

Her Majesty The Queen Appellant;

and

John Wray Respondent.

1970: January 29, 30; 1970: June 26.

Present: Cartwright C.J. and Fauteux, Abbott, Martland, Judson, Ritchie, Hall, Spence and Pigeon JJ.

**ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL
FOR ONTARIO**

Criminal law—Evidence—Confession—Statement by accused ruled inadmissible—Admissibility of facts discovered as result of statement—Admissibility of part of statement—Discretion to exclude admissible evidence—New trial directed.

The respondent was charged with non-capital murder. The trial judge ruled that a statement signed by the respondent was inadmissible as it was not voluntary. In the statement, the respondent told that he threw the murder weapon in a swamp. Later the police were directed by the respondent to the locality where, as a result of what he told them, they found the rifle the following day. The trial judge refused to allow the Crown to adduce evidence as to the part taken by the respondent in the finding of the murder weapon. At the conclusion of the trial, he directed a verdict of not guilty. The Court of Appeal affirmed the acquittal on the ground that a trial judge in a criminal case has a discretion to reject evidence, even if legally admissible and of substantial weight, if he considers that its admission would be unjust or unfair to the accused or calculated to bring the administration of justice into disrepute. The Crown was granted leave to appeal to this Court on the question as to whether the trial judge had a discretion to reject the evidence relating to the involvement of the accused in the locating of the murder weapon.

Held (Cartwright C. J. and Hall and Spence JJ. dissenting): The appeal should be allowed and a new trial directed.

Per Fauteux, Abbott, Martland, Ritchie and Pigeon JJ.: There is no judicial authority in this country or in England which supports the proposition that a trial judge has a discretion to exclude admissible evidence because, in his opinion, its

Sa Majesté la Reine Appelante;

et

John Wray Intimé.

1970: les 29 et 30 janvier; 1970: le 26 juin.

Présents: Le Juge en Chef Cartwright et les Juges Fauteux, Abbott, Martland, Judson, Ritchie, Hall, Spence et Pigeon.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL D'ONTARIO

Droit criminel—Preuve—Confession—Déclaration de l'accusé jugée irrecevable—Recevabilité des faits dont la découverte résulte de la déclaration—Recevabilité d'une partie de la déclaration—Pouvoir discrétionnaire d'écartier une preuve recevable—Nouveau procès ordonné.

L'intimé a été accusé de meurtre non qualifié. Le juge de première instance a conclu qu'une déclaration signée par l'intimé était irrecevable en droit parce qu'elle n'avait pas été faite librement. Dans cette déclaration, l'intimé a dit qu'il avait jeté l'arme meurtrière dans un marécage. Plus tard, l'intimé a indiqué aux policiers le chemin jusqu'à l'endroit où, par suite de ce qu'il leur avait dit, ils ont trouvé la carabine le lendemain. Le juge de première instance a refusé de permettre au ministère public d'apporter comme preuve la participation de l'intimé au repérage de l'arme meurtrière. A la fin du procès, le juge de première instance a recommandé un verdict d'acquittement. La Cour d'appel a confirmé l'acquittement pour le motif que dans une affaire criminelle, le juge de première instance a le pouvoir discrétionnaire d'écartier une preuve, même recevable en droit et fort probante, s'il considère que la recevoir serait injuste ou inéquitable envers l'accusé, ou de nature à discréditer l'administration de la justice. La poursuite a obtenu l'autorisation d'appeler à cette Cour sur la question de savoir si le juge de première instance jouissait de la discréption de refuser d'admettre la preuve que l'accusé était impliqué dans le repérage de l'arme ayant servi au meurtre.

Arrêt: L'appel doit être accueilli et un nouveau procès ordonné, le Juge en Chef Cartwright et les Juges Hall et Spence étant dissidents.

Les Juges Fauteux, Abbott, Martland, Ritchie et Pigeon: Il n'y a aucune jurisprudence, ni ici, ni en Angleterre, qui appuie la proposition que le juge de première instance a le pouvoir discrétionnaire d'écartier une preuve recevable parce qu'à son avis,

admission would be calculated to bring the administration of justice into disrepute. The test of admissibility of evidence is whether the evidence is relevant to the matters in issue.

The trial judge has no general discretion to exclude admissible evidence because, in his opinion, its admission would be unjust or unfair to the accused. The exercise of a discretion by him arises only if the admission of the evidence, would operate unfairly. The allowance of admissible evidence relevant to the issue before the Court and of substantial probative value may operate unfortunately for the accused, but not unfairly. It is only the allowance of evidence gravely prejudicial to the accused, and whose probative force in relation to the main issue before the Court is trifling, which can be said to operate unfairly.

The trial judge's discretion to exclude admissible evidence does not extend beyond his duty to ensure that the minds of the jury will not be prejudiced by evidence of little probative value, but of great prejudicial effect. Exclusion of evidence on the ground that, although its probative value was unquestionable, it was obtained by methods which the judge considers to be unfair, has nothing to do with his duty to secure a fair trial for the accused. The trial judge erred in law in excluding evidence as to the facts leading to the finding of the rifle.

Where the discovery of the fact confirms the confession—that is, where the confession must be taken to be true by reason of the discovery of the fact—then that part of the confession that is confirmed by the discovery of the fact is admissible, but further than that no part of the confession is admissible. The trial judge erred in law in excluding such parts of the confession as were confirmed as true by the discovery of such facts.

Per Fauteux, Abbott and Judson JJ.: There are dicta as to the exclusion of evidence which is admissible and relevant but of such slight probative value that it should be rejected because of its prejudicial tendency in the eyes of the jury. But this principle is not in issue in this appeal. Those dicta cannot support the broad exclusionary discretion which was exercised by the trial judge in this case and affirmed and extended by the Court of Appeal. There is no judicial discretion permitting the exclusion of relevant evidence, on the ground of unfairness to the accused. Judicial discretion in this field is a concept which involves great uncertainty of application. The task of a judge in the conduct

la recevoir serait de nature à discréditer l'administration de la justice. Le critère à appliquer pour déterminer si une preuve est recevable est la pertinence au fond du litige.

Le juge de première instance n'a pas un pouvoir discrétionnaire illimité d'écartier une preuve recevable, parce qu'à son avis, la recevoir serait injuste ou inéquitable envers l'accusé. Il n'y a lieu pour lui d'exercer ce pouvoir discrétionnaire que s'il y est inéquitable de recevoir la preuve. Recevoir une preuve pertinente à la question en litige et de grande force probante peut avoir un effet défavorable à l'accusé, sans être inéquitable. C'est seulement le fait de recevoir une preuve fortement préjudiciable à l'accusé, mais dont la valeur probante à l'égard de la question fondamentale en litige est insignifiante, qui peut être considéré comme inéquitable.

Le pouvoir discrétionnaire du juge de première instance d'écartier une preuve recevable ne s'étend pas au-delà de son devoir de s'assurer que l'opinion des jurés ne soit pas préjugée par une preuve de peu de valeur probante, mais fortement préjudiciable. L'exclusion de la preuve pour le motif que, bien que sa force probante soit incontestable, elle a été obtenue par des procédés que le juge considère inéquitables, n'a absolument rien à voir avec l'obligation du juge d'assurer un procès équitable à l'accusé. Le juge de première instance a commis une erreur de droit en écartant la preuve des faits qui ont amené à retrouver la carabine.

Lorsque la découverte du fait confirme la confession,—c'est-à-dire lorsqu'il faut conclure à la véracité de la confession en raison de la découverte du fait,—alors la partie de la confession que confirme la découverte du fait est recevable en preuve, rien de plus. Le juge de première instance a aussi commis une erreur de droit en écartant les parties de la confession que la découverte de ces faits a confirmées.

Les Juges Fauteux, Abbott et Judson: De nombreux jugements parlent d'écartier une preuve recevable et pertinente, mais dont la valeur probante est si faible qu'il faut l'écartier à cause de sa tendance préjudiciable à l'égard du jury. Ce principe n'est pas en cause dans le présent appel. Ces jugements ne peuvent justifier le grand pouvoir d'exclusion qu'a exercé le juge de première instance dans la présente affaire et que la Cour d'appel a confirmé et étendu. Aucun pouvoir judiciaire ne permet d'écartier une preuve pertinente parce que la recevoir serait inéquitable envers l'accusé. Le pouvoir discrétionnaire dans ce domaine implique une grande incertitude d'application. Le rôle du juge qui préside à un

of a trial is to apply the law and to admit all evidence that is logically probative unless it is ruled out by some exclusionary rule. If this course is followed, an accused person has had a fair trial. Deferring to the ruling in *R. v. St. Lawrence*, [1949] O.R. 215, the evidence should be confined to the fact of finding under the direction of the accused.

Per Cartwright C. J., dissenting: The confession of the respondent was improperly obtained and was rightly excluded as being involuntary. However, evidence of the fact that the respondent told the police where the murder weapon could be found was legally admissible under the rule in *R. v. St. Lawrence, supra*, but not evidence that he said he had thrown it there. But, because the manner in which the respondent was induced to indicate the location of the weapon was as objectionable as that in which he was induced to make the confession, it was open to the trial judge to hold that the admission of evidence of that fact would be so unjust and unfair to the respondent and so calculated to bring the administration of justice into disrepute as to warrant his rejecting the evidence in the exercise of his discretion. There being evidence on which it was open to the trial judge to exercise his discretion in the way he did, the propriety of that exercise is not open to review on an appeal by the Crown.

Per Hall J., dissenting: A trial judge has, by law, a measure of discretion to reject admissible evidence under certain circumstances. The only test applied in respect of statements admitted or rejected after a *voir dire* however damaging they may be to an accused or however their exclusion may benefit an accused, is that the discretion be exercised judicially. If the discretion has been judicially exercised by the judge, it is not subject to review or to being weighed on appeal.

Per Spence J., dissenting: It is the duty of every judge to guard against bringing the administration of justice into disrepute. The proper discharge of this duty is one which is of paramount importance to the continued life of the state. In the present case, the confession or statement of the accused and also the information given by him as to where the weapon could be found were procured by trickery, duress and improper inducements and they were clearly inadmissible. Had the trial judge permitted the Crown to adduce all the evidence as to the part taken by the accused in the finding of the murder weapon, it would not only have brought the

procès est d'appliquer le droit et de recevoir toute preuve pertinente, à moins qu'il existe une règle quelconque en décrétant le rejet. Si l'on procède ainsi, l'accusé a un procès équitable. Il y a lieu de suivre l'arrêt rendu dans *R. v. St. Lawrence*, [1949] O.R. 215, et de limiter la preuve à la découverte faite d'après les indications de l'accusé.

Le Juge en Chef Cartwright, dissident: On a obtenu une confession de l'accusé par des procédés irréguliers; cette confession a été à bon droit écartée parce que forcée. Cependant, la preuve du fait que l'accusé a révélé à la police où l'arme meurtrière pouvait se trouver est recevable en droit en vertu de la règle établie dans l'arrêt *R. v. St. Lawrence*, précité, mais non la preuve qu'il a dit que c'est lui qui l'avait jetée à cet endroit. Cependant, parce que la façon dont l'accusé a été amené à révéler l'endroit où était l'arme est aussi répréhensible que celle dont on l'a amené à faire la confession, le juge de première instance pouvait décider que recevoir la preuve de ce fait aurait été si injuste et inéquitable envers l'accusé, et tellement de nature à discréditer l'administration de la justice qu'il était justifié d'exercer son pouvoir discrétionnaire et d'écartier cette preuve. Vu l'existence d'une preuve qui permettait au juge de première instance d'exercer ce pouvoir comme il l'a fait, l'à-propos de cet exercice n'est pas susceptible de révision lors d'un appel de la part du ministère public.

Le Juge Hall, dissident: Le juge de première instance possède, de droit, dans une certaine mesure le pouvoir discrétionnaire d'écartier, dans certaines circonstances, une preuve recevable. Le seul critère qui s'applique aux déclarations reçues ou écartées après *voir dire* quel que soit le préjudice qu'en souffre l'accusé ou l'avantage qu'il retire de leur exclusion, est que le pouvoir discrétionnaire doit être exercé judiciairement. Si le juge a exercé judiciairement son pouvoir discrétionnaire, l'exercice n'en est pas sujet à appréciation ou révision en appel.

Le Juge Spence, dissident: Il est du devoir de tout juge d'éviter de discréditer l'administration de la justice. L'accomplissement de ce devoir est de toute première importance pour la survie de l'état. Dans la présente affaire, la confession ou déclaration de l'accusé et les renseignements qu'il a fournis sur l'endroit où se trouvait l'arme ont été obtenus par supercherie, contrainte et promesses irrégulières, et sont nettement irrecevables. Si le juge de première instance avait permis au ministère public de présenter toute la preuve du fait de la participation de l'intimé au repérage de l'arme meurtrière, il aurait non seulement jeté du discrédit sur l'administration de

administration of justice into disrepute but it would have been a startling disregard of the principle that no one should be made to testify against himself.

APPEAL by the Crown from a judgment of the Court of Appeal for Ontario¹, affirming the acquittal of the respondent on a charge of non capital murder. Appeal allowed, Cartwright C.J. and Hall and Spence JJ. dissenting.

Clay M. Powell, for the appellant.

Robert Carter and *W. B. Gordon*, for the respondent.

CARTWRIGHT C.J. (*dissenting*)—This appeal is brought, pursuant to leave granted by this Court on November 19, 1969, from a unanimous judgment of the Court of Appeal for Ontario¹ pronounced on October 20, 1969, dismissing an appeal from the acquittal of the respondent on October 31, 1968, following his trial before Henderson J. and a jury at Peterborough. The verdict of not guilty was directed by Henderson J. at the conclusion of the trial. The charge against the respondent was that at the Township of Otonabee in the County of Peterborough on March 23, 1968, he unlawfully did kill Donald Comrie and thereby did commit non-capital murder.

At approximately 12.10 p.m. on Saturday, March 23, 1968, Donald Comrie was shot through the heart in the front office of Knoll's Service Station. Fifty-five dollars, all the bills which had been in the cash register, were missing. There was no eye-witness of the shooting but John Frish, a boy 12 years of age, a nephew of the owner of the Service Station, heard "a crack" and going to investigate found the deceased lying face down and, through the front window, saw a man carrying a rifle running away from the scene. The bullet which had caused Comrie's death was recovered from his body and there was expert evidence that it had been fired from a rifle which was found by the police on June 5, 1968, in a swampy wooded area adjoining the Fyfe Road about 15 miles from the place where Comrie had been killed. This rifle was identified

la justice, mais il aurait manifesté un singulier mépris pour le principe qu'aucune personne ne peut être contrainte de témoigner contre elle-même.

APPEL de la poursuite d'un jugement de la Cour d'appel d'Ontario¹, confirmant l'acquittement de l'intimé sur une accusation de meurtre non qualifié. Appel accueilli, le Juge en Chef Cartwright et les Juges Hall et Spence étant dissidents.

Clay M. Powell, pour l'appelante.

Robert Carter et *W. B. Gordon*, pour l'intimé.

LE JUGE EN CHEF CARTWRIGHT (*dissident*)—Le présent pourvoi est formé, par suite de l'autorisation de cette Cour accordée le 19 novembre 1969, à l'encontre d'un arrêt unanime de la Cour d'appel d'Ontario¹ rendu le 20 octobre 1969 et confirmant l'acquittement de l'intimé, le 31 octobre 1968, à son procès par jury présidé par le Juge Henderson, à Peterborough. Le verdict d'acquittement a été recommandé par le Juge Henderson, à la fin du procès. L'accusé est inculpé d'avoir, dans le canton d'Otonabee, comté de Peterborough, le 23 mars 1968, illégalement causé la mort de Donald Comrie et, de ce fait, commis un meurtre non qualifié.

Vers midi dix, le samedi 23 mars 1968, Donald Comrie a reçu une balle en plein cœur dans le bureau de la station-service Knoll. Il manquait cinquante-cinq dollars dans la caisse enregistreuse, soit tous les billets qui s'y trouvaient auparavant. Il n'y a pas eu de témoin oculaire du coup de feu, mais John Frish, un garçon de douze ans, neveu du propriétaire de la station-service, a entendu un bruit sec; en allant vérifier, il a trouvé la victime étendue face contre terre et a vu par la vitrine un homme qui s'enfuyait, une carabine à la main. On a retiré du cadavre de Comrie la balle qui a causé son décès et mis en preuve par expertise qu'elle provient d'une carabine que la police a retrouvée le 5 juin 1968 dans un boisé marécageux près du chemin Fyfe, à une quinzaine de milles de l'endroit où Comrie a été tué. Il a été établi que cette carabine appartient à James

as belonging to James Albert Wray, a brother of the respondent, who testified that he had first noticed that the rifle was missing on the Tuesday following March 23, 1968. He had not reported its disappearance to the police or to the Insurance Company in which the Wray family had insurance on the contents of their home.

