

Robert Rothman *Appellant;*

and

Her Majesty The Queen *Respondent.*

1980: May 5; 1981: March 2.

Present: Laskin C.J. and Martland, Ritchie, Dickson, Beetz, Estey, McIntyre, Chouinard and Lamer JJ.

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

Criminal law — Admissibility of confession — Whether disguised police officer a "person in authority" — Whether confession voluntary — Voir dire.

The appellant was charged with possession of cannabis resin for the purpose of trafficking. The issue before the Court concerns the admissibility of a confession which the Crown sought to put in evidence at trial. The appellant was arrested, given a police warning and prior to being lodged in a cell, was asked if he would give a statement, and he declined to do so. Hours later, a constable acting in an undercover capacity was placed in the same cell in order to obtain information from the appellant. He did not identify himself as a police officer and the appellant did not appear to recognize him as such. The officer told the appellant he was a truck driver, detained for a traffic violation. During a conversation the appellant made a statement to the officer which the Crown attempted to introduce in evidence.

After a *voir dire*, the trial judge ruled that in the circumstances the undercover policeman was a "person in authority", that the statement had been improperly elicited, and was therefore inadmissible.

A majority of the Court of Appeal disagreed with the trial judge and ordered a new trial.

Held (Laskin C.J. and Estey J. dissenting): The appeal should be dismissed.

Per Martland, Ritchie, Dickson, Beetz, McIntyre and Chouinard JJ.: This case should be decided in the context of the special rules which have evolved in respect of evidence which has been obtained by way of a confession. The principle applicable is that no statement made by an accused person to a person in authority is admissible in evidence against him unless it is shown by the prosecution to have been a voluntary statement in the sense that it has not been obtained from him either by fear of prejudice or hope of advantage exercised or held out by a person in authority.

Robert Rothman *Appellant;*

et

Sa Majesté La Reine *Intimée.*

1980: 5 mai; 1981: 2 mars.

Présents: Le juge en chef Laskin et les juges Martland, Ritchie, Dickson, Beetz, Estey, McIntyre, Chouinard et Lamer.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DE L'ONTARIO

Droit criminel — Recevabilité d'une confession — Un policier déguisé est-il une «personne ayant autorité»? — La confession est-elle volontaire? — Voir dire.

L'appelant a été accusé de possession de résine de cannabis pour en faire le trafic. La question en litige porte sur la recevabilité d'une confession que la poursuite a cherché à mettre en preuve au procès. L'appelant a été mis en état d'arrestation, a reçu une mise en garde et avant d'être envoyé en cellule, on lui a demandé s'il voulait faire une déclaration, ce qu'il a refusé de faire. Quelques heures plus tard, un policier agissant en qualité d'agent double a été placé dans la même cellule en vue d'obtenir des renseignements de l'appelant. Il ne s'est pas identifié comme agent de police et l'appelant ne paraît pas l'avoir considéré comme tel. Le policier a dit à l'appelant qu'il était un conducteur de camion et qu'il était en prison à cause d'une contravention aux règles de la circulation. Au cours de la conversation, l'appelant a fait au policier une déclaration que la poursuite a tenté de produire en preuve.

Après un *voir dire*, le juge du procès a statué que compte tenu des circonstances, l'agent double était une «personne ayant autorité», que la déclaration a été incorrectement obtenue et qu'elle était irrecevable.

La Cour d'appel à la majorité a infirmé la décision du juge du procès et a ordonné un nouveau procès.

Arrêt (Le juge en chef Laskin et le juge Estey sont dissidents): Le pourvoi est rejeté.

Les juges Martland, Ritchie, Dickson, Beetz, McIntyre et Chouinard: Il faut trancher la présente affaire dans le contexte des règles spéciales qui se sont élaborées relativement à la preuve obtenue au moyen d'une confession. Le principe applicable est qu'aucune déclaration faite par un accusé à une personne ayant autorité n'est recevable contre lui à titre de preuve, à moins que l'accusation ne prouve qu'il s'agit d'une déclaration volontaire, c.-à-d. qui n'a pas été obtenue par crainte d'un préjudice ou dans l'espérance d'un avantage dispensé ou promis par une personne ayant autorité.

The first issue is whether the constable was a "person in authority". Both parties agreed that the test to be applied is a subjective test, *i.e.* did the appellant, when he made his statement, believe that the constable was a person in authority. There is no evidence whatever that the appellant believed the constable to be a person in authority. The confession is therefore in the same position as if it had been made to someone other than a police officer and it was an error of law to refuse to receive it. The privilege against self incrimination is not relevant in the circumstances of this case, for there was no attempt by anyone to compel the appellant to make the disclosure which he did make.

The second issue is whether the confession, even on the assumption that the constable was a person in authority, was voluntary. Confessions can be excluded, although there had been no fear of prejudice or hope of advantage held out by a person in authority, where there exists a reasonable doubt as to whether the confession in question was "the utterance of an operating mind". There is no allegation here that the mind of the accused was affected by the actions of the police officer. His statement was made freely and it was volunteered by him.

Per Lamer J.: The confession rule is predicated upon a rule of law and one of prudence: the right for an accused not to be compelled as a witness at his trial, and the protection of the criminal justice system.

The rules regarding the admissibility of statements by an accused to persons in authority may be enunciated in the following manner:

1. A statement is inadmissible unless the judge is satisfied beyond a reasonable doubt that nothing said or done by any person in authority could have induced the accused to make a statement which was or might be untrue;

2. A statement, though elicited under circumstances which would not render it inadmissible, shall nevertheless be excluded if its use in the proceedings would, as a result of what was said or done by any person in authority in eliciting the statement, bring the administration of justice into disrepute.

