence was, in fact, lawful, it follows that the search was also in accord with the princi-

l'accusé soit d'établir son innocence. Le genre de fouille et de saisie en cause constituait une atteinte minimale à l'intégrité physique de l'accusé. Bien que le prélèvement de poils pubiens et la prise d'empreintes dentaires soient plus envahissants, dans l'ensemble, étant donné que l'on a forcé l'accusé à s'arracher lui-même des poils pubiens et que les empreintes dentaires ont été prises par un dentiste selon les règles de l'art, le prélèvement de ces échantillons n'est pas fautif au point de constituer une fouille abusive dans les circonstances de la présente affaire. À cet égard, le refus de l'accusé de fournir des échantillons de substances corporelles et l'absence de ses avocats au moment où les échantillons ont été saisis n'ont aucune pertinence pour évaluer si la police a raisonnablement exercé son pouvoir d'effectuer une fouille accessoire à une arrestation. Dès qu'on conclut qu'une fouille est conforme à ce pouvoir, la police peut, conformément à ces lignes directrices, la faire subir à une personne légalement mise en état d'arrestation. De plus, même si les échantillons de substances corporelles et les empreintes dentaires de l'accusé auraient pu être obtenus ultérieurement, ce n'est pas un facteur pertinent. La police avait également des motifs raisonnables de prélever des échantillons de substances corporelles et de prendre des empreintes dentaires, compte tenu des résultats de l'autopsie de la victime qui ont révélé la présence de sperme dans son vagin et d'une morsure humaine sur son abdomen. La preuve révèle l'existence de circonstances suffisamment importantes pour justifier le prélèvement de ces échantillons et la prise de ces empreintes. La police n'aurait pas pu obtenir un mandat l'autorisant à recueillir le genre d'éléments de preuve qu'elle cherchait, et les cheveux et poils de l'accusé, sa salive et ses empreintes dentaires n'auraient pas pu être obtenus par des moyens moins envahissants. Étant donné l'absence de témoin du meurtre, il n'existait pas d'autre preuve que l'accusé avait commis cette infraction grave. Finalement, le genre de fouille en cause est conforme à l'intérêt public. Lorsque des indices tels que des liquides organiques ou une marque de morsure humaine sont découverts sur le corps de la victime, la possibilité de recourir à une analyse génétique ou odontologique médico-légale est conforme à l'intérêt important qu'a la société à décourager la perpétration de tels crimes. Étant donné qu'il n'y a eu aucune violation des droits garantis à l'accusé par l'art. 8 de la *Charte* lors de l'obtention des éléments de preuve en question, ces éléments de preuve étaient admissibles au procès.

Vu la conclusion que la manière dont la police a obtenu les éléments de preuve était effectivement légale, il s'ensuit que la fouille était également conforme aux

ples of fundamental justice and did not violate s. 7 of the *Charter*.

The tissue containing the mucous was not obtained in violation of s. 8 of the *Charter* since the accused could not claim any right of privacy in this specimen. Consequently, this evidence was also admissible at trial.

Although it is not necessary to deal with s. 24(2) of the *Charter*, there is general agreement with McLachlin J.'s analysis. The classification of evidence under the trial fairness aspect of the s. 24(2) analysis in terms of "non-conscriptive 'real' evidence" and "conscriptive evidence", which includes "derivative evidence", with their possible extension to all kinds of unforeseen situations, is an unfortunate development. Trial fairness concern arises solely where the accused is compelled as a result of a *Charter* breach to participate in the creation or discovery of evidence which tends to establish his guilt by his own admission, or based upon his own communication. Evidence which affects the fairness of the trial must not inevitably be excluded under s. 24(2). A proper consideration of "all the circumstances" demands a balancing of each set of factors set out in *Collins*.