Nothing would be gained by setting out in detail the facts recited at the trial. It is sufficient to say that the evidence against the respondent which was admitted was all circumstantial and was not sufficient to warrant leaving the case to the jury. The question before us arises out of the exclusion by the learned trial judge of certain evidence tendered by the Crown.

On June 4, 1968, shortly after 10.00 a.m., Inspector Lidstone of the Ontario Provincial Police drove up to the respondent's home and asked the respondent to accompany him to the Police Headquarters in Peterborough. From then until 7.18 p.m. on the same day the respondent was continuously with the police and one Jurems, a private investigator, who, as the learned trial judge found, was acting for and with the police and was as regards the respondent a person in authority. At 7.18 p.m. the respondent signed a statement in the form of questions and answers written by Inspector Lidstone. If admitted it would have been evidence on which the jury could have convicted the respondent of the charge against him. It ended as follows:

Q. What happened to the gun?

A. I threw it in the swamp.

Q. Where?

A. Near Omomée.

Q. Will you try and show us the spot?

A. Yes.

Q. Is there anything else you wish to add to this John?

A. Not now thank you.

(signed) John Wray

7.18 p.m.

At 7.25 p.m. the police set out with the respondent in their car, followed by Jurems in

Albert Wray, le frère de l'intimé, qui a témoigné s'être rendu compte pour la première fois de la disparition de l'arme le jeudi suivant le 23 mars 1968. Il n'en a signalé la disparition ni à la police ni à la compagnie d'assurances qui couvrait le contenu de la résidence de la famille Wray.

Il n'y aurait aucun avantage à énumérer en détail les faits relatés au procès. Il suffit de mentionner que la preuve admise contre l'intimé est totalement indirecte et qu'elle est insuffisante pour permettre de laisser la cause à l'adjudication du jury. La question soulevée devant nous découle de l'exclusion par le savant juge de première instance d'une preuve offerte par le ministère public.

Le 4 juin 1968, peu après dix heures du matin, l'inspecteur Lidstone de la police provinciale d'Ontario s'est rendu chez l'intimé et lui a demandé de l'accompagner au bureau de la Sûreté, à Peterborough. A partir de ce moment-là et jusqu'à 19h. 18, le même jour, l'intimé a continuellement été avec les policiers et un certain Jurems, enquêteur privé, qui, selon les constatations du juge de première instance, agissait pour le compte des policiers de concert avec eux et était, vis-à-vis de l'intimé, une personne ayant autorité. A 19h. 18, l'intimé a signé une déclaration écrite par l'inspecteur Lidstone sous forme de questions et réponses. Si l'on avait admis cette déclaration comme preuve, elle aurait justifié le jury de déclarer l'intimé coupable de l'accusation portée contre lui. Elle se termine ainsi:

[TRADUCTION]

Q. Qu'est-il arrivé de la carabine?

R. Je l'ai jetée dans le marécage.

Q. Où?

R. Près d'Omomée.

Q. Vas-tu essayer de nous indiquer l'endroit?

R. Oui.

Q. Veux-tu ajouter quelque chose d'autre, John?

R. Pas maintenant, merci.

(Signature) John Wray

19h. 18

A 19h. 25, les policiers sont partis, emmenant l'intimé dans leur voiture, suivis de Jurems dans

another car, and were directed by the respondent to the locality where, as a result of what he told them, they found the rifle the following day.

During the afternoon of June 4, 1968, Mr. Gordon, a lawyer retained by the respondent's family, attempted to get in touch with the police by telephone but the police did not return his calls. Asked why they had not done so, Inspector Lidstone said in cross-examination:

... we did not want to take a chance that Mr. Wray as a result of speaking to Mr. Gordon wouldn't take the police out to where the gun was found.

Following a lengthy voir dire, the learned trial judge ruled that the statement signed by the respondent was legally inadmissible as it was not voluntary. This ruling was not challenged. It was supported by the evidence.

For the appellant it is submitted that the learned trial judge erred in law in refusing to allow the Crown to adduce evidence as to the part taken by the respondent in the finding of the murder weapon.

The question on which leave to appeal to this Court was granted is as follows:

Did the Court of Appeal for Ontario err in law in holding that the learned trial Judge had a discretion to reject the evidence relating to the involvement of the accused in the locating of the murder weapon?

It is first necessary to decide whether the evidence which the Crown sought to adduce was legally admissible. The appeal was argued, and rightly so, on the basis that the respondent's confession was inadmissible; the submission of the Crown is that, in spite of this, it was entitled to prove not only the finding of the rifle but also the fact that its location was pointed out to the police by the respondent and to give in evidence so much of the confession as was verified by the fact of the finding.

It is impossible to reconcile the numerous decisions as to what follows when an inadmissible

une autre. L'intimé leur a indiqué le chemin jusqu'à l'endroit où, par suite de ce qu'il leur avait dit, ils ont trouvé la carabine le lendemain.

Au cours de l'après-midi du 4 juin 1968, M. Gordon, l'avocat dont la famille de l'intimé avait retenu les services, a essayé de communiquer avec les policiers par téléphone, mais ces derniers n'ont pas donné suite à ses appels. Quand on a demandé, en contre-interrogatoire, à l'inspecteur Lidstone pourquoi ils ne l'avaient pas fait, il a répondu:

[TRADUCTION] ... nous ne voulions pas prendre le risque que M. Wray, par suite de sa conversation avec M. Gordon, refuse de conduire les policiers à l'endroit où ils ont trouvé l'arme.

Après un long «voir dire», le savant juge de première instance a conclu que la déclaration signée par l'intimé était irrecevable en droit puisqu'elle n'a pas été faite librement. Cette conclusion n'a fait l'objet d'aucune contestation. La preuve la justifie.

On soutient de la part de l'appelante que le savant juge de première instance a commis une erreur de droit en refusant de permettre au ministère public d'apporter comme preuve la participation de l'intimé au repérage de l'arme meurtrière.

Voici la question de droit sur laquelle cette Cour a accordé l'autorisation d'appeler:

La Cour d'appel d'Ontario a-t-elle fait une erreur de droit en statuant que le savant juge de première instance jouissait de la discréption de refuser d'admettre la preuve que l'accusé était impliqué dans le repérage de l'arme ayant servi au meurtre.

Il faut d'abord déterminer si la preuve que le ministère public a voulu soumettre est recevable en droit. On a plaidé le pourvoi, ce qui est correct, en prenant pour acquis que la confession de l'intimé est irrecevable; la prétention du ministère public est que, nonobstant cela, il a droit de mettre en preuve non seulement la découverte de la carabine, mais également le fait que l'intimé a indiqué aux policiers l'endroit où elle se trouvait, et d'offrir en preuve la partie de la confession vérifiée par le fait de la découverte.

Il est impossible de concilier les nombreuses décisions sur les conséquences de la confirmation

confession or some part of it is verified by subsequently discovered evidence. In a most helpful article by A. Gotlieb, entitled "Confirmation by subsequent facts", in (1956) 72 L.Q.R. 209, a number of cases are collected and discussed. The learned author points out that authorities exist to support each of the following five views:

- (1) Subsequent facts are admissible but they cannot in any way be connected with the confession.
- (2) Evidence can be given of subsequent facts and that they were discovered as a result of a statement made by the accused.
- (3) Evidence may be given of subsequent facts and so much of the confession as strictly relates to them.
- (4) Subsequent facts and the whole confession that led to their discovery are admissible.
- (5) Subsequent facts are not admissible.

In my opinion the third view is that which prevails in Canada. It is founded on the full and careful judgment of McRuer C.J.H.C. in *Rex v St. Lawrence*². At p. 391 the learned Chief Justice states the rule succinctly as follows:

Where the discovery of the fact confirms the confession—that is, where the confession must be taken to be true by reason of the discovery of the fact—then that part of the confession that is confirmed by the discovery of the fact is admissible, but further than that no part of the confession is admissible.

In *R. v Haase*³, the Court of Appeal for British Columbia applied the rule enunciated in *R. v. St. Lawrence* but Davey J.A., as he then was, who gave the judgment of the majority, stated at p. 328 that the appellant did not question the admissibility of certain evidence under "the St. Lawrence rule" and that therefore "it would be inappropriate to examine the rationale of that

totale ou partielle d'une confession irrecevable, par une preuve découverte ultérieurement. Dans un article très utile intitulé: «Confirmation by subsequent facts» dans (1956) 72 L.Q.R. 209, A. Gottlieb cite et étudie un certain nombre d'affaires. Le savant auteur signale qu'il y a des précédents à l'appui de chacune des cinq opinions suivantes:

- (1) Les faits subséquents sont recevables en preuve, mais ils ne peuvent aucunement être reliés à la confession.
- (2) On peut mettre en preuve les faits subséquents et le fait que la découverte résulte d'une déclaration de l'accusé.
- (3) On peut mettre en preuve les faits subséquents et la partie de la confession qui s'y rapporte directement.
- (4) Les faits subséquents et toute la confession qui a amené la découverte sont recevables en preuve.
- (5) La preuve des faits subséquents est irrecevable.

A mon avis, la troisième opinion est celle qui prévaut au Canada. Elle s'appuie sur les motifs complets et minutieux du Juge en chef McRuer de la Haute Cour dans l'affaire *Rex v. St. Lawrence*². Le savant Juge en chef énonce succinctement la règle, page 391, de la façon suivante:

[TRADUCTION] Lorsque la découverte du fait confirme la confession—c'est-à-dire lorsqu'il faut conclure à la véracité de la confession en raison de la découverte du fait—alors la partie de la confession qui confirme la découverte du fait est recevable en preuve, mais rien de plus.

Dans l'affaire *R. v. Haase*³, la Cour d'appel de la Colombie-Britannique a appliqué la règle énoncée dans *R. v. St. Lawrence*, sauf que le Juge d'appel Davey, alors juge puîné, qui a rédigé les motifs de la majorité, dit, à la page 328, que l'appelant n'a pas contesté la recevabilité de certains éléments de preuve en vertu de la règle de l'affaire *St. Lawrence*, et qu'en conséquence

² (1949), 93 C.C.C. 376, [1949] O.R. 215, 7 C.R. 464.

³ (1964), 50 W.W.R. 321, [1964] 2 C.C.C. 56, 45 C.R.

² (1949), 93 C.C.C. 376, [1949] O.R. 215, 7 C.R. 464.

³ (1964), 50 W.W.R. 321, [1964] 2 C.C.C. 56, 45 C.R.

rule and its scope". The judgment of the Court of Appeal was affirmed by this Court in a short oral judgment delivered without calling on counsel for the respondent, which is reported at (1964) 50 W.W.R. 386. In view of this it appears to me that the rule rests on the judgment of McRuer C.J.H.C. and cannot be said to have the added authority of the Court of Appeal for British Columbia or of this Court. On the other hand, as *Haase* was a case of capital murder, the affirmation of the conviction indicates that neither the Court of Appeal nor this Court disagreed with "the St. Lawrence rule".

It is my opinion that, applying the reasoning of McRuer C.J.H.C. to the facts of the case at bar, evidence that the respondent told the police where the murder weapon was to be found was legally admissible but that evidence that he said he had thrown it there was not.

However, before leaving this phase of the matter it is necessary to consider the effect of the judgment of this Court in *DeClercq v. The Queen*⁴. My brother Martland, who gave the reasons of the majority, said at p. 911:

While it is settled law that an inculpatory statement by an accused is not admissible against him unless it is voluntary, and while the inquiry on a voir dire is directed to that issue, and not to the truth or falsity of the statement it does not follow that the truth or falsity of the statement must be irrelevant to such an inquiry.

The great weight of authority indicates that the underlying reason for the rule that an involuntary confession shall not be admitted is the supposed danger that it may be untrue. If this is the only reason for the rule it is logical that so much of an involuntary confession as is shown by subsequently discovered evidence to be true should be admitted: but why, it may be asked, should an involuntary statement which the accused subsequently admits on his oath to be true be excluded? The anomaly of so holding

[TRADUCTION] «il serait inopportun d'étudier le principe de cette règle et son étendue». Cette Cour a confirmé l'arrêt de la Cour d'appel dans un bref jugement oral relaté à (1964) 50 W.W.R. 386 et qu'elle a rendu sans juger nécessaire d'entendre les avocats de l'intimé. Vu cela, il me paraît que la règle se fonde sur le jugement du Juge en chef McRuer mais qu'on ne peut pas dire qu'elle a en outre le poids d'un précédent de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique ou de cette Cour. D'autre part, vu que l'affaire *Haase* en est une de meurtre qualifié, la confirmation de la déclaration de culpabilité indique que ni la Cour d'appel ni cette Cour n'ont infirmé la règle de l'affaire *St. Lawrence*.

A mon avis, si l'on applique le raisonnement du Juge en chef McRuer aux faits de la présente affaire, la preuve que l'intimé a indiqué à la police où se trouvait l'arme du crime est recevable en droit, mais la preuve qu'il a dit que c'est lui qui l'avait jetée à cet endroit ne l'est pas.

Cependant, avant de passer à un autre aspect de la question, il faut considérer l'effet de l'arrêt de cette Cour dans l'affaire *DeClercq c. La Reine*⁴. Mon collègue le Juge Martland, énonçant les motifs de la majorité, dit, page 911:

[TRADUCTION] Bien qu'il soit reconnu en droit que la déclaration incriminante de l'accusé est irrecevable contre lui à moins qu'elle ait été faite volontairement, et que la preuve sur le «voir dire» porte sur cette question, et non sur la véracité ou la fausseté de la déclaration, il ne s'ensuit pas que la véracité ou la fausseté de la déclaration soit sans rapport avec cette preuve.

La prépondérance de la jurisprudence indique que la raison d'être de la règle qu'une confession forcée ne doit pas être reçue est le risque présumé qu'elle soit fausse. Si c'est là la seule raison d'être de la règle, il est logique que la partie d'une confession forcée qui est vérifiée par une preuve découverte subséquemment soit reçue; mais on peut se demander pourquoi il faut écarter une déclaration forcée dont l'accusé admet sous serment la véracité? L'énoncé du Juge en chef Robertson au nom de la majorité en Cour

⁴ [1968] S.C.R. 902, [1969] 1 C.C.C. 197, 70 D.L.R. (2d) 530.

⁴ [1968] R.C.S. 902, [1969] 1 C.C.C. 197, 70 D.L.R. (2d) 530.

pointed out in the dictum of Robertson C.J.O. giving the unanimous judgment of the Court of Appeal for Ontario in *Rex v. Mazerall*⁵:

It would be a strange application of a rule designed to exclude confessions the truth of which is doubtful, to use it to exclude statements that the accused, giving evidence upon this trial, has sworn to be true.

While in my view this observation was *obiter*, it is difficult to reject its reasoning if the only ground for excluding an involuntary confession is the danger of its being untrue. If, on the other hand, the exclusion of an involuntary confession is based also on the maxim *nemo tenetur seipsum accusare* the truth or falsity of the confession does become logically irrelevant. It would indeed be a strange result if, it being the law that no accused is bound to incriminate himself and that he is to be protected from having to testify at an inquest, a preliminary hearing or a trial, he could none the less be forced by the police or others in authority to make a statement which could then be given in evidence against him. The result which would seem to follow if the exclusion is based on the maxim would be that the involuntary confession even if verified by subsequently discovered evidence could not be referred to in any way.

I have reached the conclusion that we ought not to over-rule *R. v. St. Lawrence*, which has stood for twenty years, and that consequently it should be held that the evidence which the Crown sought to introduce at the trial was legally admissible. This was the view taken in the courts below and was the basis on which the appeal was argued before us.

The question then is as stated in the order granting leave to appeal which has been quoted above. It is a question of law whether the learned trial judge had power, in his discretion, to exclude the evidence as he did. If he had that power then, subject to a qualification to be stated hereafter, it is not, in my opinion, a pure question of law whether he ought to have exercised his discretion in the way he did.

d'appel d'Ontario dans *Rex v. Mazerall*⁵ souligne l'anomalie de cette conclusion, page 787:

[TRADUCTION] Ce serait une application bizarre de la règle visant à écarter les confessions dont la véracité est douteuse que de s'en servir pour écarter des déclarations que l'accusé, témoignant sous serment à son procès, a reconnues véridiques.