That second portion of the rule is not a true discretion. There first must be a clear connection between the obtaining of the statement and the conduct; furthermore that conduct must be so shocking as to justify the judicial branch of the criminal justice system in feeling that, short of disassociating itself from such conduct through rejection of the statement, its reputation and, as a result, that of the whole criminal justice system, would be brought into disrepute. The authorities, in dealing with shrewd and often sophisticated criminals, must

Il faut d'abord décider si le policier était une «personne ayant autorité». Les deux parties ont reconnu qu'il faut appliquer un critère subjectif, savoir, lorsqu'il a fait sa déclaration, l'appelant croyait-il que le policier était une personne ayant autorité? Absolument aucune preuve n'indique que l'appelant croyait que le policier était une personne ayant autorité. Il s'agit donc d'une confession comme celle qui aurait été faite à une personne autre qu'un agent de police et c'était une erreur de la déclarer irrecevable. Le privilège contre l'auto-incrimination ne s'applique pas dans les circonstances de l'espèce puisque nul n'a tenté de contraindre l'appelant à faire une divulgation.

La seconde question est de savoir si la confession était volontaire même en prenant pour acquis que le policier était une personne ayant autorité. Les confessions peuvent être irrecevables, malgré l'absence de la crainte d'un préjudice ou de l'espoir d'un avantage promis par une personne ayant autorité, en raison d'un doute raisonnable quant à savoir si la confession en question était «des propos d'un esprit totalement conscient». On ne prétend pas que l'esprit de l'accusé ait été troublé par le comportement de l'agent de police. Sa déclaration a été faite librement et volontairement.

Le juge Lamer: La règle de la confession découle d'une règle de droit et d'une règle de prudence: le droit pour l'accusé de ne pas être contraint à témoigner à son procès, et la protection du système de justice pénale.

Les règles concernant la recevabilité des déclarations que fait un accusé à des personnes ayant autorité peuvent être énoncées de la façon suivante:

1. Une déclaration est irrecevable à moins que le juge soit convaincu hors de tout doute raisonnable qu'aucune personne ayant autorité n'a fait ou dit quoi que ce soit qui ait pu inciter l'accusé à faire une déclaration qui soit ou puisse être fausse;

2. Une déclaration, même si elle a été obtenue dans des circonstances qui ne la rendent pas irrecevable, doit néanmoins être exclue si, par suite de ce qu'aurait pu dire ou faire une personne ayant autorité dans le but d'obtenir la déclaration, l'utilisation qu'on en ferait dans l'instance ternirait l'image de la justice.

La seconde partie de la règle ne confère pas un véritable pouvoir discrétionnaire. Il doit y avoir d'abord un lien étroit entre l'obtention de la déclaration et la conduite; en outre, cette conduite doit être si indigne que la magistrature qui administre la justice pénale soit justifiée de croire que, à moins de se dissocier de cette conduite en rejetant la déclaration, sa réputation et, par conséquent, celle de tout le système judiciaire, sera ternie. Les autorités, qui ont affaire à des criminels rusés et souvent sophistiqués, doivent parfois user d'artifices et

sometimes for necessity resort to tricks or other means of deceit and should not through the rule be hampered in their work. What should be repressed vigorously is conduct on their part that shocks the community. But pretending, as in this case, to be a truck driver to secure the conviction of a trafficker would not shock the community.

Per Laskin C.J. and Estey J., dissenting: The basic reason for the exclusionary confession rule is a concern for the integrity of the criminal justice system. The support and respect of the community for that system can only be maintained if persons in authority conduct themselves in a way that does not bring the administration of justice into disrepute. In the realm of confessions, this standard of conduct is reflected in the requirement that an accused's statement be given "voluntarily".

Where the speaker has, as here, already refused to give a statement to the authorities, the test of voluntariness must include an appreciation of the circumstances in which the statement is made, including an awareness that his statement is being "volunteered" to a person in authority. To apply the rule otherwise in a case such as this one would not merely permit but would encourage the deliberate circumvention by the authority of the accused's announced exercise of his right not to give a statement to the authorities. Here the accused had taken the position he did not wish to give a statement to the police. The police then, by a ruse, subverted that wish and thus the accused made his statement after he thought he had established that he was not, in fact, talking to a person in authority. Such a determined subversion by the police of an expressed right to refuse to make any statement brings the administration of justice into disrepute. Accordingly, such a statement given in these circumstances cannot get over the hurdle of the exclusionary rule.

[*Ibrahim v. The King*, [1914] A.C. 599; *Boudreau v. The King*, [1949] S.C.R. 262; *R. v. Fitton*, [1956] S.C.R. 958, revising [1956] O.R. 696; *Marcoux and Solomon v. The Queen*, [1976] 1 S.C.R. 763; *Piché v. The Queen*, [1971] S.C.R. 23; *Ward v. The Queen*, [1979] 2 S.C.R. 30; *Horvath v. The Queen*, [1979] 2 S.C.R. 376; *Nagotcha v. The Queen*, [1980] 1 S.C.R. 714; *Alward and Mooney v. The Queen*, [1978] 1 S.C.R. 559; *R. v. McLeod* (1968), 5 C.R.N.S. 101.]

APPEAL from a judgment of the Court of Appeal for Ontario¹, allowing the appeal by the

d'autres formes de supercherie et ne devraient pas être entravées dans leur travail par l'application de la règle. Ce qu'il faut réprimer avec vigueur, c'est, de leur part, une conduite qui choque la collectivité. Mais se prétendre, comme en l'espèce, conducteur de camion pour obtenir la condamnation d'un trafiquant ne choquerait pas la collectivité.

Le juge en chef Laskin et le juge Estey, dissidents: La préoccupation à l'égard de l'intégrité du système de justice pénale est la raison fondamentale de la règle de l'exclusion des confessions. L'appui et le respect de la collectivité à l'égard de ce système ne peut se conserver que si les personnes ayant autorité se conduisent de façon à ne pas ternir l'image de la justice. Dans le domaine des confessions, cette norme de conduite se manifeste dans l'exigence que la déclaration de l'accusé soit faite «volontairement».