*Per* Gonthier J. (dissenting): The reasons of L'Heureux-Dubé J. were concurred in. There is also agreement with the reasons of McLachlin J. as to the scope of the principle of self-incrimination and the proper analytical approach to the determination of admissibility of evidence under s. 24(2) of the *Charter*.

## Cases Cited

By Cory J.

**Applied:** *R. v. Legere* (1988), 89 N.B.R. (2d) 361; *R. v. Paul* (1994), 155 N.B.R. (2d) 195; **not followed:** *Schmerber v. California*, 384 U.S. 757 (1966); **referred to:** *R. v. Collins*, [1987] 1 S.C.R. 265; *R. v. Storrey*, [1990] 1 S.C.R. 241; *R. v. Duguay, Murphy and Sevigny* (1985), 18 C.C.C. (3d) 289, aff'd on other grounds, [1989] 1 S.C.R. 93; *Hunter v. Southam Inc.*, [1984] 2 S.C.R. 145; *Leigh v. Cole* (1853), 6 Cox C.C. 329; *Bessell v. Wilson* (1853), 1 El. & Bl. 489, 118 E.R. 518; *Cloutier v. Langlois*, [1990] 1 S.C.R. 158; *R. v. Lim*

principes de justice fondamentale et qu'elle n'a pas violé l'art. 7 de la *Charte*.

Le papier-mouchoir contenant les mucosités n'a pas été obtenu en violation de l'art. 8 de la *Charte*, étant donné que l'accusé ne pouvait invoquer aucun droit à la vie privée relativement à cet échantillon. Par conséquent, cet élément de preuve était lui aussi admissible au procès.

Bien qu'il ne soit pas nécessaire d'examiner la question du par. 24(2) de la *Charte*, il y a accord en général avec l'analyse du juge McLachlin. La classification de la preuve eu égard à l'aspect «équité du procès» de l'analyse fondée sur le par. 24(2), à savoir la classification de la preuve en «preuve "matérielle" non obtenue en mobilisant l'accusé contre lui-même» et en «preuve obtenue en mobilisant l'accusé contre lui-même», qui comprend la «preuve dérivée», avec son application possible à toutes sortes de situations imprévues, est malheureuse. Le problème de l'équité du procès ne se pose que si l'accusé a été forcé, à la suite d'une violation de la *Charte*, de participer à la constitution ou à la découverte d'une preuve qui tend à établir sa culpabilité par suite de son propre aveu ou de sa propre déclaration. La preuve qui compromet l'équité du procès ne doit pas inévitablement être écartée en vertu du par. 24(2). La prise en considération appropriée des «circonstances» exige la pondération de chaque ensemble de facteurs énoncés dans l'arrêt *Collins*.

*Le* juge Gonthier (dissent): Il y a accord avec les motifs du juge L'Heureux-Dubé. Il y a également accord avec les motifs du juge McLachlin quant à la portée du principe de l'auto-incrimination et à la méthode analytique utile pour déterminer l'admissibilité de la preuve en vertu du par. 24(2) de la *Charte*.

## Jurisprudence

Citée par le juge Cory

**Arrêts appliqués:** *R. c. Legere* (1988), 89 R.N.-B. (2<sup>e</sup>) 361; *R. c. Paul* (1994), 155 R.N.-B. (2<sup>e</sup>) 195; **arrêt non suivi:** *Schmerber c. California*, 384 U.S. 757 (1966); **arrêts mentionnés:** *R. c. Collins*, [1987] 1 R.C.S. 265; *R. c. Storrey*, [1990] 1 R.C.S. 241; *R. c. Duguay, Murphy and Sevigny* (1985), 18 C.C.C. (3d) 289, conf. pour d'autres motifs par [1989] 1 R.C.S. 93; *Hunter c. Southam Inc.*, [1984] 2 R.C.S. 145; *Leigh c. Cole* (1853), 6 Cox C.C. 329; *Bessell c. Wilson* (1853), 1 El. & Bl. 489, 118 E.R. 518; *Cloutier c. Langlois*,