Bien qu'à mon avis cela soit un *obiter dictum*, il est difficile de ne pas en reconnaître la logique si le seul motif pour écarter une confession forcée est le risque qu'elle soit fausse. Si, par contre, l'exclusion d'une confession forcée se fonde aussi sur la maxime *nemo tenetur seipsum accusare*, la véracité ou la fausseté de la confession devient logiquement sans importance. Il serait vraiment étrange que la loi voulant qu'aucun accusé ne soit tenu de s'incriminer et ne puisse être contraint de témoigner à une enquête de coroner, à une enquête préliminaire ou à un procès, il soit quand même possible pour les policiers ou d'autres personnes ayant autorité de le forcer à faire une déclaration qui soit recevable en preuve contre lui. La solution qui semblerait s'imposer, si l'exclusion se fonde sur la maxime, serait qu'on ne peut aucunement se servir d'une confession forcée, même vérifiée par une preuve découverte subséquemment.

J'en suis venu à la conclusion que nous ne devons pas nous écarter de la décision rendue dans *R. v. St. Lawrence*, qui a été suivie depuis vingt ans, et qu'en conséquence il faut décider que la preuve que le ministère public a voulu présenter au procès est recevable en droit. C'est le point de vue adopté dans les tribunaux d'instance inférieure et la base sur laquelle on a plaidé le pourvoi devant nous.

La question est donc celle qui est formulée dans l'autorisation d'appeler et que j'ai déjà citée. C'est une question de droit: le savant juge de première instance pouvait-il, à sa discrédition, écarter cette preuve comme il l'a fait? S'il avait ce pouvoir ce n'est pas, à mon avis, sauf la réserve que je ferai plus loin, une pure question de droit que de savoir s'il aurait dû l'exercer comme il l'a fait.

⁵ [1946] O.R. 762 at 787, 83 C.C.C. 321, [1946] 4 D.L.R. 791.

⁵ [1946] O.R. 762 à 787, 83 C.C.C. 321, [1946] 4 D.L.R. 791.

The discretionary power, if it exists, is not created by any statute but rests upon judicial decisions. Those chiefly relied on by the respondent are the following:

*Noor Mohamed v. the King*⁶, in which dealing with the admissibility of evidence of similar acts, Lord DuParcq said at p. 192:

It is right to add, however, that in all such cases the judge ought to consider whether the evidence which it is proposed to adduce is sufficiently substantial, having regard to the purpose to which it is professedly directed, to make it desirable in the interests of justice that it should be admitted. If, so far as that purpose is concerned, it can in the circumstances of the case have only trifling weight, the judge will be right to exclude it. To say this is not to confuse weight with admissibility. The distinction is plain, but cases must occur in which it would be unjust, to admit evidence of a character gravely prejudicial to the accused even though there may be some tenuous ground for holding it technically admissible. The decision must then be left to the discretion and the sense of fairness of the judge.

*Kuruma v. the Queen*⁷, in which Lord Goddard said at p. 204:

... No doubt in a criminal case the judge always has a discretion to disallow evidence if the strict rules of admissibility would operate unfairly against an accused. This was emphasized in the case before this Board of *Noor Mohamed v. The King*, and in the recent case in the House of Lords, *Harris v. Director of Public Prosecutions*. If, for instance, some admission of some piece of evidence, e.g., a document, had been obtained from a defendant by a trick, no doubt the judge might properly rule it out. It was this discretion that lay at the root of the ruling of Lord Guthrie in *H. M. Advocate v. Turnbull*.

*Callis v. Gunn*⁸, in which Lord Parker said at p. 501:

That is dealing with admissibility in law, and as Lord Goddard, C. J. points out, and indeed as is well known, in every criminal case a judge has a discretion to disallow evidence, even if in law relevant and therefore admissible, if admissibility would operate unfairly against a defendant. I would

Le pouvoir discrétionnaire, s'il existe, n'est pas d'origine législative mais judiciaire. La jurisprudence sur laquelle s'appuie l'intimé est principalement la suivante:

*Noor Mohamed v. The King*⁶, où, sur la recevabilité de la preuve d'actes similaires, Lord DuParcq dit, page 192:

[TRADUCTION] Il convient d'ajouter toutefois que dans tous les cas de ce genre, le juge doit voir si la preuve que l'on veut présenter est assez concluante, par rapport au but visé ouvertement par sa présentation, pour qu'il soit convenable de la recevoir dans l'intérêt de la justice. Le juge a raison de la rejeter, si sa valeur probante est insignifiante eu égard au but visé et aux circonstances de l'affaire. En disant cela, on ne confond pas la valeur probante avec la recevabilité. La distinction est évidente, mais des cas doivent cependant se présenter où il serait injuste d'accepter un élément de preuve de caractère fortement préjudiciable à l'accusé, bien qu'il puisse y avoir quelque faible raison de soutenir qu'il est recevable en soi. La décision doit alors être laissée à la discréption du juge et à son sens de la justice.

*Kuruma v. The Queen*⁷, où Lord Goddard dit, page 204:

[TRADUCTION] ... Il n'y a aucun doute que, dans une affaire criminelle, le juge a toujours le pouvoir discrétionnaire d'écartier une preuve lorsque l'application stricte des règles de recevabilité serait inéquitable envers l'accusé. Cela a été souligné ici dans l'affaire *Noor Mohamed* et, à la Chambre des Lords, dans une affaire récente, *Harris v. Director of Public Prosecutions*. Si, par exemple, la réception d'un élément de preuve quelconque, un document—mettons—avait été obtenue du défendeur par supercherie, il n'y a pas de doute que le juge pourrait à bon droit l'écartier. C'est ce pouvoir discrétionnaire qui est le fondement de la décision de Lord Guthrie dans l'affaire *H. M. Advocate v. Turnbull*.

*Callis v. Gunn*⁸, où Lord Parker dit, à la page 501:

[TRADUCTION] Ce qui précède porte sur la recevabilité en droit et, comme le Lord Juge en chef Goddard le souligne et comme en vérité il est bien reconnu, dans toute affaire criminelle, le juge a le pouvoir discrétionnaire d'écartier une preuve, même pertinente en droit et donc recevable, si la recevoir de-

⁶ [1949] A.C. 182.

⁷ [1955] A.C. 197.

⁸ [1964] 1 Q.B. 495.

⁶ [1949] A.C. 182.

⁷ [1955] A.C. 197.

⁸ [1964] 1 Q.B. 495.

add that in considering whether admissibility would operate unfairly against a defendant one would certainly consider whether it had been obtained in an oppressive manner by force or against the wishes of an accused person. That is the general principle.

It will be observed that the nature of the discretionary power asserted in the two latter cases appears to differ in kind from that asserted in the first. Under the rule in *Noor Mohamed* the judge excludes the evidence because of the danger of the jury attaching undue weight to it or using it for the inadmissible purpose of showing that the accused is the sort of person who is likely to commit the offence for which he is on trial. It does not furnish support for the assertion of a discretionary power to exclude legally admissible evidence relevant to the issue before the jury and objectionable only on the ground that it was obtained in an improper or unlawful manner.

In the case at bar Aylesworth J.A., giving the unanimous judgment of the Court of Appeal, after quoting the passage from *Noor Mohamed v. the Queen* which I have set out above, continued as follows:

We think that to be only a partial statement of the rule involved in the case at bar, and it was couched in the language which I have read as being relevant only to the particular subject matter which the learned Law Lords were there considering.

and then, having quoted the passage from *Kuruma v. The Queen* set out above, continued:

In our view, a trial judge has a discretion to reject evidence, even of substantial weight, if he considers that its admission would be unjust or unfair to the accused or calculated to bring the administration of justice into disrepute, the exercise of such discretion, of course, to depend upon the particular facts before him. Cases where to admit certain evidence would be calculated to bring the administration of justice into disrepute will be rare, but we think the discretion of a trial Judge extends to such cases.

He went on to hold that the circumstances present in the case were such as to have warranted the learned trial judge's rejection of the proffered evidence respecting the accused's involvement in

vait être inéquitable envers l'accusé. J'ajouterai qu'en déterminant si la recevoir devait être inéquitable envers l'accusé, on doit certainement s'arrêter à la question de savoir si cette preuve a été obtenue de façon oppressive, par la force, ou contre le gré de l'accusé. Voilà le principe général.

On remarquera que la nature du pouvoir discrétionnaire défini dans les deux dernières affaires paraît différer de celle du pouvoir défini dans la première. D'après la règle établie dans l'affaire *Noor Mohamed*, le juge écarte la preuve à cause du risque que le jury y attribue une importance exagérée ou s'en serve à une fin inacceptable: établir que l'inculpé est le genre de personne susceptible de commettre l'infraction dont on l'accuse. Cette règle ne tend pas à démontrer l'existence d'un pouvoir discrétionnaire d'écartier une preuve recevable en droit et pertinente à la question à soumettre au jury pour le seul motif qu'on se l'est procurée de façon irrégulière ou illégale.

Dans la présente affaire, le Juge d'appel Aylesworth, rédigeant l'avis unanime de la Cour d'appel, après avoir cité le passage de l'affaire *Noor Mohamed v. The Queen* que j'ai repris plus haut, dit ceci:

[TRADUCTION] Nous croyons qu'il ne s'agit là que d'un énoncé incomplet de la règle applicable à la présente affaire et, comme on a pu le constater, elle est exprimée dans des termes qui ne couvrent que le sujet particulier que les Lords Juges y ont considéré.

puis, après avoir cité le passage de l'affaire *Kuruma v. The Queen* repris plus haut, il continue:

[TRADUCTION] A notre avis, le juge de première instance jouit du pouvoir discrétionnaire d'écartier une preuve, même fort probante, s'il considère que la recevoir serait injuste ou inéquitable envers l'accusé ou de nature à discréditer l'administration de la justice, l'exercice de ce pouvoir devant évidemment dépendre des circonstances de l'affaire. Les cas où recevoir une preuve serait de nature à discréditer l'administration de la justice doivent être rares, mais nous croyons que le pouvoir du juge de première instance s'y étend.

Il continue en disant que les circonstances actuelles de l'affaire étaient propres à justifier le rejet par le juge de première instance de la preuve offerte quant à la participation de l'accusé à la

the discovery of the murder weapon upon both of the grounds stated, namely that to receive it would be (i) unjust or unfair to the accused and (ii) calculated to bring the administration of justice into disrepute.

A contrary view as to the scope of the discretionary power is expressed by Davey C.J.B.C. giving the unanimous judgment of the Court of Appeal for British Columbia in *Regina v. Sigmund et al.*⁹. After a consideration of the authorities including *Noor Mohamed v. R.*, *Kuruma v. R.* and *Callis v. Gunn* he says at pp. 102 and 103:

It is to be observed as Lords Goddard and Parker stated, and as Kerwin, C.J.C., mentioned in *A.-G. Que. v. Begin* (1955) S.C.R. 593 that this principle is altogether apart from the rules governing the admission of confessions.

In *Kuruma v. The Queen*, supra, Lord Goddard used quite general language, but founded it upon *Noor Mohamed v. The King*, and *Harris v. Director of Public Prosecutions*, supra. In my respectful opinion, it is quite plain that his language was only a reference to the principle laid down in those cases, and not an attempt to restate or expand it. I am not sure that Lord Parker intended to do more, although he did state some of the circumstances a Judge ought to consider in deciding whether the admission of evidence would operate unfairly against a prisoner, namely, 'whether it had been obtained in an oppressive manner by force or against the wishes of an accused person.'

If Lord Parker meant to lay down a principle that a Judge has discretion to exclude any relevant evidence that would operate unfairly against an accused, or that has been obtained in an oppressive manner by force or against the wishes of the prisoner, I must respectfully disagree. I know of no other authority that goes so far, yet it is upon that principle said to have been laid down by Lord Parker that the exclusion of Sigmund's exculpatory statement must rest.

It appears from what has been said above that the Courts of Appeal in British Columbia and in Ontario have taken opposite views on the question which we have to decide. The difficulty

découverte de l'arme meurtrière, pour les deux motifs mentionnés, savoir que la recevoir aurait été (i) injuste ou inéquitable envers l'accusé et (ii) aurait été de nature à discréditer l'administration de la justice.

Le Juge en chef Davey, rendant l'arrêt unanime de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique dans l'affaire *Regina v. Sigmund et al.*⁹, a exprimé un avis contraire sur l'étendue du pouvoir discrétionnaire. Après une revue de la jurisprudence, notamment des affaires *Noor Mohamed v. R.*, *Kuruma v. R.* et *Callis v. Gunn*, il dit, pages 102 et 103:

[TRADUCTION] Il faut remarquer, comme le signalent Lord Goddard et Lord Parker, de même que le Juge en chef Kerwin dans *Le Procureur général de la province de Québec c. Bégin* (1955) R.C.S. 593, que ce principe est tout à fait différent des règles régissant la recevabilité des confessions.

Dans l'affaire *Kuruma v. The Queen* précitée, Lord Goddard s'est servi de termes très généraux, mais il s'est fondé sur les affaires *Noor Mohamed v. The Queen* et *Harris v. Director of Public Prosecutions* précitées. En toute déférence, à mon avis, il est clair que ses paroles ne visent que le principe énoncé dans ces affaires-là et ne tendent pas à le reformuler ou l'élargir. Je ne suis pas certain que Lord Parker ait voulu faire plus, bien qu'il ait énoncé quelques-unes des circonstances qu'un juge devrait considérer pour décider si la réception d'une preuve serait inéquitable envers un accusé, notamment «si cette preuve a été obtenue de façon oppressive, par la force ou contre le gré de l'accusé».

Si Lord Parker a voulu poser comme principe que le juge jouit du pouvoir discrétionnaire d'écartier toute preuve pertinente dont la réception serait inéquitable envers un accusé ou qui a été obtenue de façon oppressive, par la force ou contre le gré de ce dernier, en toute déférence, je ne puis être d'accord. Je ne connais aucun autre précédent qui aille aussi loin, encore que ce soit sur ce principe, attribué à Lord Parker, que l'exclusion de la déclaration justificative faite par Sigmund doive se fonder.

On peut voir d'après ce qui précède que la Cour d'appel de la Colombie-Britannique et celle d'Ontario ont été d'avis contraire sur la question que nous avons à trancher. Lord Cooper indique bien

and importance of the question is aptly described by the words used by Lord Cooper in *Lawrie v. Muir*¹⁰:

The law must strive to reconcile two highly important interests which are liable to come into conflict—(a) the interest of the citizen to be protected from illegal or irregular invasions of his liberties by the authorities, and (b) the interest of the state to secure that evidence bearing upon the commission of a crime and necessary to enable justice to be done shall not be withheld from courts of law on any mere formal or technical ground. Neither of these objects can be insisted upon to the uttermost. The protection for the citizen is primarily protection for the innocent citizen against unwarranted, wrongful and perhaps high-handed interference, and the common sanction is an action for damages. The protection is not intended as a protection for the guilty citizen against the efforts of the public prosecutor to vindicate the law. On the other hand the interest of the state cannot be magnified to the point of causing all the safeguards for the protection of the citizen to vanish, and of offering a positive inducement to the authorities to proceed by irregular methods.

The relevant circumstances in the case at bar differ widely from those suggested in the passage from *Noor Mohamed v. R.* quoted above. The evidence which the Crown sought to adduce, far from having only trifling weight, might well have been found by the jury to be decisive; it is implicit in the reasons of the Court of Appeal that they regarded it as of substantial weight. I have difficulty in defining the conditions which would render a trial conducted strictly according to law "unjust or unfair" to an accused but the difficulty of defining the circumstances which call for its exercise does not necessarily negative the existence of the discretion which we are considering. In *R. v. Murphy*¹¹, Lord Macdermott said:

Unfairness in this context cannot be closely defined. It must be judged in the light of all the material facts and findings and all the surrounding circumstances. The position of the accused, the nature of the investigation, and the gravity or otherwise of the suspected offence may all be relevant.

dans l'affaire *Lawrie v. Muir*¹⁰, par les mots qu'il emploie, page 26, la difficulté et l'importance de la question:

[TRADUCTION] Le droit doit chercher à concilier deux objectifs très importants qui sont susceptibles d'entrer en conflit: (a) le désir du citoyen d'être protégé des atteintes illégales ou irrégulières à sa liberté par l'administration et (b) celui de l'État de garantir que la preuve de la perpétration d'un crime qui est nécessaire pour que justice soit rendue ne soit pas écartée des tribunaux pour de simples motifs de formalité ou de rigidité. On ne peut trop insister sur l'un et l'autre de ces objectifs. La protection du citoyen est essentiellement celle de l'innocent contre toute intervention injustifiée, abusive ou, peut-être, arbitraire, et dont la sanction ordinaire est un recours en dommages. Cette protection ne vise pas à mettre le coupable à l'abri des efforts du ministère public pour faire appliquer la loi. Par contre, l'intérêt de l'État ne peut aller jusqu'à exiger l'abandon de toutes les garanties de protection du citoyen et constituer une incitation pour l'administration à se servir de méthodes irrégulières.