Lorsque la personne qui fait une déclaration a déjà, comme en l'espèce, refusé de faire une déclaration aux autorités, l'examen du caractère volontaire doit comprendre une appréciation des conditions dans lesquelles la déclaration est faite, y compris une conscience que sa déclaration est offerte «spontanément» à une personne ayant autorité. Appliquer la règle d'une autre façon, dans un cas comme celui en l'espèce, ne permettrait pas simplement à l'autorité de se soustraire intentionnellement à l'exercice, que l'accusé a exprimé, de son droit de ne faire aucune déclaration à l'autorité, mais encouragerait l'autorité à le faire. Ici, l'accusé avait pris la position suivant laquelle il ne voulait pas faire de déclaration à la police. Au moyen d'une ruse, la police a alors contrecarré son désir et ainsi l'accusé a fait sa déclaration après qu'il eut cru s'être assuré qu'il ne parlait pas, en fait, à une personne ayant autorité. Ce renversement volontaire, par la police, du droit formel de refuser de faire une déclaration ternit l'image de la justice. Par conséquent, une déclaration faite dans ces conditions ne peut surmonter l'obstacle de la règle d'exclusion.

[*Ibrahim v. The King*, [1914] A.C. 599; *Boudreau c. Le Roi*, [1949] R.C.S. 262; *R. c. Fitton*, [1956] R.C.S. 958, infirmant [1956] O.R. 696; *Marcoux et Solomon c. La Reine*, [1976] 1 R.C.S. 763; *Piché c. La Reine*, [1971] R.C.S. 23; *Ward c. La Reine*, [1979] 2 R.C.S. 30; *Horvath c. La Reine*, [1979] 2 R.C.S. 376; *Nagotcha c. La Reine*, [1980] 1 R.C.S. 714; *Alward et Mooney c. La Reine*, [1978] 1 R.C.S. 559; *R. v. McLeod* (1968), 5 C.R.N.S. 101.]

POURVOI à l'encontre d'un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario¹, qui a accueilli l'appel, par la

¹ (1978), 42 C.C.C. (2d) 377.

(1978), 42 C.C.C. (2d) 377.

Crown from an acquittal and ordering a new trial. Appeal dismissed, Laskin C.J. and Estey J. dissenting.

Scott T. Milloy, for the appellant.

E. G. Ewaschuk, Q.C., and *J. A. Pethes*, for the respondent.

The reasons of Laskin C.J. and Estey J. were delivered by

ESTEY J. (dissenting)—I have had the benefit of reading judgments proposed by my colleagues Martland and Lamer JJ. but for reasons which I will attempt to set out shortly, I have, with respect, reached the opposite conclusion and therefore I would propose that the appeal be allowed, the order of the Court of Appeal set aside and the acquittal in the trial court restored. The facts having been set out by my colleagues, I can largely confine my remarks to an explanation of how I have reached the conclusion I propose.

This appeal raises a question as to the admissibility of a statement made by an accused to a person in authority. The statement was obtained in circumstances outlined in the statement of facts in the appellant's factum to which the respondent agreed:

3. The Respondent [accused] was given a police warning and was then conveyed to the Ottawa City Police Station at 60 Waller Street along with Bonner and Hrehoriak. Prior to being lodged in a cell, Constable Gervais asked the Respondent if he was willing to give a statement but he declined to do so. The Respondent was later removed from the cell, charged with possession of hashish for the purposes of trafficking and returned to the same cell.

On the next day the police obtained a statement and again the circumstances in which it was obtained are described in the appellant's statement of facts, accepted by the respondent:

4. On November 10, 1976 at approximately 1:00 a.m., Constable McKnight, a member of the Ottawa City Police Force acting in an undercover capacity, was placed in an 8' x 8' cell at the Ottawa City Police Station occupied by the Respondent alone. Constable McKnight was placed in the cell on the instructions of Constable Gervais, the investigating officer, in order to obtain information from the Respondent concern-

poursuite, d'un verdict d'acquittement et a ordonné un nouveau procès. Pourvoi rejeté, le juge en chef Laskin et le juge Estey étant dissidents.

Scott T. Milloy, pour l'appelant.

E. G. Ewaschuk, c.r., et *J. A. Pethes*, pour l'intimée.

Version française des motifs du juge en chef Laskin et du juge Estey rendus par

LE JUGE ESTEY (dissident)—J'ai eu l'avantage de lire les motifs de jugement qu'ont préparés mes collègues les juges Martland et Lamer, mais pour des motifs que je vais tenter d'exposer brièvement, je suis arrivé, avec égards, à une conclusion différente et je suis par conséquent d'avis d'accueillir le pourvoi, d'infirmer larrêt de la Cour d'appel et de rétablir l'acquittement ordonné au procès. Mes collègues ayant exposé les faits, je puis me limiter en grande partie à expliquer les motifs de la conclusion que je propose.

Ce pourvoi soulève la question de la recevabilité d'une déclaration qu'a faite un accusé à une personne ayant autorité. La déclaration a été obtenue dans les circonstances décrites à l'exposé des faits du mémoire de l'appelant, auquel l'intimée souscrit:

[TRADUCTION] 3. L'intimé [accusé] a reçu une mise en garde puis a été amené, avec Bonner et Hrehoriak au poste de la police municipale d'Ottawa au 60, rue Waller. Avant de l'envoyer en cellule, l'agent Gervais a demandé à l'intimé s'il désirait faire une déclaration, mais ce dernier a refusé. Plus tard l'intimé a été amené hors de sa cellule, inculpé de possession de hachisch pour en faire le trafic et renvoyé à la même cellule.

Le lendemain, la police a obtenu une déclaration, et les circonstances dans lesquelles elle a été obtenue sont décrites à l'exposé des faits par l'appelant, auquel l'intimée a souscrit:

[TRADUCTION] 4. Le 10 novembre 1976, vers 1 h 00, l'agent McKnight de la police municipale d'Ottawa, agissant en qualité d'agent double, a été placé dans une cellule de huit pieds sur huit pieds, occupée par l'intimé seul, au poste de la police municipale d'Ottawa. L'agent McKnight a été placé dans la cellule conformément aux directives de l'agent Gervais, l'agent enquêteur, afin d'obtenir des détails de l'in-

ing the charge against him. . . At that time, Constable McKnight was unarmed, wore blue jeans, a blue jacket and brown boots, and had a four or five day growth of beard.

5. Upon entering the cell, the Respondent spoke first to Constable McKnight by saying that Constable McKnight "looked like a nark". Constable McKnight just laughed and the Respondent continued that he looked like a nark because of the way he was dressed. Constable McKnight explained that he was dressed like that because he had been fishing. The Respondent then asked Constable McKnight why he was in jail and he replied that it was because of a traffic ticket. . . During the conversation, Constable McKnight informed the Respondent that he was a truck driver from the Pembroke area and had been fishing so the Respondent would have the impression that he was not a nark and that he did not know much about drugs. Constable McKnight indicated that people in the Pembroke area were interested in drugs and that he would be interested in getting drugs; however, no deal was set up. The Respondent asked Constable McKnight when he would be getting out and he replied that a buddy would be coming down to pay the fine. . .

Therefore, it is not in dispute that the accused was unaware that he was speaking to an undercover policeman and that the policeman had deceived the accused by making false statements concerning his identity, including a denial that he was a police officer. In the result, the statement was given by the accused after his arrest, and after he had been given a warning by the police and had refused to give any statement to the police. In the face of this express election in the presence of a uniformed policeman by the accused to remain silent, the police then employed a trick and lies to obtain the statement now in issue. There is no question that when the accused announced his unwillingness to give a statement, he was aware that he was communicating his decision to remain silent to a person in authority, namely a police officer. The question is, therefore, whether or not a statement obtained thereafter by the police from the accused in these circumstances is admissible within the confession rules.

The terms "confession" and "admission" have caused considerable confusion in the law of evidence and in the criminal law generally for the

timé concernant l'inculpation contre lui. . . A ce moment-là, l'agent McKnight n'était pas armé; il portait un blue-jean, une veste bleue et des bottes brunes et avait une barbe de quatre à cinq jours.

5. L'intimé s'est adressé à l'agent McKnight dès son entrée dans la cellule en disant que ce dernier «ressemblait à un mouchard». L'agent McKnight a ri et l'intimé a ajouté qu'il ressemblait à un mouchard en raison de son habillement. L'agent McKnight a expliqué qu'il était habillé ainsi parce qu'il était allé pêcher. L'intimé a alors demandé à l'agent McKnight pourquoi il était en prison et ce dernier a répondu que c'était à cause d'une contravention aux règles de la circulation. . . Au cours de la conversation, l'agent McKnight a informé l'intimé qu'il était un conducteur de camion de la région de Pembroke et qu'il était allé à la pêche de sorte que l'intimé ait l'impression qu'il n'était pas un mouchard et qu'il ne s'y connaissait pas vraiment en stupéfiants. L'agent McKnight a fait observer que des gens de la région de Pembroke s'intéressaient aux stupéfiants et qu'il aimerait en obtenir; toutefois, aucun marché n'a été conclu. L'intimé a demandé à l'agent McKnight quand il serait libéré et il a répondu qu'un copain viendrait payer l'amende. . .

Par conséquent, on ne conteste pas que l'accusé ne savait pas qu'il parlait à un agent double, et que le policier l'a trompé en faisant une fausse déclaration quant à son identité et en niant être un policier. En conséquence, l'accusé a fait une déclaration après son arrestation, et après avoir reçu une mise en garde de la police et avoir refusé de faire une déclaration à la police. Devant ce choix formel de l'accusé, en présence d'un policier en uniforme, de garder le silence, la police a employé la supercherie et le mensonge pour obtenir la déclaration maintenant en litige. Il est évident que lorsque l'accusé a annoncé son refus de faire une déclaration, il savait qu'il faisait partie de sa décision de garder le silence à une personne ayant autorité, soit à un policier. La question est donc de savoir si une déclaration que la police a obtenue par la suite de l'accusé, dans les circonstances, est recevable suivant les règles de la confession.

Les termes «confession» et «aveu» ont semé une grande confusion en droit de la preuve et en droit pénal en général depuis deux siècles. Nous n'avons

past two centuries. We have not consistently defined "a confession" in precise terms nor has it been related to the other term "an admission". Indeed the words are sometimes used interchangeably. Sometimes it would appear that a confession is but one species of an admission. Wigmore says that in earlier times a confession was:

... an acknowledgement in express words by the accused in a criminal case of the truth of the guilty fact charged or some essential part of it.

³ Wigmore, *Evidence* (1970), paragraph 821.

An admission is by that learned author defined as a statement "made out of court by a party-opponent": ⁴ Wigmore, *supra*, paragraph 1048. Some authors in earlier times went further and used "confession" to describe a statement which admits the guilt of the accused completely as charged and opined that anything short of that is included in the term "admission". This of course led to considerable confusion as to the application of the strict admissibility rules as they developed for confessions. In those times a distinction was made in defining a confession between exculpatory and inculpatory statements. For our purposes this distinction came to an end in the statement of Hall J. in *Piché v. The Queen*² at p. 36:

In my view the time is opportune for this Court to say that the admission in evidence of all statements made by an accused to persons in authority, whether inculpatory or exculpatory, is governed by the same rule and thus put to an end the continuing controversy and necessary evaluation by trial judges of every such statement which the Crown proposes to use in chief or on cross-examination as either being inculpatory or exculpatory.

The distinction between these terms, "confession" and "admission", was also discussed in *Commissioners of Customs and Excise v. Harz et al.*³ where Lord Reid, at pp. 817-8 stated:

Then it was argued that there is a difference between confessions and admissions which fall short of a full confession. A difference of that kind appears to be recognised in some other countries. In India and Ceylon

pas toujours défini «une confession» en termes précis, ni établi le rapport entre ce terme et l'autre terme «aveu». De fait, on emploie parfois ces mots indifféremment l'un pour l'autre. Une confession paraît parfois n'être qu'une sorte d'aveu. Wigmore affirme qu'une confession était autrefois:

[TRADUCTION] ... une reconnaissance en termes formels, par l'inculpé dans une affaire criminelle, de l'exac-titude du fait coupable reproché ou d'une partie essen-tielle de celui-ci.

³ Wigmore, *Evidence* (1970), paragraphe 821.