Les circonstances pertinentes de la présente affaire sont très différentes de celles évoquées dans l'extrait précité de *Noor Mohamed v. R.* La preuve que le ministère public a voulu présenter, loin d'être d'une valeur probante insignifiante, aurait bien pu être trouvée concluante par le jury; les motifs des juges de la Cour d'appel démontrent qu'ils la jugent d'un grand poids. Je trouve difficile de définir les conditions qui rendraient «injuste ou inéquitable» envers un accusé un procès rigoureusement conforme à la loi, mais la difficulté de définir les circonstances qui donneraient lieu d'exercer le pouvoir discrétionnaire en question ne signifie pas nécessairement qu'il n'existe pas. Dans l'affaire *R. v. Murphy*¹¹, Lord Macdermott dit:

[TRADUCTION] Il n'y a pas possibilité, dans ce contexte, de définir exactement ce qui est inéquitable. Il faut l'apprécier à la lumière de tous les faits pertinents, des constatations et de toutes les circonstances de l'affaire. La situation de l'accusé, la nature de l'enquête, la gravité ou la faible importance de l'infraction que l'on croit avoir été commise, peuvent toutes entrer en ligne de compte.

¹⁰ [1950] S.C. (J.) 19 at 26.

¹¹ [1965] N.I. 138 at 149.

If the views expressed by Lord Goddard in *Kuruma v. R.* and by Lord Parker in *Callis v. Gunn* are accepted they uphold the view of the Court of Appeal in the case at bar. Further support for that view is to be found in Cross on Evidence, 3rd ed. (1967) which contains an illuminating discussion of the problem and related questions at pp. 23 to 27; 262 to 270; and 445 to 448. In *Myers v. Director of Public Prosecutions*¹², Lord Reid said:

It is true that a judge has a discretion to exclude legally admissible evidence if justice so requires, but it is a very different thing to say that he has a discretion to admit legally inadmissible evidence.

The learned author of *Cross on Evidence* (op. cit.) points out at p. 269 that there must be a limit to the doctrine that a fact such as the disclosure by the accused of the whereabouts of the murder weapon can be given in evidence even although his confession is inadmissible and asks the question: "What if the whereabouts . . . were ascertained by prolonged torture of the accused?"

Once it has been decided that the confession is inadmissible because of the manner in which it was obtained but that part of it becomes admissible in law because it is verified by the discovery of the murder weapon in the place in which the accused in the course of the confession stated it to be, the court is faced with a choice of deciding either that because it is relevant, of great weight and admissible in law it must be received or that because it was obtained or extorted by such means that to admit it would bring the administration of justice into disrepute in the minds of right-thinking men the presiding judge may in his discretion exclude it. The choice is a difficult one; but, not without hesitation, occasioned by the reasons of Davey C.J.B.C. quoted above and by the consideration that a murder should not go unpunished, I have reached the conclusion that the Court of Appeal were right in holding that the learned trial judge had a discretion to reject the evidence, relating to the involvement of the accused in locating the murder weapon,

Si on les accepte, les avis exprimés par Lord Goddard dans l'affaire *Kuruma v. R.* et par Lord Parker dans l'affaire *Callis v. Gunn* appuient celui de la Cour d'appel dans la présente affaire. On trouve une autre affirmation de cette opinion dans *Cross on Evidence*, 3^e éd. (1967), qui renferme une étude lumineuse du sujet et des questions connexes, pages 23 à 27, 262 à 270 et 445 à 448. Dans l'affaire *Myers v. Director of Public Prosecutions*¹², Lord Reid dit, à la page 1024:

[TRADUCTION] Il est vrai que le juge jouit du pouvoir discrétionnaire d'écartier une preuve recevable en droit si la justice l'exige, mais c'est une chose tout à fait différente de dire qu'il jouit du pouvoir discrétionnaire de recevoir une preuve irrecevable en droit.

Le savant auteur de *Cross on Evidence* (op. cit.) souligne à la page 269 qu'il doit y avoir une limite à la doctrine qu'un fait comme la révélation par l'accusé de l'endroit où se trouve l'arme meurtrière est recevable en preuve, bien que sa confession ne le soit pas, et il pose la question suivante: [TRADUCTION] «Qu'en est-il si l'on a obtenu cette révélation . . . au moyen de la torture prolongée de l'accusé?»

Une fois qu'une confession est jugée irrecevable à cause de la façon dont on l'a obtenue, mais qu'une partie en devient recevable, en droit, parce que confirmée par la découverte de l'arme meurtrière au lieu où, d'après la révélation de l'accusé dans sa confession, cette arme se trouvait, le tribunal a le choix de décider ou que, parce que c'est une preuve pertinente, fort probante et recevable en droit, il y a obligation de la recevoir ou que, parce qu'obtenue ou extorquée par des moyens tels que, si elle était reçue, l'administration de la justice en serait discréditée aux yeux des gens raisonnables, le juge de première instance jouit du pouvoir discrétionnaire de l'écartier. C'est un choix difficile à faire; mais tout en hésitant à cause des motifs précités du Juge en chef Davey et parce qu'un meurtre ne devrait pas rester impuni, j'en suis venu à la conclusion que la Cour d'appel a eu raison de juger que le savant juge de première instance possède le pouvoir discrétionnaire d'écartier, comme il l'a fait, la preuve que l'accusé a été

which he did reject, and consequently that the question of law on which leave to appeal was granted should be answered in the negative.

Earlier in these reasons I expressed the opinion that if the learned trial judge had power in his discretion to exclude the evidence it is not a pure question of law whether he ought to have exercised his discretion as he did. This is, I think, subject to the qualification that it would be a question of law whether there was any, as distinguished from sufficient, evidence to warrant his rejection of the proffered evidence. In my opinion there was such evidence in the case at bar. The suspected offence is non-capital murder, there is no need to enlarge upon its gravity; on the other hand, the nature of the investigation as a result of which the respondent disclosed the whereabouts of the murder weapon was such as to reflect no credit on the authorities concerned. The Court of Appeal were not guilty of overstatement when they said:

Admittedly the confession or statement by the accused was procured by trickery, duress and improper inducements and it was clearly inadmissible.

Added to this was the circumstance that the police failed to let the lawyer retained by the respondent's family get in touch with him and did so for the stated reason that this might prevent the accused taking the police to the place where the murder weapon was located.

There being evidence to warrant the decision of the learned trial judge nothing would be gained by my expressing an opinion as to how he should have exercised his discretion.

Before parting with the matter, since the above reasons are somewhat discursive, I will endeavour to state in summary form my grounds for thinking that the judgment of the Court of Appeal should be upheld. The confession of the accused was improperly obtained and was rightly excluded as being involuntary. In spite of this, evidence of the fact that the accused told the police where the murder weapon could be found was legally admissible under the rule in *Rex v. St. Lawrence*; but, because the manner in which he was induced

impliqué dans le repérage de l'arme ayant servi au meurtre et qu'il faut donc répondre par la négative à la question de droit sur laquelle il y a eu autorisation d'appeler.

J'ai déjà exprimé l'opinion, dans les présents motifs, que si le savant juge de première instance avait le pouvoir discrétionnaire d'écartier cette preuve, ce n'est pas une pure question de droit que de savoir s'il aurait dû l'exercer comme il l'a fait. Cela est, je crois, assujetti à la réserve que ce serait une question de droit que de savoir s'il y a, non pas insuffisance, mais absence de preuve justifiant la décision d'écartier la preuve offerte. A mon avis, il existe une telle preuve dans la présente affaire. Le crime dont il s'agit est celui de meurtre non qualifié; il n'est pas nécessaire d'insister sur sa gravité. Par contre, l'investigation qui a amené l'intimé à révéler où se trouvait l'arme meurtrière n'est pas de nature à faire honneur à ceux qui l'ont conduite. La Cour d'appel n'exagère en rien quand elle dit:

[TRADUCTION] De toute évidence, on a obtenu la confession ou déclaration de l'accusé par supercherie, contrainte et promesses irrégulières; elle est nettement irrecevable.

A cela, il faut ajouter que la police n'a pas permis à l'avocat dont la famille de l'intimé avait retenu les services de communiquer avec ce dernier, et cela, pour le motif avoué que le faire aurait pu amener l'intimé à refuser de conduire les policiers là où se trouvait l'arme du crime.

Vu l'existence d'une preuve justifiant la décision du savant juge de première instance, il ne me sert à rien d'exprimer mon avis sur la façon dont il aurait dû exercer son pouvoir discrétionnaire.

Avant de terminer, vu que les présents motifs sont quelque peu discursifs, je vais essayer de résumer les raisons pour lesquelles je pense que l'arrêt de la Cour d'appel devrait être confirmé. On a obtenu une confession de l'accusé par des procédés irréguliers; cette confession a été à bon droit écartée parce que forcée. Malgré cela, la preuve du fait que l'accusé a révélé à la police où l'arme meurtrière pouvait se trouver est recevable en droit en vertu de la règle établie dans l'arrêt *Rex v. St. Lawrence*. Cependant, parce

to indicate the location of the weapon was as objectionable as that in which he was induced to make the confession, it was open to the learned trial judge to hold that the admission of evidence of that fact would be so unjust and unfair to the accused and so calculated to bring the administration of justice into disrepute as to warrant his rejecting the evidence in the exercise of his discretion; and, finally, there being evidence on which it was open to the learned trial judge to exercise his discretion in the way he did, the propriety of that exercise is not open to review on an appeal by the Crown.

I would dismiss the appeal. In view of the terms of the order granting leave to appeal the appellant will pay the costs of the respondent as set out in that order.

Fauteux, Abbott, Ritchie and Pigeon JJ. agreed with the reasons of Martland J.

MARTLAND J.—The facts in this case have been outlined by Cartwright C.J.C. The issue of law before this Court is as to the validity of the principle stated in the reasons of the Court of Appeal of Ontario¹³ that a trial judge in a criminal case has a discretion to reject evidence, even of substantial weight, if he considers that its admission would be unjust or unfair to the accused or calculated to bring the administration of justice into disrepute.

I will deal with the latter part of this proposition first. I am not aware of any judicial authority in this country or in England which supports the proposition that a trial judge has a discretion to exclude admissible evidence because, in his opinion, its admission would be calculated to bring the administration of justice into disrepute. The test of admissibility of evidence was stated by Lord Goddard in *Kuruma v. The Queen*¹⁴, as follows:

In their Lordships' opinion the test to be applied in considering whether evidence is admissible is whether it is relevant to the matters in issue. If it is, it is admissible and the court is not concerned with how the evidence was obtained.

que la façon dont l'accusé a été amené à révéler l'endroit où était l'arme est aussi répréhensible que celle dont on l'a amené à faire la confession, le savant juge de première instance pouvait décider que recevoir la preuve de ce fait aurait été si injuste et inéquitable envers l'accusé, et tellelement de nature à discréditer l'administration de la justice qu'il était justifié d'exercer son pouvoir discrétionnaire et d'écartier cette preuve. Enfin, vu l'existence d'une preuve qui permettait au savant juge de première instance d'exercer ce pouvoir comme il l'a fait, l'à-propos de cet exercice n'est pas susceptible de révision lors d'un appel de la part du ministère public.

Je rejeterais le pourvoi. A cause des conditions posées par l'autorisation d'interjeter, l'appellant devra payer les dépens de l'intimé, comme il y est mentionné.

Les Juges Fauteux, Abbott, Ritchie et Pigeon sont d'accord avec les motifs du Juge Martland.

LE JUGE MARTLAND—Le Juge en chef Cartwright résume les faits de la présente affaire. La question de droit en cette Cour est le bien-fondé du principe énoncé dans les motifs de la Cour d'appel d'Ontario¹³, à savoir que, dans une affaire criminelle, le juge de première instance a le pouvoir discrétionnaire d'écartier une preuve, même fort probante, s'il considère que la recevoir serait injuste ou inéquitable envers l'accusé, ou de nature à discréditer l'administration de la justice.

Je traiterai d'abord de la dernière partie de cet énoncé. Je ne connais aucune jurisprudence, ni ici, ni en Angleterre, qui appuie la proposition que le juge de première instance a le pouvoir discrétionnaire d'écartier une preuve recevable parce qu'à son avis, la recevoir serait de nature à discréditer l'administration de la justice. Lord Goddard énonce ainsi le critère de recevabilité dans l'affaire *Kuruma v. The Queen*¹⁴:

[TRADUCTION] De l'avis de leurs Seigneuries, le critère à appliquer pour déterminer si une preuve est recevable est la pertinence au fond du litige. Si celle-ci existe, cette preuve est recevable et le tribunal n'a pas à tenir compte de la façon dont on l'a obtenue.

¹³ [1970] 2 O.R. 3, [1970] 3 C.C.C. 122, 9 C.R.N.S. 131.

¹⁴ [1955] A.C. 197 à 203.

The extent to which a discretion exists to disallow evidence if the strict rules of admissibility would operate unfairly against an accused, which was referred to by Lord Goddard in that case, will be considered later in these reasons. The exercise of a discretion of that kind is a part of the function of the court to ensure that the accused has a fair trial. But other than that, in my opinion, under our law, the function of the court is to determine the issue before it, on the evidence admissible in law, and it does not extend to the exclusion of admissible evidence for any other reason.

I turn next to the statement that a trial judge in a criminal case has a discretion to reject evidence, even of substantial weight, if its admission would be unjust or unfair to the accused. The origin of this proposition is to be found in the *Kuruma* case, cited above. In that case the Judicial Committee of the Privy Council held that illegally obtained evidence was nevertheless legally admissible against an accused, and affirmed the conviction of the accused based upon such evidence. Lord Goddard did, however, say, in the course of his reasons, at p. 204:

No doubt in a criminal case the judge always has a discretion to disallow evidence if the strict rules of evidence would operate unfairlyly against the accused.

He supported his statement by reference to the judgment of the Privy Council in *Noor Mohamed v. The King*¹⁵, and that of the House of Lords in *Harris v. Director of Public Prosecutions*¹⁶. In both those cases the matter in issue was as to the admissibility of evidence of other prior offences, and it was in relation to the use of that kind of evidence that the frequently quoted dictum of Lord Du Parcq, in the *Noor Mohamed* case, was stated. He had been dealing with a passage from the judgment of Lord Sumner in the case of *Thompson v. The King*¹⁷ which had recognized the admissibility, in that case, of evidence tending to show the predisposition of

Je reviendrai, plus loin dans les présents motifs, sur l'étendue du pouvoir discrétionnaire, dont parle Lord Goddard dans l'affaire précitée, de rejeter une preuve lorsque l'application stricte des règles de recevabilité serait inéquitable envers l'accusé. L'exercice d'un pouvoir de ce genre fait partie du rôle du tribunal d'assurer un procès équitable à l'accusé. Mais, sous cette réserve, à mon avis, le rôle du tribunal, selon notre droit, consiste à trancher le litige dont il est saisi d'après la preuve recevable en droit, et ne va pas jusqu'à rejeter, pour tout autre motif, une preuve recevable en droit.

Passons ensuite à l'affirmation que, dans une affaire criminelle, le juge de première instance a le pouvoir discrétionnaire d'écartier une preuve, même fort probante, lorsque la recevoir serait injuste ou inéquitable envers l'accusé. L'origine de cette affirmation se trouve dans l'affaire *Kuruma* précitée. Le Comité judiciaire du Conseil privé y a statué qu'une preuve obtenue de façon illégale est néanmoins légalement recevable contre l'accusé et il a confirmé la déclaration de culpabilité de l'accusé fondée sur cette preuve. Lord Goddard dit cependant, dans ses motifs, page 204:

[TRADUCTION] Il n'y a aucun doute que, dans une affaire criminelle, le juge a toujours le pouvoir discrétionnaire d'écartier une preuve lorsque l'application stricte des règles de recevabilité serait inéquitable envers l'accusé.

Il étaye son affirmation en citant la décision du Conseil privé dans l'affaire *Noor Mohamed v. The King*¹⁵ et celle de la Chambre des Lords dans l'affaire *Harris v. Director of Public Prosecutions*¹⁶. Dans ces deux affaires-là, la question en litige était la recevabilité de la preuve d'actes similaires. C'est au sujet de l'utilisation de ce genre de preuve que le passage si fréquemment cité, de Lord Du Parcq dans l'affaire *Noor Mohamed*, a été rédigé. Il avait commenté un passage du jugement de Lord Sumner dans l'affaire *Thompson v. The King*¹⁷, où l'on avait admis la recevabilité, dans cette affaire-là, d'une preuve tendant à démontrer la prédisposition de

¹⁵ [1949] A.C. 182.