Selon ce savant auteur, un aveu se définit comme une déclaration [TRADUCTION] «faite hors de cour par une partie opposée»: ⁴ Wigmore, précité, paragraphe 1048. Quelques auteurs anciens sont allés plus loin et ont employé le mot «confession» pour décrire une déclaration qui admet la culpabilité absolue de l'accusé, et ont émis l'avis que le terme «aveu» comprend tout ce qui est en deçà. Bien sûr, cela a mené à une grande confusion quant à l'application des règles strictes de recevabilité qui s'établissaient pour les confessions. La définition d'une confession faisait alors une distinction entre les déclarations justificatives et les déclarations incriminantes. Pour nous, cette distinction a pris fin avec la déclaration du juge Hall dans l'arrêt *Piché c. La Reine*² à la p. 36:

A mon avis, c'est l'occasion propice pour cette Cour de dire que la recevabilité, à titre de preuve, de toutes les déclarations d'un inculpé à des personnes ayant autorité, que ces déclarations soient incriminantes ou justificatives, est soumise à la même règle, et de mettre fin de la sorte à une controverse continue et à l'obligation pour les juges de première instance de déterminer si chacune des déclarations que le ministère public veut utiliser, soit lors de l'interrogatoire, soit lors du contre-interrogatoire, est incriminante ou justificative.

La distinction entre ces termes, «confession» et «aveu», a aussi été examinée dans *Commissioners of Customs and Excise v. Harz et al.*³, dans laquelle lord Reid dit, aux pp. 817 et 818:

[TRADUCTION] On a alors prétendu qu'il y a une différence entre les confessions et les aveux qui ne constituent pas une confession complète. Une telle diffé-rence paraît être admise dans certains autres pays. En

² [1971] S.C.R. 23.

³ [1967] 1 A.C. 760 (H.L.).

² [1971] R.C.S. 23.

³ [1967] 1 A.C. 760 (H.L.).

legislative enactments severely limit the admissibility of confessions, and the courts have construed these enactments as not preventing the admission in evidence of other incriminating statements obtained by fair means though not in the manner required for confessions. And for some reason not made clear in argument some such distinction appears to be recognised at least in some states in the United States. But there appears to be no English case for more than a century in which an admission induced by a threat or promise has been admitted in evidence where a full confession would have been excluded. If such a case had occurred since appeal to the Court of Criminal Appeal became possible I find it very difficult to believe that there would not have been an appeal. I can see no justification in principle for the distinction. In similar circumstances one man induced by a threat makes a full confession and another induced by the same threat makes one or more incriminating admissions. Unless the law is to be reduced to a mere collection of unrelated rules, I see no distinction between these cases.

The learned authors of *Phipson on Evidence* (12th ed., 1976) state at paragraph 671:

In criminal cases statements made out of court by an accused are similarly admissible against him though they are subject to special conditions of admissibility if made to a person in authority, and are then usually called "confessions".

Gradually, the law has developed so as to carve out of the general field of admissions those statements made by an accused to a person in authority; these are referred to as confessions and it is to these that special rules for admissibility at trial apply.

The rules of evidence in criminal law, and indeed in civil law, are all concerned with relevancy, reliability and fairness as well as other considerations such as the reasonable economy and efficiency of trial. The rules with reference to confessions have an additional element, namely the concern of the public for the integrity of the system of the administration of justice. If the reliability of an accused's statements were the only consideration in determining their admissibility the courts would not have adopted distinctive principles applicable only to statements to persons in

Inde et au Ceylan, des dispositions législatives restreignent strictement la recevabilité des confessions, et les tribunaux ont interprété ces dispositions de manière à ne pas exclure la recevabilité en preuve d'autres déclarations incriminantes obtenues par des moyens licites, même si ce n'est pas de la façon requise pour les confessions. Et pour une raison qui n'est pas évidente, une distinction de cette sorte paraît être reconnue au moins dans certains états des États-Unis. Mais il ne semble pas y avoir eu en Grande-Bretagne depuis plus d'un siècle de précédent où l'on ait admis comme preuve un aveu obtenu par menace ou promesse lorsqu'une confession complète aurait été écartée. Si cela s'était produit depuis qu'il est possible de faire appel devant la Court of Criminal Appeal, j'estime très difficile de croire qu'il n'y aurait pas eu appel. Rien ne justifie en principe cette distinction. Dans des circonstances semblables, une personne, sous l'influence d'une menace, fait une confession complète; une autre, sous l'influence de la même menace, fait un ou plusieurs aveux incriminants. Sous peine de réduire la loi à un simple ensemble de règles disparates, je ne vois pas de différence entre ces situations.

Les savants auteurs de *Phipson on Evidence* (12^e éd., 1976) énoncent au paragraphe 671:

[TRADUCTION] Dans les affaires criminelles, les déclarations que fait l'accusé hors de cour sont également recevables contre lui, même si elles sont assujetties à des conditions particulières si elles sont faites à une personne ayant autorité; elles sont alors habituellement appelées «confessions».

Graduellement, le droit a évolué de façon à séparer du domaine général des aveux les déclarations faites par un accusé à une personne ayant autorité: on parle alors de confessions, et c'est à elles que s'appliquent des règles particulières de recevabilité au procès.

Les règles de la preuve en droit pénal, et même en droit civil, portent toutes sur la pertinence, la véracité et l'impartialité, ainsi que sur d'autres préoccupations telles l'économie relative et l'efficacité du procès. Les règles relatives aux confessions ont un élément supplémentaire, soit la préoccupation du public pour l'intégrité du système de l'administration de la justice. Si la véracité des déclarations d'un accusé était le seul aspect à examiner pour établir leur recevabilité, les cours n'auraient pas adopté des principes applicables uniquement aux déclarations faites aux personnes ayant auto-

authority and not to statements against interest generally. Reliability cannot be the ticket for admission because statements may have enough of the appearance of reliability to ensure reference to the trier of fact but still have been excluded by the confession standard. In *Piché, supra*, the statement sought to be introduced by the Crown was one which was professedly false but which was sought to be introduced to contest the credibility of the accused. The statement was exculpatory in nature and the Crown was required to prove that such a prior inconsistent statement was voluntary. Cartwright C.J. stated at p. 26:

It appears to me to involve a strange method of reasoning to say that an involuntary statement harmful to the accused's defence shall be excluded because of the danger of its being untrue but that a harmful involuntary statement, of which there is not merely a danger of its being false but which the prosecution asserts to be false, should be admitted merely because, considered in isolation, it is on its face exculpatory.

The matter is carried further in an earlier discussion in this Court in *DeClercq v. The Queen*⁴ where Cartwright C.J., at p. 906, stated:

While the reason for the rule is said to be the danger that a confession, the making of which has been induced by threats or promises made by a person in authority, may well be untrue, it must now, I think, be regarded as settled that when an inquiry is held during the course of a trial as to the admissibility of an inculpatory statement sought to be introduced by the Crown, the question to be determined is whether or not the statement was voluntary and not whether or not it is true.

Martland J. added at p. 911:

... it is settled law that an inculpatory statement by an accused is not admissible against him unless it is voluntary, and ... the inquiry on a *voir dire* is directed to that issue, and not to the truth of the statement ...

Why then is the standard of 'voluntariness' and not 'truth' adopted by the law? Confessions have doubtless been suspect from the earliest times by those interested in the administration of justice. Torture and other forms of violence no doubt have brought about confessions, and the disallowance of their admissibility was perhaps one of the meas-

rité et non aux déclarations incriminantes en général. La véracité ne peut être le seul critère de recevabilité, parce que des déclarations peuvent paraître assez véridiques pour assurer que le juge des faits s'y réfère, et être quand même écartées suivant les normes de la confession. Dans l'affaire *Piché*, précitée, la déclaration que la poursuite voulait produire était ostensiblement fausse, mais on cherchait à la produire pour attaquer la crédibilité de l'accusée. La déclaration était de nature justificative et la poursuite devait établir que cette déclaration antérieure incompatible était volontaire. Le juge en chef Cartwright a dit à la p. 26:

A mon avis, c'est une étrange façon de raisonner que de prétendre qu'une déclaration extorquée et préjudiciable à la défense de l'accusé doit être écartée parce qu'elle risque d'être fausse, tandis qu'une déclaration extorquée et préjudiciable, qui non seulement risque d'être fausse mais que la poursuite tient pour fausse, doit être reçue tout simplement parce que, considérée isolément, elle est apparemment justificative.

Cette Cour avait déjà étudié cette question plus à fond auparavant dans l'arrêt *DeClercq c. La Reine*⁴ où le juge en chef Cartwright dit à la p. 906:

[TRADUCTION] Même si on dit que la raison d'être de cette règle est le danger que la confession, obtenue par des menaces ou des promesses faites par une personne ayant autorité, puisse être fausse, je crois qu'il faut maintenant tenir comme reconnu que lorsqu'on examine, au cours d'un procès, la recevabilité d'une déclaration incriminante que la poursuite veut produire, la question qu'il faut décider est de savoir si la déclaration a été faite volontairement, et non si elle est exacte.

Le juge Martland ajoute à la p. 911:

[TRADUCTION] ... il [est] reconnu en droit que la déclaration incriminante de l'accusé est irrecevable contre lui à moins qu'elle ait été faite volontairement, et ... la preuve sur le voir dire porte sur cette question, et non sur la véracité de la déclaration ...

Pourquoi alors la loi adopte-t-elle la règle du «caractère volontaire» et non la règle de la «véracité»? Il n'y a pas de doute que les personnes qui s'intéressent à l'administration de la justice se méfient depuis toujours des confessions. Il est certain que la torture et d'autres formes de violence ont amené des confessions, et le refus de les rece-

⁴ [1968] S.C.R. 902.

⁴ [1968] R.C.S. 902.

ures adopted to eliminate these practices. Many reasons come to mind at once for the rejection of such statements: the statement may be untrue; the statement might be incomplete; and the obtaining of such a statement infringes the accused's right to remain silent. It may be that the adoption and continuance of the confession rules are a deep-seated recognition by the courts of the need to apply, in the conduct of criminal trials, principles which will command the respect and hence the support of the public for the system of criminal justice. Certainly without such acceptance and support the system would not survive. Chief Justice Freedman discussed the presence of the exclusionary rule in our law in his learned article "Admissions and Confessions" reproduced in Salhany and Carter, *Studies in Canadian Criminal Evidence*, (1972), c. 4. He observed that the rejection of a confession brought about by threats and beatings would find its basis not in the rules concerning persons in authority but may arise out of "... the discretionary power to consider the broad question of public policy in the administration of criminal justice", (at p. 120). Earlier, at p. 99, the learned Chief Justice stated:

Undoubtedly, as already stated, the main reason for excluding them is the danger that they may be untrue. But there are other reasons, stoutly disclaimed by some judges, openly professed by others, and silently acknowledged by still others—the last perhaps being an instance of an "inarticulate major premise" playing its role in decision-making. These reasons, all of them, are rooted in history. They are touched with memories of torture and the rack, they are bound up with the cause of individual freedom, and they reflect a deep concern for the integrity of the judicial process.

See as well 8 Wigmore, *Evidence*, 3rd ed., paragraph 2251.