¹⁶ [1952] A.C. 694.

¹⁷ [1918] A.C. 221.

¹⁵ [1949] A.C. 182.

¹⁶ [1952] A.C. 694.

¹⁷ [1918] A.C. 221.

the accused to commit an offence of the kind with which he was charged. Lord Sumner said this, at p. 232:

Before an issue can be said to be raised, which would permit the introduction of such evidence so obviously prejudicial to the accused, it must have been raised in substance if not in so many words, and the issue so raised must be one to which the prejudicial evidence is relevant. The mere theory that a plea of not guilty puts everything material in issue is not enough for this purpose. The prosecution cannot credit the accused with fancy defences in order to rebut them at the outset with some damning piece of prejudice.

Lord Du Parcq, in his reasons in the *Noor Mohamed* case, after referring to this passage, said, at pp. 191 and 192:

Their Lordships respectfully agree with what they conceive to be the spirit and intention of Lord Sumner's words, and wish to say nothing to detract from their value. On principle, however, and with due regard to subsequent authority, their Lordships think that one qualification of the rule laid down by Lord Sumner must be admitted. An accused person need set up no defence other than a general denial of the crime alleged. The plea of not guilty may be equivalent to saying "Let the prosecution prove its case, if it can," and having said so much the accused may take refuge in silence. In such a case it may appear (for instance) that the facts and circumstances of the particular offence charged are consistent with innocent intention, whereas further evidence, which incidentally shows that the accused has committed one or more other offences, may tend to prove that they are consistent only with a guilty intent. The prosecution could not be said, in their Lordships' opinion, to be "crediting the accused with a fancy defence" if they sought to adduce such evidence. It is right to add, however, that in all such cases the judge ought to consider whether the evidence which it is proposed to adduce is sufficiently substantial, having regard to the purpose to which it is professedly directed, to make it desirable in the interest of justice that it should be admitted. If, so far as that purpose is concerned, it can in the circumstances of the case have only trifling weight, the judge will be right to exclude it. To say this is not to confuse weight with admissibility. The distinction is plain, but cases must occur in which it would be unjust to admit evidence of a character gravely prejudicial to the accused even though there may be some tenuous ground for

l'inculpé à commettre un crime du même genre que celui dont on l'accusait. Lord Sumner avait dit, page 232:

[TRADUCTION] Avant qu'il soit possible de dire qu'on a invoqué un moyen de défense qui permet d'apporter une preuve aussi manifestement préjudiciable à l'accusé, il faut que ce moyen ait été invoqué en substance, sinon en terme exprès, et qu'il rende pertinente la preuve préjudiciable. Il ne suffit pas de dire qu'un plaidoyer de non-culpabilité soulève tous les moyens de défense possibles. La poursuite ne peut pas prêter à l'accusé des moyens de défense imaginaires dans le but de les réfuter au départ par un préjudice accablant.

Lord Du Parcq, dans les motifs de l'affaire *Noor Mohamed*, après avoir cité ce passage, dit, pages 191 et 192:

[TRADUCTION] Leurs Seigneuries souscrivent respectueusement à ce qu'ils conçoivent être l'esprit et l'intention des paroles de Lord Sumner et ne voudraient rien dire qui puisse en amoindrir la valeur. En principe, cependant, et tenant bien compte de la jurisprudence depuis, leurs Seigneuries croient qu'il faut admettre une réserve à la règle posée par Lord Sumner. Un inculpé n'est pas tenu de soulever d'autre défense qu'une dénégation générale du crime imputé. Le plaidoyer de non-culpabilité peut équivaloir à dire: «Que la poursuite établisse sa preuve, si elle le peut» et l'inculpé, après avoir ainsi parlé, peut se retrancher dans le silence. En pareil cas, il peut se révéler, par exemple, que les faits et les circonstances d'un crime donné sont conciliables avec une intention honnête, tandis qu'une preuve additionnelle, qui établit incidemment que l'inculpé a commis un ou plusieurs autres crimes, peut tendre à démontrer qu'ils ne sont conciliables qu'avec une intention coupable. On ne pourrait dire, de l'avis de leurs Seigneuries, que la poursuite «prête à l'accusé des moyens de défense imaginaires» si elle cherche à faire recevoir cette preuve. Il convient d'ajouter toutefois que dans tous les cas de ce genre, le juge doit voir si la preuve que l'on veut présenter est assez concluante, par rapport au but visé ouvertement par sa présentation, pour qu'il soit convenable de la recevoir dans l'intérêt de la justice. Le juge a raison de la rejeter, si sa valeur probante est insignifiante, eu égard au but visé et aux circonstances de l'affaire. En disant cela, on ne confond pas la valeur probante avec la recevabilité. La distinction est évidente, mais il doit se présenter des cas où il serait injuste d'accepter un élément de preuve de caractère fortement préjudiciable à l'accusé, bien

holding it technically admissible. The decision must then be left to the discretion and the sense of fairness of the judge.

In *Harris v. Director of Public Prosecutions*, after citing the latter part of the passage just quoted, Lord Simon said, at p. 707:

This second proposition flows from the duty of the judge when trying a charge of crime to set the essentials of justice above the technical rule if the strict application of the latter would operate unfairly against the accused. If such a case arose, the judge may intimate to the prosecution that evidence of "similar facts" affecting the accused, though admissible, should not be pressed because its probable effect "would be out of proportion to its true evidential value" (*per* Lord Moulton in *Director of Public Prosecutions v. Christie*, (1914) 24 Cox C.C. 249, 257). Such an intimation rests entirely within the discretion of the judge.

It is of interest that the phrase "operate unfairly against the accused", used by Lord Simon in this passage, which clearly is dealing only with the admission of evidence of "similar facts", is used by Lord Goddard in the *Kuruma* case.

In *Callis v. Gunn*¹⁸, the question in issue arose on a case stated by the Oxfordshire Justices as to whether they had properly excluded evidence as to fingerprints. The accused, after being charged with larceny, and while still in custody, was asked to give fingerprints, which he did, without objection. He had not been cautioned that he might refuse, and that, if he did give them, they might be used in evidence against him.

The Court held that the evidence ought to have been admitted, but Lord Parker C. J., after citing the *Kuruma* case as authority for the proposition that in considering whether evidence is admissible the test is whether it is relevant to the matter in issue, and that, if admissible, the court is not concerned with how the evidence is obtained, went on to say at p. 501:

That is dealing with admissibility in law, and as Lord Goddard C. J. points out, and indeed as is

qu'il puisse y avoir quelque faible raison de soutenir qu'il est recevable en soi. La décision doit alors être laissée à la discréption du juge et à son sens de la justice.

Dans l'affaire *Harris v. Director of Public Prosecutions*, après avoir cité la dernière moitié du passage précité, Lord Simon dit, page 707:

[TRADUCTION] Cette seconde proposition procède du devoir du juge qui instruit un procès criminel de mettre les principes de justice au-dessus des règles strictes, si leur application rigoureuse devait être inéquitable envers l'inculpé. En pareil cas, le juge peut intimier à la poursuite qu'elle ne doit pas insister sur l'offre de la preuve «d'actes similaires» contre l'inculpé, bien que cette preuve soit recevable, parce que «son effet probable serait hors de proportion avec sa valeur probante» (Lord Moulton dans *Director of Public Prosecutions v. Christie*, (1914) 24 Cox C.C. 249, 257). Une telle décision dépend entièrement de la discréption du juge.

Il y a lieu de noter que l'expression «être inéquitable envers l'inculpé» employée par Lord Simon dans ce passage qui manifestement se rapporte seulement à la recevabilité de preuve «d'actes similaires», est employée par Lord Goddard dans l'affaire *Kuruma*.

Dans l'affaire *Callis v. Gunn*¹⁸, la question en litige à l'occasion d'un appel par exposé des Juges du Oxfordshire était de savoir s'ils avaient à bon droit écarté une preuve d'empreintes digitales. On avait demandé à l'accusé, après l'avoir inculpé de vol et pendant qu'il était encore sous garde, de donner ses empreintes digitales, ce qu'il fit sans objection. On ne l'avait pas avisé qu'il pouvait refuser, et que, s'il donnait ses empreintes, elles pourraient servir de preuve contre lui.

Le tribunal a conclu qu'on aurait dû recevoir cette preuve, mais Lord Parker, après avoir cité l'affaire *Kuruma* à l'appui de l'affirmation que, pour déterminer si une preuve est recevable, le critère est la pertinence au litige et que, si celle-ci existe, le tribunal n'a pas à tenir compte de la façon dont on a obtenu la preuve, ajoute, page 501:

[TRADUCTION] Ce qui précède porte sur la recevabilité en droit, et, comme le Lord Juge en chef Goddard

well known, in every criminal case a judge has a discretion to disallow evidence, even if in law relevant and therefore admissible, if admissibility would operate unfairly against a defendant. I would add that in considering whether admissibility would operate unfairly against a defendant one would certainly consider whether it had been obtained in an oppressive manner by force or against the wishes of an accused person. That is the general principle.

In two subsequent cases, *R. v. Court*¹⁹, and *R. v. Payne*²⁰, Lord Parker held that the trial judge should have exercised his discretion to exclude admissible evidence. Both cases involved charges of driving while unfit, through drink. The evidence in issue in each case was that of a doctor who had examined the accused at the police station as to the extent to which the accused was under the influence of drink. The circumstances are described by Lord Parker, in the *Payne* case, at p. 638, as follows:

In both *Court's* case, (1962) Crim. L.R. 697, C.C.A., and this case the defendants were asked when they went to the police station if they were willing to be examined by a doctor, and it was made clear to them in each case that the purpose of that was in order that the doctor should see whether they were suffering from any illness or disability. In both cases the defendants were told it was no part of the doctor's duty to examine the respective defendants in order to give an opinion as to their unfitness to drive. Those statements to the defendants were made at that time pursuant to a definite policy which was that the doctor called would not examine a defendant in order to ascertain whether he was unfit to drive, but would merely examine him in order to see whether he was suffering from any other illness or physical disability, and, in particular, whether he was fit to leave the police station.

On the other hand, in *The Queen v. Murphy*²¹, Lord MacDermott L.C.J., presiding in the Courts-Martial Appeal Court, while accepting the proposition that a court has a discretion to reject admissible evidence if it might operate unfairly against the accused, held that the Court-Martial had properly exercised its discretion when, in

le souligne et comme en vérité il est bien reconnu, dans toute affaire criminelle le juge a le pouvoir discrétionnaire d'écartier une preuve, même pertinente en droit et donc recevable, si la recevoir devait être inéquitable envers l'accusé. J'ajouterais qu'en déterminant si la recevoir devait être inéquitable envers l'accusé, on doit certainement s'arrêter à la question de savoir si cette preuve a été obtenue de façon oppressive, par la force, ou contre le gré de l'accusé. Voilà le principe général.

Dans deux affaires subséquentes, *R. v. Court*¹⁹ et *R. v. Payne*²⁰, Lord Parker a conclu que le juge de première instance aurait dû exercer son pouvoir discrétionnaire et écartier une preuve recevable. Les deux affaires portaient sur des accusations d'avoir conduit en état d'ivresse. Le témoignage en cause dans chaque affaire était celui d'un médecin qui avait examiné l'accusé au poste de police, et portait sur le degré d'ébriété de ce dernier. Lord Parker relate les circonstances comme suit, dans l'affaire Payne, page 638:

[TRADUCTION] Dans l'affaire *Court* (1962) Crim. L.R. 697, C.C.A., comme dans la présente, on a demandé au prévenu, au poste de police, s'il consentait à subir un examen médical, en lui disant clairement, dans chaque cas, que le but de cet examen était de permettre au médecin de voir s'il souffrait de quelque maladie ou infirmité. Dans les deux cas, on a dit au prévenu qu'il n'entrant pas dans les fonctions du médecin de l'examiner en vue de témoigner sur son inaptitude à conduire. Ces déclarations faites aux prévenus étaient, à l'époque, conformes à une ligne de conduite établie voulant que le médecin mandé n'examine pas le prévenu dans le but de déterminer son aptitude à conduire, mais seulement pour voir s'il souffrait de quelque autre maladie ou infirmité physique, et, notamment, s'il était en état de quitter le poste de police.

Par contre, dans l'affaire *The Queen v. Murphy*²¹, le Lord Juge en chef MacDermott, présidant la *Courts-Martial Appeal Court*, tout en admettant la proposition que le tribunal a le pouvoir discrétionnaire d'écartier une preuve recevable si elle pouvait être inéquitable envers l'accusé, a conclu que la *Court-Martial* avait

¹⁹ [1962] Crim. L.R. 697.

²⁰ [1963] 1 W.L.R. 637.

²¹ [1965] N.I. 138.

¹⁹ [1962] Crim. L.R. 697.

²⁰ [1963] 1 W.L.R. 637.

²¹ [1965] N.I. 138.

considering a charge of disclosing information useful to the enemy, it admitted the evidence of police officers who had posed as members of a subversive organization to which the accused was suspected of being sympathetic, and, in that manner, had elicited from him the information, the subject of the charge, by asking questions about the security of his barracks.

In *King v. The Queen*²², The Privy Council refused to interfere with the discretion of the trial court, which, on a charge of possession of a dangerous drug, had admitted evidence of a search of the person of the accused. A provision of the Jamaican Constitution gave protection to persons against search of persons on property without consent. The relevant statute law did not authorize the search, and the search was effected without furnishing him the opportunity of being searched in front of a justice of the peace, which was his legal right.

I have considered the authorities, previously cited, because they indicate that the proposition of law as to judicial discretion which, at the outset, was stated, in very limited terms, in respect of evidence of similar facts, by Lord Du Parcq in the *Noor Mohamed* case, i.e.:

It is right to add, however, that in all such cases the judge ought to consider whether the evidence which it is proposed to adduce is sufficiently substantial, having regard to the purpose to which it is professedly directed, to make it desirable in the interest of justice that it should be admitted. If, so far as that purpose is concerned, it can in the circumstances of the case have only trifling weight, the judge will be right to exclude it.

(The emphasis is my own.)

has emerged, full blown, into a statement, such as that made by Ashworth J. in *Rumping v. Director of Prosecutions*²³:

There is of course ample authority for the proposition that a judge has an overriding discretion to exclude evidence even if such evidence is in law admissible.

correctement exercé ce pouvoir lorsque, sur une accusation d'avoir divulgué des renseignements utiles à l'ennemi, elle avait admis le témoignage d'agents de police qui s'étaient fait passer pour des membres d'une organisation subversive dont l'accusé était soupçonné d'être un sympathisant et, de cette manière, avaient obtenu de lui les renseignements qui faisaient l'objet de l'accusation, en lui posant des questions sur la sécurité de sa caserne.

Dans l'affaire *King v. The Queen*²², le Conseil privé a refusé de réviser l'exercice du pouvoir discrétionnaire du tribunal de première instance, qui, sur une accusation de possession de drogue dangereuse, avait admis la preuve qu'on avait fouillé l'accusé. Une disposition de la constitution de la Jamaïque protège les citoyens contre la fouille sur la personne, à domicile, sans leur consentement. La loi ne permettait pas la fouille et on y a procédé sans donner à l'accusé l'occasion d'être fouillé en présence d'un juge de paix, ce qui était son droit.

J'ai étudié la jurisprudence précitée parce qu'elle indique que l'énoncé de droit sur le pouvoir discrétionnaire du juge, que Lord Du Parcq a d'abord fait à propos de la preuve d'actes similaires, en termes très restreints, dans l'affaire *Noor Mohamed*, savoir:

[TRADUCTION] Il convient d'ajouter toutefois que dans tous les cas de ce genre, le juge doit voir si la preuve que l'on veut présenter est assez concluante, par rapport au but visé ouvertement par sa présentation, pour qu'il soit convenable de la recevoir dans l'intérêt de la justice. Le juge a raison de la rejeter, si sa valeur probante est insignifiante, eu égard au but visé et aux circonstances de l'affaire.

(C'est moi qui souligne).

est réapparu, complètement élargi, en un énoncé comme celui du Juge Ashworth dans l'affaire *Rumping v. Director of Prosecutions*²³:

[TRADUCTION] Il y a évidemment une abondante jurisprudence à l'appui de la proposition que le juge a le pouvoir discrétionnaire absolu d'écartier une preuve, même recevable en droit.

²² [1968] 2 All. E.R. 610.

²³ [1962] C.A.R. 398 at 403.

²² [1968] 2 All. E.R. 610.

²³ [1962] C.A.R. 398 à 403.

In support of this he cites only the *Kuruma* case.

This development of the idea of a general discretion to exclude admissible evidence is not warranted by the authority on which it purports to be based. The dictum of Lord Goddard, in the *Kuruma* case, appears to be founded on *Noor Mohamed*, and it has, I think, been unduly extended in some of the subsequent cases. It recognized a discretion to disallow evidence if the strict rules of admissibility would operate unfairly against the accused. Even if this statement be accepted, in the way in which it is phrased, the exercise of a discretion by the trial judge arises only if the admission of the evidence would operate unfairly. The allowance of admissible evidence relevant to the issue before the court and of substantial probative value may operate unfortunately for the accused, but not unfairly. It is only the allowance of evidence gravely prejudicial to the accused, the admissibility of which is tenuous, and whose probative force in relation to the main issue before the court is trifling, which can be said to operate unfairly.

I am in agreement with what was said, in relation to this point, by Davey C.J.B.C. in *The Queen v. Sigmund et al*²⁴, in the passage cited in the reasons of Cartwright C.J.C.

Lord Goddard's own view as to the scope of the proposition which he was stating can be determined, to some extent, by his failure to apply it to the rather unusual facts of the *Kuruma* case. The appellant *Kuruma* was an African employee of a European farmer in Kenya. On his "day off" he cycled from the farm to his reservation along a route he knew to be regularly patrolled by the Kenya police. He could have reached his home by another route which was not patrolled, but chose not to do so. Regulation 29 of the Emergency Regulations of Kenya stated:

Any police officer of or above the rank of assistant inspector may...with or without assistance and using force if necessary... (b) stop and search...

²⁴ [1968] 1 C.C.C. 92 at 102-3, 60 W.W.R. 257.

A l'appui de cette proposition, il n'invoque que l'affaire *Kuruma*.

Cette évolution de la notion d'un pouvoir discrétionnaire illimité d'écartier une preuve recevable n'est pas justifiée par la jurisprudence sur laquelle elle prétend s'appuyer. L'aphorisme de Lord Goddard dans l'affaire *Kuruma* paraît fondé sur l'affaire *Noor Mohamed* et on l'a, à mon avis, beaucoup trop élargi dans certaines affaires subséquentes. Il reconnaît un pouvoir discrétionnaire d'écartier une preuve lorsque l'application stricte des règles de recevabilité serait inéquitable envers l'accusé. Même si l'on accepte cet énoncé, de la façon dont il est formulé, il n'y a lieu pour le juge de première instance d'exercer ce pouvoir discrétionnaire que s'il y est inéquitable de recevoir la preuve. Recevoir une preuve pertinente à la question en litige et de grande force probante peut avoir un effet défavorable à l'accusé, sans être inéquitable. C'est seulement le fait de recevoir une preuve fortement préjudiciable à l'accusé et dont la recevabilité tient à une subtilité, mais dont la valeur probante à l'égard de la question fondamentale en litige est insignifiante, qui peut être considéré comme inéquitable.

Je souscris à ce que dit le Juge en chef Davey de la Colombie-Britannique sur ce point dans l'affaire *The Queen v. Sigmund et al*²⁴, dans le passage cité par le Juge en chef Cartwright dans ses motifs.

On peut déterminer, jusqu'à un certain point, l'opinion de Lord Goddard lui-même sur la portée de son aphorisme, par son refus de l'appliquer aux faits plutôt inusités de l'affaire *Kuruma*. L'appelant *Kuruma*, un Africain, était employé par un cultivateur européen, au Kenya. A l'occasion de son jour de repos, il s'en allait à bicyclette de la ferme à sa réserve par une route qu'il savait régulièrement patrouillée par la police du Kenya. Il aurait pu se rendre chez lui par une autre route qui n'était pas surveillée, mais ce n'est pas ce qu'il choisit de faire. La règle 29 du Règlement d'urgence du Kenya décrétait:

[TRADUCTION] Tout agent de police ayant au moins le rang d'inspecteur adjoint peut... avec ou sans aide, et par la force au besoin, ... (b) arrêter et

²⁴ [1968] 1 C.C.C. 92 à 102-3, 60 W.W.R. 257.

any individual, whether in a public place or not, if he suspects that any evidence of the commission of an offence against these regulations is likely to be found on such... individual, and he may seize any evidence so found.

While cycling, the accused was stopped by a police road-block. He dismounted, and was stripped and searched by two constables, both of them below the rank of assistant inspector. Testifying on behalf of the Crown, they reported finding two rounds of ammunition and a pocket-knife in the possession of Kuruma. On the strength of this testimony and in accordance with the emergency laws of Kenya (Reg. 8a(1) (b), Emergency Regulations 1952), the accused was sentenced to death for being in unlawful possession of ammunition. He denied having been in possession of either the ammunition or the pocketknife, and based his appeal on the ground that the only evidence against him was the fruit of an unlawful search and ought to have been excluded.

The pocketknife was never presented in evidence. The police claimed that it was returned to the accused after his arrest. The constables also contended that the search and discovery of the ammunition on the person of the accused were witnessed by three other persons. Yet no such witnesses were called by the Crown and the conviction was obtained on the sole testimony of the constables. The accused was not entitled under Kenya law to a jury trial (ss. 258, 259, 318(2) of the Criminal Procedure Code). Instead, his case was heard by a magistrate and three assessors. The magistrate, in reaching his decision, ignored the unanimous advice of the assessors.

If Lord Goddard intended that the discretion which he defined was applicable if the trial judge felt that the proposed evidence had been obtained in an unfair manner, it is difficult to see how he could avoid saying that the discretion should have been exercised in Kuruma's favour. If, however, he meant that the discretion arose where the admission of evidence, though legally admissible, would operate unfairly, because, as stated in *Noor Mohamed*, it had trivial probative value, but was

fouiller... toute personne, que ce soit dans un endroit public ou non, s'il soupçonne qu'une preuve de la perpétration d'une infraction aux présents règlements peut vraisemblablement se trouver sur cette personne et il peut saisir toute preuve ainsi trouvée.

S'en allant à bicyclette, l'accusé a été arrêté à un barrage de police. Il est descendu et deux agents, tous deux de rang inférieur à celui d'inspecteur adjoint, l'ont déshabillé et fouillé. Lors de leur témoignage pour le compte du ministère public, ils ont déclaré avoir trouvé deux cartouches et un couteau de poche sur Kuruma. Sur la foi de ce témoignage, et conformément aux lois d'urgence du Kenya (Règle 8a (1)(b), Règlement d'urgence de 1952), l'accusé a été condamné à la peine capitale pour possession illégale de cartouches. Il a nié avoir eu en sa possession les cartouches et le couteau de poche et a fondé son appel sur le fait que la seule preuve apportée contre lui était le fruit d'une fouille illégale et aurait dû être écartée.

On n'a jamais produit le couteau de poche comme pièce à conviction, la police affirmant qu'il a été rendu à l'accusé après son arrestation. Les agents ont également prétendu que trois autres personnes avaient assisté à la fouille et à la découverte des cartouches sur la personne de l'accusé. Cependant, le ministère public n'a appelé aucun de ces témoins et la déclaration de culpabilité a été fondée sur le seul témoignage des agents. En vertu des lois du Kenya, l'accusé n'avait pas droit à un procès par jury (art. 258, 259 et le par. 2 de l'art. 318 du *Criminal Procedure Code*). L'affaire a plutôt été entendue par un magistrat et trois assesseurs. Le magistrat, en rendant le jugement, n'a pas tenu compte de l'avis unanime des assesseurs.

Si Lord Goddard avait voulu que le pouvoir discrétionnaire qu'il a défini soit applicable lorsque le juge de première instance estime que l'on a obtenu la preuve proposée d'une manière inéquitable, il est difficile de voir comment il aurait pu ne pas conclure que ce pouvoir aurait dû être exercé en faveur de Kuruma. Si, cependant, il a voulu dire que ce pouvoir discrétionnaire naît quand le fait d'admettre une preuve, bien que recevable en droit, serait inéquitable envers l'accusé,

highly prejudicial, then the course followed in the disposition of the *Kuruma* case is quite understandable.

In cases such as *R. v. Court* and *R. v. Payne*, I think confusion has arisen between "unfairness" in the method of obtaining evidence, and "unfairness" in the actual trial of the accused by reason of its admission. The result of those two cases was, in effect, to render inadmissible evidence which the *ratio decidendi* of the *Kuruma* case had held to be admissible. The view which they express would replace the *Noor Mohamed* test, based on the duty of a trial judge to ensure that the minds of the jury be not prejudiced by evidence of little probative value, but of great prejudicial effect, by the test as to whether evidence, the probative value of which is unimpeachable, was obtained by methods which the trial judge, in his own discretion, considers to be unfair. Exclusion of evidence on this ground has nothing whatever to do with the duty of a trial judge to secure a fair trial for the accused.

The difficulty of achieving any sort of uniformity in the application of the law if a broad discretion of this kind is recognized is clearly illustrated in the cases which I have considered. What is the standard of "unfairness" which excludes the medical opinions in the cases of *Court* and *Payne*, in which the accused had been misled as to the purpose of the medical examinations, and yet permits the admission of evidence obtained by an illegal search of the person in the *Kuruma* case and in the *King* case, and evidence obtained through deception by agents provocateurs in the *Murphy* case?

In my opinion, the recognition of a discretion to exclude admissible evidence, beyond the limited scope recognized in the *Noor Mohamed* case, is not warranted by authority, and would be undesirable. The admission of relevant admissible evidence of probative value should not be prevented, except within the very limited sphere recognized in that case. My view is that the trial judge's discretion does not extend beyond those limits, and, accordingly, I think, with respect,

cusé parce que, comme on le dit dans l'affaire *Noor Mohamed*, la force probante en est insignifiante, tandis qu'elle est fortement préjudiciable, alors, la solution apportée à l'affaire *Kuruma* s'explique très bien.

Dans les affaires *R. v. Court* et *R. v. Payne*, je crois qu'on a confondu «inéquitable» dans la manière de se procurer la preuve et «inéquitable» dans le fait de la recevoir au procès. La conséquence de ces deux décisions est, en fait, de rendre irrecevable une preuve que la *ratio decidendi* de l'affaire *Kuruma* tient pour recevable. Le principe qu'elles expriment remplacerait le critère de l'affaire *Noor Mohamed*, fondé sur le devoir du juge de première instance de s'assurer que l'opinion des jurés ne soit pas préjugée par une preuve de peu de valeur probante, mais fortement préjudiciable, par celui de savoir si une preuve dont la force probante est irrécusable, a été obtenue par des procédés que le juge de première instance, à sa discréction, considère inéquitables. L'exclusion de la preuve pour ce dernier motif n'a absolument rien à voir avec l'obligation du juge d'assurer un procès équitable à l'accusé.

La difficulté de parvenir à un minimum d'uniformité dans l'application de la loi, si l'on admet l'existence d'un pouvoir discrétionnaire illimité de ce genre, ressort clairement des affaires que j'ai examinées. Quelle est la mesure de l'aspect «inéquitable» qui rend irrecevables les témoignages des médecins dans les affaires *Court* et *Payne* où l'on a induit les accusés en erreur sur le but de l'examen médical, mais tient pour recevable une preuve obtenue par la fouille illégale sur la personne, dans les affaires *Kuruma* et *King*, et celle obtenue par la supercherie d'agents provocateurs dans l'affaire *Murphy*?

A mon avis, la jurisprudence ne justifie pas la reconnaissance du pouvoir discrétionnaire d'écartier une preuve recevable, sauf dans la mesure restreinte acceptée dans l'affaire *Noor Mohamed*, et il ne serait pas opportun d'aller au-delà. Il ne faut pas empêcher la réception d'une preuve pertinente, recevable et probante, sauf dans le cadre très restreint accepté dans cette affaire-là. Je suis d'avis que le pouvoir discrétionnaire du juge de première instance ne s'étend pas au-delà de

that the definition of that discretion by the Court of Appeal in this case was wrong in law.

I am in agreement with Cartwright C.J.C. and with my brother Judson that, on the issue of the admissibility of the evidence sought to be introduced by the Crown in this case, notwithstanding the exclusion of the confession, the law in Canada is correctly stated by McRuer C.J.H.C. in *The King v. St. Lawrence*²⁵:

Where the discovery of the fact confirms the confession—that is, where the confession must be taken to be true by reason of the discovery of the fact—then that part of the confession that is confirmed by the discovery of the fact is admissible, but further than that no part of the confession is admissible.

Accordingly, I am of the opinion that the learned trial judge erred in law in excluding evidence as to the facts leading up to the finding of the rifle, and in excluding such parts of the confession as were confirmed as true by the discovery of such facts.

I would allow the appeal and direct a new trial.

Fauteux and Abbott JJ. agreed with the reasons of Judson J.

JUDSON J.—I agree with the conclusion of Cartwright C.J.C. that we ought not to overrule *Rex v. St. Lawrence*²⁶. This case reviews the law which has stood since *Rex v. Warwickshall*²⁷, to the effect that even if a confession is inadmissible in evidence, nevertheless facts which become known by means of this confession may be proved on behalf of the prosecution. The use that has been made of this principle has usually had to do with the finding of articles connected with the crime. The finding of the articles may be proved even though the confession is inadmissible.

The theory for the rejection of confessions is that if they are obtained under certain conditions, they are untrustworthy. This theory has no appli-

cès limites; en conséquence, je crois, en toute déférence, que la définition que donne la Cour d'appel de ce pouvoir discrétionnaire, dans la présente affaire, est erronée en droit.

Je suis d'accord avec le Juge en chef Cartwright et mon collègue le Juge Judson que, sur la question de la recevabilité de la preuve que le ministère public a voulu apporter dans la présente affaire, nonobstant l'exclusion de la confession, le Juge en chef McRuer de la Haute Cour exprime correctement le droit applicable au Canada, dans l'affaire *The King v. St. Lawrence*²⁵:

[TRADUCTION] Lorsque la découverte du fait confirme la confession,—c'est-à-dire lorsqu'il faut conclure à la véracité de la confession en raison de la découverte du fait,—alors la partie de la confession que confirme la découverte du fait est recevable en preuve, rien de plus.

En conséquence, je suis d'avis que le savant juge de première instance a commis une erreur de droit en écartant la preuve des faits qui ont amené à retrouver la carabine, et en écartant les parties de la confession que la découverte de ces faits a confirmées.

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

Les Juges Fauteux et Abbott sont d'accord avec les motifs du Juge Judson.

LE JUGE JUDSON—Je souscris à la conclusion du Juge en chef Cartwright que nous ne devons pas nous écarter de l'arrêt *Rex v. St. Lawrence*²⁶. On y a étudié le droit appliqué depuis *Rex v. Warwickshall*²⁷ et d'après lequel, même si une confession est irrecevable, le ministère public peut néanmoins mettre en preuve les faits découverts par suite de cette confession. Il y a eu ordinairement application de ce principe lorsqu'il s'agissait de la découverte d'objets reliés au crime. On peut mettre en preuve la découverte des objets même si la confession est irrecevable.

Pour justifier le rejet des confessions on invoque le fait qu'elles peuvent être d'une valeur douteuse si on les a obtenues dans certaines con-

²⁵ (1949), 93 C.C.C. 376 at 391, [1949] O.R. 215, 7 C.R. 464.

²⁶ (1949), 93 C.C.C. 376, [1949] O.R. 215, 7 C.R. 464.

²⁷ (1783), 1 Leach 263.

²⁵ (1949), 93 C.C.C. 376 à 391, [1949] O.R. 215, 7 C.R. 464.

²⁶ (1949), 93 C.C.C. 376, [1949] O.R. 215, 7 C.R. 464.

²⁷ (1783), 1 Leach 263.

cation whatever to incontrovertible facts, such as the finding of articles. It is now being suggested that this evidence should be excluded even though it is relevant and admissible and of great probative value on the ground that its reception would operate unfairly against the accused and, according to the Court of Appeal, bring the administration of justice into disrepute. I am not concerned at this stage with the exclusion of evidence which is admissible and relevant but of such slight probative value that it should be rejected because of its prejudicial tendency in the eyes of the jury. There are plenty of *dicta* to this effect:

*Maxwell v. Director of Public Prosecutions*²⁸; *Stirland v. Director of Public Prosecutions*²⁹; *R. v. Cook*³⁰; *Noor Mohamed v. The King*³¹.

The principle is also stated in 7 C.E.D., 2nd ed., p. 105, that matters of slight probative value may be excluded in the discretion of the judge when likely to cause undue prejudice, unfair surprise or confusion of issues. This principle, I repeat, is not in issue in this appeal. We are concerned here with a matter of great probative value, the finding of the weapon which was used to shoot Donald Comrie in the service station during the course of the holdup.

The *dicta* which have been quoted from *Noor Mohamed v. The King*, *Kuruma v. The Queen*³², *Callis v. Gunn*³³, cannot, in my opinion, support the broad exclusionary discretion which was exercised by the trial judge in this case and affirmed and extended by the Court of Appeal.