The roots of the confession rules have been examined by writers in the United States. In his text on *Evidence of Guilt*, (1959), Professor Maguire observed at p. 109:

[T]wo obvious reasons appear for caution in receiving evidence of confessions:

voir était peut-être un des moyens adoptés pour éliminer ces pratiques. De nombreux motifs viennent d'abord à l'esprit pour rejeter ces déclarations: la déclaration peut être fausse; elle peut être incomplète; et l'obtention de cette déclaration empiète sur le droit de l'accusé de garder le silence. Il se peut que l'adoption et le maintien des règles de la confession sont, de la part des tribunaux, une reconnaissance fermement établie du besoin d'appliquer, dans la conduite des procès criminels, des principes qui inspireront le respect et l'appui du public à l'égard du système de justice pénale. Il est certain que le système ne peut subsister sans cette acceptation et cet appui. Dans un article savant intitulé «Admissions and Confessions», reproduit à l'ouvrage de Salhany et Carter, *Studies in Canadian Criminal Evidence*, (1972), chap. 4, le juge en chef Freedman a analysé la présence de la règle d'exclusion dans notre droit. Il fait remarquer que le rejet d'une confession obtenue au moyen de menaces et de coups trouve son fondement non pas dans les règles relatives aux personnes ayant autorité mais peut être issu [TRADUCTION] «... du pouvoir discrétionnaire de tenir compte de la question générale de l'intérêt public dans l'administration de la justice pénale», (à la p. 120). Le savant Juge en chef avait déjà dit, à la p. 99:

[TRADUCTION] Sans nul doute, comme je l'ai déjà dit, le danger qu'elles soient fausses est le motif principal de leur rejet. Mais il y a d'autres motifs, que certains juges refusent résolument d'admettre, que d'autres déclarent ouvertement, et que d'autres encore reconnaissent tacitement—ce dernier cas en étant peut-être un où une règle fondamentale non écrite joue un rôle dans la prise de décision. Tous ces motifs ont leur racine dans l'histoire. Ils portent le souvenir de la torture et du supplice, ils sont liés à la cause de la liberté individuelle, et ils sont l'expression d'une préoccupation profonde pour l'intégrité de la justice.

Voir également 8 Wigmore, *Evidence*, 3^e éd., paragraphe 2251.

Aux États-Unis, des auteurs ont étudié les fondements des règles de la confession. Dans un texte intitulé *Evidence of Guilt*, (1959), le professeur Maguire souligne à la p. 109:

[TRADUCTION] Deux raisons évidentes incitent à la prudence lorsque se pose la preuve de confessions:

First, and most commonly invoked, the fear that an "involuntary" confession of guilt may be untrue.

Second, determination to hold public authorities up to a humane and honourable standard of conduct in treatment of persons suspected or accused. While not at all inconsistent with the first reason, this second reason may operate entirely independently of any risk that a particular confession is tainted with untruth.

To similar effect see Allen, "Due Process and State Criminal Procedures: Another Look" (1953), 48 Nw.U.L. Rev. 16, at p. 19.

This Court was faced in *Horvath v. The Queen*⁵, with the question of admissibility of a confession and in discussing the general nature of confessions in the law our brother Beetz J. stated (at p. 433):

Apart from the untrustworthiness of confessions extorted by threats or promises, other policy reasons have also been advanced to explain the rejection of confessions improperly obtained. But the basic reason is the accused's absolute right to remain silent either completely or partially and not to incriminate himself unless he wants to. This is why it is important that the accused understand what is at stake in the procedure.

This additional consideration connotes a recognition by the courts since the earliest times of the desirability and indeed the necessity of adopting a system of principles in the administration of justice which will be accepted by and command the support of the community. Thus it can be said that confessions are not admissible where to admit them would bring the administration of justice into disrepute, or, to put it another way, would prejudice the public interest in the integrity of the judicial process.

All of this can be found in different shades and hues in the authorities, commencing with *Ibrahim v. The King*⁶, which lays down the principle that to be admissible in a court of law, a statement by an accused must be voluntary, that is to say it must

Premièrement, la raison invoquée le plus souvent est la crainte qu'une confession «involontaire» de culpabilité soit fausse.

La seconde raison est l'intention bien arrêtée d'élever les autorités publiques à une norme de conduite humanitaire et honorable quant au traitement accordé aux personnes soupçonnées ou accusées. Même si elle n'est pas tout à fait incompatible avec la première, cette seconde raison peut être invoquée de façon complètement indépendante du risque qu'une confession précise soit entachée de fausseté.

Voir en ce sens l'article de Allen, «Due Process and State Criminal Procedures: Another Look», (1953) 48 Nw.U.L. Rev. 16, à la p. 19.

Dans *Horvath c. La Reine*⁵, la question de la recevabilité d'une confession s'est posée à cette Cour, et dans son analyse de la nature générale des confessions en droit, notre collègue le juge Beetz a dit (à la p. 433):

Mis à part la suspicion que soulèvent des aveux extorqués par la menace ou les promesses, on a également invoqué d'autres raisons de principe pour expliquer le rejet d'aveux obtenus incorrectement. Mais la raison fondamentale demeure le droit absolu de l'accusé de garder complètement ou partiellement le silence et de ne s'incriminer que s'il le veut. C'est pourquoi il est important que l'accusé comprenne ce qui est en jeu dans cette procédure.

Ce motif supplémentaire comporte depuis toujours, de la part des tribunaux, une reconnaissance de l'avantage et même de la nécessité d'adopter, dans l'administration de la justice, un ensemble de principes qui sera accepté par la collectivité et qui recevra son appui. Ainsi, on peut dire que les confessions ne sont pas recevables lorsque le fait de les recevoir discréditerait l'administration de la justice ou, en d'autres mots, porterait atteinte à l'intérêt du public dans l'intégrité de la justice.

On peut trouver tout cela sous diverses nuances et teintes dans la jurisprudence, à commencer avec l'arrêt *Ibrahim v. The King*⁶, qui pose le principe que, pour être recevable dans une cour de justice, la déclaration d'un accusé doit être volontaire,

⁵ [1979] 2 S.C.R. 376.

⁶ [1914] A.C. 599.

⁵ [1979] 2 R.C.S. 376.

⁶ [1914] A.C. 599.

not have been induced by fear of prejudice or hope of advantage. The prescription that a confession to be admissible must be voluntary is not limited to the examples set out in *Ibrahim, supra*. In *Horvath, supra*, Spence J. held (at p. 402):

Although many courts seem to have done so, I do not regard such an authority as *Ibrahim* as indicating that the natural meaning of the word "voluntary" should be confined to cases of hope of advantage or fear of prejudice.

He continued (at pp. 409-10):

The requirement to establish the admissibility at trial of a statement made by an accused person to persons in authority has been oft cited as simply that it is free and voluntary. Those are both ordinary English words and I think mean roughly the same thing. The *Shorter Oxford English Dictionary* defines "voluntary" as "arising or developing in the mind without external constraint . . . ; of actions: performed or done of one's own free will, impulse, or choice; not constrained, prompted, or suggested by another".