In *Noor Mohamed*, the accused was charged with the murder of his mistress by the administration of potassium cyanide. The evidence excluded related to the death of the accused's wife two years before, also as a result of potassium cyanide. It was excluded on the principle laid down in *Makin v. Attorney General for New South Wales*³⁴, because it plainly tended to show that the accused had been guilty of the murder of his wife two years before and this, for the

ditions. Cette règle ne s'applique aucunement à des faits incontestables, comme la découverte des objets. On prétend ici qu'il faudrait écarter cette preuve, bien qu'elle soit pertinente, recevable et très probante, parce que la recevoir serait inéquitable envers l'accusé et, d'après la Cour d'appel, discréditerait l'administration de la justice. Je ne parle pas ici d'écarter une preuve recevable et pertinente, mais dont la valeur probante est si faible qu'il faut l'écarter à cause de sa tendance préjudiciable à l'égard du jury. De nombreux jugements vont dans ce sens:

*Maxwell v. Director of Public Prosecutions*²⁸; *Stirland v. Director of Public Prosecutions*²⁹; *R. v. Cook*³⁰; *Noor Mohamed v. The King*³¹.

Il est également dit, dans 7 C.E.D. 2^e édition, page 105, que le juge peut, à sa discréction, écarter des éléments de preuve de faible valeur s'ils sont susceptibles de porter préjudice indû, de prendre par surprise ou d'embrouiller le litige. Ce principe, je le répète, n'est pas en cause dans le présent pourvoi. Nous avons affaire ici à un élément de grande force probante: la découverte de l'arme qui a servi à abattre Donald Comrie dans la station-service, au cours du vol.

Les passages cités des arrêts *Noor Mohamed v. The King*, *Kuruma v. The Queen*³², *Callis v. Gunn*³³, ne peuvent, à mon avis, justifier le grand pouvoir d'exclusion qu'a exercé le juge de première instance dans la présente affaire et que la Cour d'appel a confirmé et étendu.

Dans l'affaire *Noor Mohamed*, l'inculpé répondait à l'accusation d'avoir assassiné sa maîtresse au cyanure de potassium. La preuve écartée avait trait à la mort de sa femme, deux ans plus tôt, également par absorption de cyanure de potassium. L'exclusion se fonde sur le principe énoncé dans *Makin v. Attorney General for New South Wales*³⁴, vu que cette preuve tendait nettement à démontrer que l'inculpé s'était rendu coupable du meurtre de sa femme deux ans plus tôt et cela,

²⁸ [1935] A.C. 309 at 321, 24 Cr. App. R. 15.

²⁹ [1944] A.C. 315 at 319, 324.

³⁰ [1959] 2 Q.B. 340 at 346.

³¹ [1949] A.C. 182 at 192.

³² [1955] A.C. 197.

³³ [1964] 1 Q.B. 495.

³⁴ [1894] A.C. 57.

²⁸ [1935] A.C. 309 à 321, 24 Cr. App. R. 15.

²⁹ [1944] A.C. 315 à 319, 324.

³⁰ [1959] 2 Q.B. 340 à 346.

³¹ [1949] A.C. 182 à 192.

³² [1955] A.C. 197.

³³ [1964] 1 Q.B. 495.

³⁴ [1894] A.C. 57.

purpose of persuading the jury that he was the kind of person who, two years later, would murder his mistress by the same means. Then followed the statement concerning judicial discretion to exclude evidence of "trifling" weight even though there might be "some tenuous ground for holding it technically admissible." I do not think that *Noor Mohamed* is of any assistance in the case before us.

In *Kuruma*, the accused was charged with the possession of ammunition contrary to the Emergency Regulations of 1952 of Kenya. It was submitted that the evidence of possession was secured as a result of an unlawful search. The evidence was admitted and the principle stated that both in civil and criminal cases the test of the admissibility of evidence was relevancy to the matters in issue. If it is relevant, it is admissible, and the court is not concerned with how it was obtained.

That was the ratio of the case and, in my opinion, it is correct. The statement that the court has a discretion to disallow evidence if the strict rules of admissibility would operate unfairly against an accused person is *obiter* and it cannot be supported by the authorities quoted.

Callis v. Gunn was concerned with the admissibility of fingerprints. The accused had declined to make any statement but he did allow his fingerprints to be taken. He was not warned that he was under no compulsion. At trial the fingerprint evidence was rejected. On appeal it was held that it should have been admitted; that a caution was unnecessary before fingerprints were taken, and that there was nothing that would justify the justices in excluding the evidence. Then followed the statement that there is an over-riding discretion in a trial court to disallow evidence if its admission would operate unfairly against the defendant, and that the discretion should be exercised if the evidence was obtained oppressively or by false representations or a trick, threat or bribe.

If this statement is read as supporting a judicial discretion to exclude any relevant evidence for the reasons given, I would not accept

dans le but de convaincre le jury qu'il était le genre d'homme capable d'assassiner sa maîtresse, deux ans plus tard, par le même moyen. Vient ensuite l'énoncé au sujet du pouvoir judiciaire d'écartier un élément de preuve d'une valeur probante «insignifiante» même s'il pourrait y avoir [TRADUCTION] «quelque faible raison de soutenir qu'il est recevable en soi». Je ne crois pas que l'affaire *Noor Mohamed* nous soit daucun secours dans la présente affaire.

Dans *Kuruma*, il s'agissait d'une accusation de possession de munitions, en contravention des Règlements d'urgence du Kenya de 1952. On a prétendu que la preuve de la possession avait été obtenue par une fouille illégale. Cette preuve a été reçue et on y énonce que dans les affaires civiles et criminelles, le critère de recevabilité est la pertinence de la preuve aux questions en litige. Si elle est pertinente, la preuve est recevable et le tribunal n'a pas à tenir compte de la façon dont on l'a obtenue.

C'est là la raison déterminante de l'affaire et, à mon avis, elle est juste. L'affirmation que le tribunal jouit du pouvoir discrétionnaire d'écartier une preuve lorsque l'application stricte des règles de recevabilité serait inéquitable envers l'accusé est un *obiter dictum* que la jurisprudence citée ne justifie pas.

L'affaire *Callis v. Gunn* porte sur la recevabilité d'une preuve d'empreintes digitales. L'accusé avait refusé de faire aucune déclaration, mais laissé prendre ses empreintes digitales. On ne l'avait pas prévenu qu'il n'y était pas obligé. Au procès, cette preuve a été écartée. En appel, on a conclu qu'il aurait fallu la recevoir, qu'il n'était pas nécessaire de faire une mise en garde avant de prendre les empreintes et que rien ne justifiait les juges d'écartier cette preuve. Vient ensuite l'affirmation que le tribunal de première instance jouit du pouvoir discrétionnaire absolu d'écartier une preuve si la recevoir serait inéquitable envers l'accusé, et qu'il devrait s'en prévaloir si la preuve avait été obtenue de façon oppressive ou par faux-semblant, supercherie, menace ou corruption.

Si cette affirmation implique un pouvoir judiciaire d'écartier pour les motifs indiqués n'importe quelle preuve pertinente, je ne puis y sous-

it. In this I agree with Davey C.I.B.C., in *Regina v. Sigmund et al*³⁵, when he said:

If Lord Parker meant to lay down a principle that a Judge has discretion to exclude any relevant evidence that would operate unfairly against an accused, or that has been obtained in an oppressive manner by force or against the wishes of the prisoner, I must respectfully disagree. I know of no other authority that goes so far, yet it is upon that principle said to have been laid down by Lord Parker that the exclusion of Sigmund's exculpatory statement must rest.

In this appeal we are clearly faced with the question whether we should make new law and give a trial judge a discretion to exclude relevant and admissible evidence if he thinks that it will operate unfairly against the accused or, according to his opinion, bring the administration of justice into disrepute. The reason given for the unfairness here is that the weapon was discovered partly as a result of an inadmissible confession and partly as a result of the accused going with the police officers and pointing out the place where the weapon was concealed. In my opinion, there is no justification for recognizing the existence of this discretion in these circumstances. This type of evidence has been admissible for almost 200 years. There is no judicial discretion permitting the exclusion of relevant evidence, in this case highly relevant evidence, on the ground of unfairness to the accused.

If this law is to be changed, a simple amendment to the *Canada Evidence Act* would be sufficient—an amendment to the effect that no fact discovered as a result of an inadmissible confession shall be provable in evidence against an accused person. Such a change should not be effected by turning to a theory of judicial discretion to admit or reject relevant evidence based upon the unsubstantial *dicta* to which I have referred in these reasons. Judicial discretion in this field is a concept which involves great uncertainty of application. The task of a judge in the conduct of a trial is to apply the law and to admit all evidence that is logically probative

crire. A cet égard, je suis d'accord avec le Juge en chef Davey de la Colombie-Britannique, lorsqu'il dit dans *Regina v. Sigmund et al*³⁵:

[TRADUCTION] Si Lord Parker a voulu poser comme principe que le juge jouit du pouvoir discrétaire d'écartier toute preuve pertinente dont la réception serait inéquitable envers un accusé ou qui a été obtenue de façon oppressive, par la force ou contre le gré de ce dernier, en toute déférence, je ne puis être d'accord. Je ne connais aucun autre précédent qui aille aussi loin, encore que ce soit sur ce principe attribué à Lord Parker que l'exclusion de la déclaration justificative faite par Sigmund doive se fonder.

Le présent pourvoi nous invite nettement à résoudre la question suivante: devons-nous élaborer du droit nouveau et accorder au juge de première instance le pouvoir discrétaire d'écartier une preuve pertinente et recevable, s'il croit que ce serait inéquitable envers l'accusé ou que, d'après lui, cela discréditerait l'administration de la justice? Dans le cas présent, cela serait inéquitable, dit-on, du fait que la découverte de l'arme résulte en partie d'une confession irrecevable et en partie du fait que l'accusé a accompagné les policiers et indiqué l'endroit où l'arme était cachée. A mon avis, il n'y a aucune raison d'admettre l'existence de ce pouvoir discrétaire dans ces circonstances. Ce genre de preuve est considéré recevable depuis près de deux cents ans. Aucun pouvoir judiciaire ne permet d'écartier une preuve pertinente, très pertinente dans la présente affaire, parce que la recevoir serait inéquitable envers l'accusé.

S'il y a lieu de changer le droit, il suffirait simplement de modifier la *Loi de la preuve au Canada* pour décréter qu'aucun fait découvert en conséquence d'une confession irrecevable ne peut servir de preuve contre un accusé. Il ne faut pas procéder à un tel changement en faisant appel à une théorie sur le pouvoir judiciaire de recevoir ou d'écartier une preuve pertinente, théorie fondée sur les énoncés peu convaincants que j'ai mentionnés dans les présents motifs. Le pouvoir discrétaire dans ce domaine implique une grande incertitude d'application. Le rôle du juge qui préside à un procès est d'appliquer le droit et de recevoir toute preuve pertinente, à moins qu'il

unless it is ruled out by some exclusionary rule. If this course is followed, an accused person has had a fair trial. The exclusionary rule applied in this case is one that should not be accepted.

How are the facts relating to the discovery of the weapon to be put before the jury? The minimum in this case is the account of Wray's trip from Toronto in the company of police officers to a swamp 15 miles west of the scene of the crime and the search for and the discovery of the weapon under the direction of the accused. This was late in the day of June 4, 1968. The police searched until it was dark and found the weapon the next morning.

The next question is whether any part of the inadmissible confession may be put in. The cases and the commentators differ on this point. The choice is between restricting the evidence to proof of the fact of finding on the direction of the accused, or admitting, in addition, that part of the confession that is confirmed by the fact of finding.

The cases, both English and Canadian, and they are many, were all reviewed in *Rex v. St. Lawrence*³⁶. McRuer C.J.H.C. states his conclusion at pp. 228-9 and I would adopt this conclusion:

After the most earnest consideration that I have been able to give the whole matter in the time at my disposal, I have come to the conclusion that my decision must rest on this fundamental principle:

Where the discovery of the fact confirms the confessions—that is, where the confession must be taken to be true by reason of the discovery of the fact—then that part of the confession that is confirmed by the discovery of the fact is admissible, but further than that no part of the confession is admissible. Of all the authorities referred to, Taylor most nearly agrees with this view of the law.

It is therefore permissible to prove in this case the facts discovered as a result of the inadmissible confession, but not any accompanying statement which the discovery of the facts does not confirm. Anything done by the accused which indicates that he knew where the articles in question were is admissible to prove the fact that he knew the articles were there when that fact is confirmed by

existe une règle quelconque en décrétant le rejet. Si l'on procède ainsi, l'accusé a un procès équitable. La règle d'exclusion appliquée dans la présente affaire est à rejeter.

Comment faut-il présenter au jury les faits relatifs à la découverte de l'arme? Au minimum, dans la présente affaire, il y a le récit du voyage de Wray, en compagnie des policiers, de Toronto jusqu'à un marécage à une quinzaine de milles à l'ouest du lieu du crime, la recherche et la découverte de l'arme d'après les indications de l'accusé. Cela se passait le soir du 4 juin 1968. Les policiers ont cherché jusqu'à la tombée de la nuit; ils ont retrouvé l'arme le lendemain matin.

La question suivante est celle de savoir si l'on peut mettre en preuve telle ou telle partie de la confession irrecevable. La jurisprudence et les auteurs sont en désaccord sur ce point. Il y a deux possibilités: restreindre la preuve à celle du fait de la découverte d'après les indications de l'accusé ou admettre, en plus, la partie de la confession confirmée par la découverte.

Dans l'affaire *Rex v. St. Lawrence*³⁶, le Juge en chef McRuer de la Haute Cour a étudié tous les précédents anglais et canadiens, et ils sont nombreux. Aux pages 228 et 229, il énonce sa conclusion, que je suis d'avis de suivre:

[TRADUCTION] Après avoir examiné toute la question le plus attentivement possible, compte tenu du temps dont je dispose, j'en suis venu à la conclusion que ma décision doit s'appuyer sur le principe fondamental suivant:

Lorsque la découverte du fait confirme la confession,—c'est-à-dire lorsqu'il faut conclure à la vérité de la confession en raison de la découverte du fait,—alors la partie de la confession que confirme la découverte du fait est recevable, mais rien de plus. De tout ce qu'on a cité, c'est le traité de Taylor qui exprime le point de vue le plus rapproché de cette opinion.

Il est donc permis de mettre en preuve, dans la présente affaire, les faits découverts par suite de la confession irrecevable, mais aucune des déclarations concomitantes que les faits ne confirment pas. Tout ce qu'a fait l'accusé qui tend à démontrer qu'il savait où se trouvaient les objets en cause est recevable en preuve pour établir le fait qu'il savait que ces objets se trouvaient là, puisque la découverte

the finding of the articles; that is, the knowledge of the accused is a fact, the place where the articles were found is a fact. If he does or says something that indicates his knowledge of where the articles are located, and that is confirmed by the finding of the articles, then the fact of his knowledge is established. On the other hand, it is not admissible to show that the accused said he put the articles where they were found, as the finding of them does not confirm this statement. The finding of them is equally consistent with the accused's knowledge that some other person may have put them in the place where they were found.

After stating the principle, he then reviewed the evidence in detail and ruled out the admission in the confession that the accused had thrown the object of the search over the fence into the place where it was found. He confined the evidence to the finding.

In the case before us, although there is much to be said for the inference that knowledge of the gun and its broken condition in this obscure hiding place and its disclosure to the police does confirm the confession of the accused that he threw it where it was found, I would defer to the ruling in *St. Lawrence* and confine the evidence to the fact of finding under the direction of the accused.

I would allow the appeal and direct a new trial.

HALL J. (*dissenting*)—Save as to what I say later respecting *Rex v. St. Lawrence*³⁷, I am in agreement with the reasons of Cartwright C.J.C. and would dismiss the appeal.

It must be conceded that a trial judge has, by law, a measure of discretion to reject admissible evidence under certain circumstances. Lord Du-Parcq stated the principle in relation to the facts of that case in *Noor Mohamed v. The King*³⁸ as follows:

It is right to add, however, that in all such cases the judge ought to consider whether the evidence which it is proposed to adduce is sufficiently substantial, having regard to the purpose to which it is profes-

des objets le démontre; en d'autres termes: la connaissance par l'accusé est un fait, l'endroit où l'on a trouvé les objets est un fait. Si l'accusé fait ou dit quelque chose qui indique qu'il savait où se trouvent les objets et que leur découverte le confirme, le fait qu'il le savait est alors établi. Par contre, il n'est pas permis de prouver que l'accusé a dit qu'il a mis les objets à l'endroit où on les a trouvés, puisque leur découverte ne confirme pas cette déclaration. Leur découverte est également conciliable avec la possibilité pour l'accusé, d'avoir su que quelqu'un d'autre a pu les mettre à l'endroit où on les a trouvés.

Après avoir énoncé le principe, le Juge en chef McRuer a étudié la preuve en détail et écarté la déclaration, incluse dans la confession, que l'accusé avait jeté l'objet des recherches de l'autre côté de la clôture, à l'endroit où on l'a trouvé. Il a limité la preuve à la découverte.

Dans la présente affaire, bien que l'on puisse être porté à déduire que le fait de savoir que la carabine se trouvait dans cette cachette reculée et qu'elle était brisée, de même que le fait d'indiquer cet endroit aux policiers, confirment l'aveu de l'accusé que c'est lui qui l'a jetée où on l'a trouvée, je suis d'avis de suivre l'arrêt rendu dans l'affaire *St. Lawrence* et de limiter la preuve à la découverte faite d'après les indications de l'accusé.

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

LE JUGE HALL (*dissident*)—Sauf ce que je dirai plus loin au sujet de *Rex v. St. Lawrence*³⁷, je souscris aux motifs du Juge en chef Cartwright et je rejeterais le pourvoi.

Il faut admettre que le juge de première instance possède, de droit, dans une certaine mesure le pouvoir discrétionnaire d'écartier, dans certaines circonstances, une preuve recevable. Lord Du-Parcq énonce le principe, relativement aux faits de cette affaire-là, dans *Noor Mohamed v. The King*³⁸, de la façon suivante:

[TRADUCTION] Il convient d'ajouter toutefois que dans tous les cas de ce genre, le juge doit voir si la preuve que l'on veut présenter est assez concluante, par rapport au but visé ouvertement par sa pré-

³⁷ [1949], 93 C.C.C. 376, [1949] O.R. 215, 7 C.R. 464.

³⁸ [1949] A.C. 182 at 192.

³⁷ [1949], 93 C.C.C. 376, [1949] O.R. 215, 7 C.R. 464.

³⁸ [1949] A.C. 182 à 192.

sedly directed, to make it desirable in the interests of justice that it should be admitted. If, so far as that purpose is concerned, it can in the circumstances of the case have only trifling weight, the judge will be right to exclude it. To say this is not to confuse weight with admissibility. The distinction is plain, but cases must occur in which it would be unjust, to admit evidence of a character gravely prejudicial to the accused even though there may be some tenuous ground for holding it technically admissible. The decision must then be left to the discretion and the sense of fairness of the judge.

It was developed as to other circumstances in *Kuruma v. The Queen*³⁹, where Lord Goddard said:

... No doubt in a criminal case the judge always has a discretion to disallow evidence if the strict rules of admissibility would operate unfairly against an accused. This was emphasized in the case before this Board of *Noor Mohamed v. The King*, and in the recent case in the House of Lords, *Harris v. Director of Public Prosecutions*. If, for instance, some admission of some piece of evidence, e.g., a document, had been obtained from a defendant by a trick, no doubt the judge might properly rule it out. It was this discretion that lay at the root of the ruling of Lord Guthrie in *H.M. Advocate v. Turnbull*.

and in *Callis v. Gunn*⁴⁰, in which Lord Parker said:

That is dealing with admissibility in law, and as Lord Goddard, C.J. points out, and indeed as is well known, in every criminal case a judge has a discretion to disallow evidence, even if in law relevant and therefore admissible, if admissibility would operate unfairly against a defendant. I would add that in considering whether admissibility would operate unfairly against a defendant one would certainly consider whether it had been obtained in an oppressive manner by force or against the wishes of an accused person. That is the general principle.

and by Spence J. in *Colpitts v. The Queen*⁴¹. With respect, I am unable to accept the view that what was said by the distinguished jurists in

sentation, pour qu'il soit convenable de la recevoir dans l'intérêt de la justice. Le juge a raison de la rejeter, si sa valeur probante est insignifiante eu égard au but visé et aux circonstances de l'affaire. En disant cela, on ne confond pas la valeur probante avec la recevabilité. La distinction est évidente, mais des cas doivent cependant se présenter où il serait injuste d'accepter un élément de preuve de caractère fortement préjudiciable à l'accusé, bien qu'il puisse y avoir quelque faible raison de soutenir qu'il est recevable en soi. La décision doit alors être laissée à la discréption du juge et à son sens de la justice.

Le principe a été développé à l'égard d'autres circonstances dans *Kuruma v. The Queen*³⁹, où Lord Goddard dit:

[TRADUCTION] ... Il n'y a aucun doute que, dans une affaire criminelle, le juge a toujours le pouvoir discrétionnaire d'écartier une preuve lorsque l'application stricte des règles de recevabilité serait inéquitable envers l'accusé. Ce principe a été souligné ici dans l'affaire *Noor Mohamed* et, à la Chambre des Lords, dans une affaire récente, *Harris v. Director of Public Prosecutions*. Si, par exemple, la réception d'un élément de preuve quelconque, d'un document—mettons—, avait été obtenue du défendeur par supercherie, il n'y a pas de doute que le juge pourrait à bon droit l'écartier. C'est ce pouvoir discrétionnaire qui est le fondement de la décision de Lord Guthrie dans *H.M. Advocate v. Turnbull*.

et dans *Callis v. Gunn*⁴⁰, où Lord Parker dit:

[TRADUCTION] Ce qui précède porte sur la recevabilité en droit, et, comme le Lord Juge en chef Goddard le souligne et comme en vérité il est bien reconnu, dans toute affaire criminelle, le juge a le pouvoir discrétionnaire d'écartier une preuve, même pertinente en droit et donc recevable, si la recevoir devait être inéquitable envers l'accusé. J'ajouterais qu'en déterminant si la recevoir devait être inéquitable envers l'accusé, on doit certainement s'arrêter à la question de savoir si cette preuve a été obtenue de façon oppressive, par la force ou contre le gré de l'accusé. Voilà le principe général.

et par le Juge Spence dans *Colpitts c. La Reine*⁴¹. En toute déférence, je ne puis admettre le point de vue selon lequel les déclarations de ces émi-

³⁹ [1955] A.C. 197.

⁴⁰ [1964] 1 Q.B. 495.

⁴¹ [1965] S.C.R. 739 at 749, [1966] 1 C.C.C. 146, 52 D.L.R. (2d) 416.

³⁹ [1955] A.C. 197.

⁴⁰ [1964] 1 Q.B. 495.

⁴¹ [1965] R.C.S. 739 à 749, [1966] 1 C.C.C. 146, 52 D.L.R. (2d) 416.

the foregoing quotations was *obiter*. Each was recognizing in his own way relative to the facts of the particular case a facet of the centuries-old broad principle developed in the administration of British criminal justice that an accused has a constitutional right to a fair trial.

This being so, what standard is available to courts of appeal to measure the degree of discretion to be lawfully exercised in any given case other than that the discretion be exercised judicially? That is the only test applied in respect of statements admitted or rejected after a *voir dire* however damaging they may be to an accused or however their exclusion may benefit an accused.

Are courts of appeal going to claim an unlimited discretion to interfere with the discretion lawfully possessed and judicially applied by trial judges and is this Court going to claim an ultimate discretion to weigh and, if necessary, find wanting that measure of discretion which reposes initially in the trial judge or in the Court of Appeal?

Are we to set up some standard by which the discretion of the trial judge is to be weighed on some imaginary scale calibrated to meet the circumstances of each individual case? Surely the established rule is that if the discretion has been judicially exercised by the trial judge, it is not subject to review or to being weighed on appeal. It is a rule of very general application in civil as well as in criminal matters and ought not to be breached because in a particular instance it may have contributed to a result which an appeal court considers undesirable.

Other parts of Wray's statement were much more damaging to him than the portion relating to the finding of the rifle taken by itself, but the jurisdiction of the learned trial judge to exclude the statement because it was not a voluntary one is unchallengeable. The rifle was admissible in evidence as an exhibit apart altogether from the statement because the ballistic expert testified that it was from that rifle that the bullet which killed Donald Comrie came. No part of the

nents juristes dans les citations ci-dessus sont des *obiter dicta*. Chacun de ces juristes y a reconnu à sa manière, selon les circonstances de chaque affaire, un aspect du grand principe plusieurs fois centenaire, élaboré dans l'application de la justice criminelle anglaise, qui reconnaît à l'accusé le droit fondamental à un procès équitable.

Puisqu'il en est ainsi, de quel critère disposent les cours d'appel pour apprécier l'étendue du pouvoir discrétionnaire à exercer légalement dans une affaire donnée, si ce n'est que ce pouvoir doit être exercé judiciairement? C'est le seul critère qui s'applique aux déclarations reçues ou écartées après *voir dire* quel que soit le préjudice qu'en souffre l'accusé ou l'avantage qu'il retire de leur exclusion.

Les cours d'appel vont-elles prétendre posséder un pouvoir discrétionnaire absolu de contrôler celui que les juges de première instance possèdent légalement et exercent judiciairement et cette Cour va-t-elle prétendre posséder un pouvoir de dernier ressort de peser, et le cas échéant, de trouver insuffisante l'étendue de ce pouvoir qui appartient d'abord au juge de première instance ou à la Cour d'appel?

Allons-nous établir un barème d'appréciation permettant d'évaluer l'étendue du pouvoir discrétionnaire du juge de première instance en fonction d'une échelle imaginaire calibrée pour répondre aux circonstances de chaque affaire? D'après la règle établie, si le juge de première instance a exercé judiciairement son pouvoir discrétionnaire, l'exercice n'en est sûrement pas sujet à appréciation ou révision en appel. C'est une règle d'application très générale en matière civile et criminelle et on ne doit pas y déroger parce que dans un cas particulier elle peut avoir entraîné des conséquences qu'une cour d'appel juge peu désirables.

La déclaration de Wray renferme d'autres passages qui lui sont beaucoup plus préjudiciables que le passage relatif à la découverte de la carabine considéré isolément, mais la compétence du juge de première instance d'écartier la déclaration parce que cette dernière n'a pas été faite librement est incontestable. Abstraction faite de la déclaration, la carabine était recevable en preuve comme pièce parce que l'expert en ballistique a témoigné que la balle qui a causé le décès de

statement was, therefore, necessary to identify the rifle as the murder weapon. I express no opinion at this time on the acceptance of *St. Lawrence* as a definitive statement of the relevant law in Canada. The practice based on *St. Lawrence* of blotting out or cutting out portions of an accused's statement and of giving to the jury the statement edited and mutilated in this way is one which this Court in a proper case may wish to review.

SPENCE J. (*dissenting*)—I have had the opportunity of reading the reasons of Cartwright C.J.C. and also those of Judson J. and Hall J. As did Hall J., I have come to the conclusion that I agree with Cartwright C.J.C. I am of the opinion, however, that I should add some short remarks.

As the Chief Justice pointed out, Aylesworth J.A., in giving judgment for the Court of Appeal for Ontario⁴² dismissing the appeal of the Crown to that Court, assigned not only one but a second reason for the exercise of the discretion by the learned trial judge in refusing to permit the evidence as to the accused's indication of the place where the weapon could be found saying:

In our view, a trial judge has a discretion to reject evidence, even of considerable weight, if he considers that its admission would be unjust or unfair to the accused or calculated to bring the administration of justice into disrepute, . . .

(The underlining is my own.)

I am most strongly of the opinion that it is the duty of every judge to guard against bringing the administration of justice into disrepute. That is a duty which lies upon him constantly and that is a duty which he must always keep firmly in mind. The proper discharge of this duty is one which, in the present day of almost riotous disregard for the administration of justice, is of paramount importance to the continued life of the state.

In the present case, the confession or statement of the accused and also the information given by the accused as to where the weapon

Donald Comrie en provenait. Aucun passage de la déclaration n'était donc indispensable pour identifier la carabine comme l'arme meurtrière. Pour l'instant, je n'exprime aucun avis sur l'acceptation de l'arrêt *St. Lawrence* comme énoncé définitif du droit canadien sur ce point. Cette Cour voudra peut-être réviser, si l'occasion s'en présente, l'usage fondé sur l'arrêt *St. Lawrence* de masquer ou retrancher des passages d'une déclaration de l'accusé et de présenter au jury une déclaration ainsi modifiée et mutilée.

LE JUGE SPENCE (*dissident*)—J'ai eu l'avantage de lire les motifs du Juge en chef Cartwright de même que ceux des Juges Judson et Hall. Comme le Juge Hall, je partage l'avis du Juge en chef Cartwright. J'estime cependant devoir ajouter quelques brefs commentaires.

Ainsi que l'a souligné le Juge en chef, le Juge d'appel Aylesworth, en rendant l'arrêt de la Cour d'appel d'Ontario⁴² qui rejette l'appel du ministère public, a attribué non pas à un seul, mais à deux motifs l'exercice par le savant juge de première instance du pouvoir d'écartier la preuve que l'accusé a indiqué où se trouvait l'arme, en disant:

[TRADUCTION] A notre avis, le juge de première instance a le pouvoir discrétionnaire d'écartier une preuve, même fort probante, s'il considère que la recevoir serait injuste ou inéquitable envers l'accusé ou de nature à discréditer l'administration de la justice.

(Le souligné est de moi).

Je suis très nettement d'avis qu'il est du devoir de tout juge d'éviter de discréditer l'administration de la justice. C'est un devoir qui lui incombe constamment et qu'il doit toujours avoir présent à l'esprit. L'accomplissement de ce devoir est, aujourd'hui où le mépris de l'administration de la justice frise la sédition, de toute première importance pour la survie de l'État.

Dans la présente affaire, comme le souligne le Juge d'appel Aylesworth, la confession ou déclaration de l'accusé et les renseignements qu'il

could be found, as Aylesworth J.A. pointed out, were procured by trickery, duress and improper inducements and they were clearly inadmissible. Moreover, as the Chief Justice of this Court has indicated in his reasons the purpose of exercise of such trickery was stated by the Inspector of the Provincial Police to avoid taking a chance that the accused, as the result of speaking to his lawyer, would not take the police to the place where the gun was found.

Under these circumstances, I am in agreement with the Chief Justice when he characterized the description of the situation by the Court of Appeal as not any overstatement.

I am of the opinion that were the trial judge to have, as he very properly did, excluded as inadmissible the statement of the accused and yet have permitted the Crown to have adduced all the evidence as to the accused's accompanying the police officers and pointing out to them the place where the weapon had been thrown away, in accordance with the information which he had given to them in the excluding statement, it would not only have brought the administration of justice into disrepute but it would have been a startling disregard of the principle of British criminal law, *nemo tenetur seipsum accusare*. Surely no authority need be stated to establish that as the most basic principle in our criminal law.

For these reasons, therefore, I also would dismiss the appeal.

Appeal allowed, CARTWRIGHT C.J. and HALL and SPENCE JJ. dissenting.

Solicitor for the appellant: The Attorney General for Ontario, Toronto.

Solicitor for the respondent: R. J. Carter, Toronto.

a fournis sur l'endroit où se trouvait l'arme ont été obtenus par supercherie, contrainte et promesses irrégulières, et sont nettement irrecevables. De plus, ainsi que l'a indiqué le Juge en chef de cette Cour dans ses motifs de jugement, l'inspecteur de la police provinciale a déclaré que le recours à cette supercherie avait pour objet d'éviter le risque que l'accusé, par suite d'un entretien avec son avocat, refuse de conduire les policiers à l'endroit où se trouvait la carabine.

Dans ces circonstances, je suis d'accord avec le Juge en chef qui estime que la description de la situation faite par la Cour d'appel n'est aucunement exagérée.

Je suis d'avis que si le juge de première instance après avoir écarté comme irrecevable la déclaration de l'accusé, ainsi qu'il l'a fait à bon droit, avait néanmoins permis au ministère public de présenter toute la preuve du fait que l'accusé a accompagné les agents de police et leur a indiqué l'endroit où l'arme avait été jetée, conformément aux renseignements fournis dans la déclaration écartée, il aurait non seulement jeté du discrédit sur l'administration de la justice, mais il aurait manifesté un singulier mépris pour le principe de droit pénal anglais *nemo tenetur seipsum accusare*. Il n'est certes pas nécessaire d'invoquer aucune autorité à l'appui du principe le plus fondamental de notre droit pénal.

Pour ces motifs, je rejetteais donc le pourvoi.

Appel accueilli, le JUGE EN CHEF CARTWRIGHT et les JUGES HALL et SPENCE étant dissidents.

Procureur de l'appelante: Le Procureur Général d'Ontario, Toronto.

Procureur de l'intimé: R. J. Carter, Toronto.