In the same case, Beetz J. noted (at p. 424):

The question arises as to whether the enumeration in the rule of instances of involuntariness is a limitative one.

It cannot be limitative since the rule is a judge-made rule and anything said by a judge beyond what is necessary to decide the issue is *obiter*. Furthermore, the principle which inspires the rule remains a positive one; it is the principle of voluntariness.

The principle itself, of course, requires (and this is an absolute requisite) that the statement in fact be made to a person in authority; and if this qualification is not met, then it matters not whether the person is known to the accused to be one in authority. This is because the principle adopted for the protection of the integrity of the administration of justice is founded upon the realization that persons in authority, instrumentalities of the State, must observe certain basic rules. This is so for the practical reason that their very authority might, by promise or threat, express or implied, produce a statement whether or not the accused was truly

c.-à-d. qu'elle ne doit pas avoir été obtenue par la crainte d'un préjudice ou dans l'espoir d'un avantage. L'obligation qu'une confession soit volontaire, pour être recevable, ne se limite pas aux exemples donnés dans l'arrêt *Ibrahim*, précité. Dans l'arrêt *Horvath*, précité, le juge Spence a conclu (à la p. 402):

Bien que plusieurs tribunaux l'aient fait, je ne déduis pas de l'arrêt *Ibrahim* que le sens propre du mot «volontaire» doit être limité aux cas où il y a espoir d'un avantage ou crainte d'un préjudice.

Il a poursuivi (aux pp. 409 et 410):

On a souvent dit que pour que la déclaration faite par un accusé à des personnes ayant autorité soit recevable en preuve au procès, il suffit d'établir qu'elle est libre et volontaire. Ce sont deux termes courants en anglais et je crois qu'ils signifient à peu près la même chose. Le *Shorter Oxford English Dictionary* définit [TRADUCTION] «volontaire»: «tenant naissance ou se développant dans l'esprit sans contrainte extérieure . . . ; d'un acte: accompli ou fait de son propre gré, impulsion ou choix; qui n'est pas imposé, inspiré ou suggéré par une autre personne».

Dans le même arrêt, le juge Beetz a souligné (à la p. 424):

Il faut alors se demander si cette énumération des cas de déclarations extorquées est restrictive.

Elle ne peut être restrictive puisque la règle prend sa source dans la jurisprudence et que les propos d'un juge sur un point qu'il ne lui est pas nécessaire de trancher constituent un *obiter*. En outre, le principe qui a inspiré la règle est positif; c'est le principe du caractère volontaire.

Bien sûr, le principe lui-même exige, et cette exigence est absolue, que la déclaration, en fait, soit faite à une personne ayant autorité; et si cette exigence n'est pas remplie, il n'importe pas alors que l'accusé sache que la personne est une personne ayant autorité. Et ce parce que le principe adopté en vue de protéger l'intégrité de l'administration de la justice s'appuie sur la conception que les personnes ayant autorité, étant les instruments de l'Etat, doivent observer certaines règles de base. Il en est ainsi pour la simple raison que leur autorité même peut, au moyen de promesses ou de menaces, formelles ou tacites, provoquer une dé-

willing to speak, and on occasion might bring about statements which are in whole or in part untrue. It is also necessary to adopt these basic rules for the higher reason that ethical precepts are a vital ingredient in a system of justice if it is to command the respect and support of the community it serves, particularly in a judicial structure which embraces the concept of the jury. In this appeal the first encounter of significance was with a person in authority; that is, the authority to whom the accused communicated his decision or election not to give a statement. It is that incident which, in the circumstances here concerned, started the process which, in my view, leads to the exclusion of the statements thereafter obtained by the authorities.

The analysis need go but one step further. To be voluntary a statement must be volunteered by the speaker in the sense that the statement must be the product of a conscious volens on the part of the speaker. The volens must relate not only to the mechanics of speaking, that is the articulation of the ideas of the speaker. Where the speaker has, as here, already refused to give a statement to the authorities, the test of voluntariness must include an appreciation of the circumstances in which the statement is made, including an awareness that his statement is being 'volunteered' to a person in authority. To apply the rule otherwise in the circumstances we have here would not merely permit but would encourage the deliberate circumvention by the authority of the accused's announced exercise of his right not to give a statement to the authorities. This idea is taken up by Rand J. in *R. v. Fitton*⁷ at p. 963:

Even the word "voluntary" is open to question; in what case can it be said that the statement is not voluntary in the sense that it is the expression of a choice, that it is willed to be made? But it is the character of the influence of idea or feeling behind that act of willing and its source which the rule seizes upon.

clarion peu importe que l'accusé soit vraiment disposé à la faire, et peut à l'occasion amener des déclarations qui soient entièrement ou partiellement fausses. Il est en outre nécessaire d'adopter ces règles de base pour la raison plus importante que les préceptes éthiques sont un élément primordial d'un système de justice qui veut s'attirer le respect et l'appui de la collectivité qu'il sert, en particulier dans un système judiciaire qui englobe le concept du jury. En l'espèce, la première rencontre importante a été avec une personne ayant autorité; c.-à-d. l'autorité à laquelle l'accusé a fait part de sa décision ou de son choix de ne faire aucune déclaration. C'est cet incident qui, en l'espèce, a mis en marche le processus qui, à mon avis, mène à exclure les déclarations que les autorités ont obtenues par la suite.

Cette analyse n'a plus qu'un pas à franchir. Pour qu'elle soit volontaire, une déclaration doit être offerte spontanément par celui qui la fait, en ce sens qu'elle doit être le fruit d'une volonté consciente de la part de celui qui la fait. La volonté doit se rapporter non seulement au mécanisme de la parole, c.-à-d. l'articulation des idées de la personne qui parle. Lorsque la personne qui fait une déclaration a déjà, comme en l'espèce, refusé de faire une déclaration aux autorités, l'examen du caractère volontaire doit comprendre une appréciation des conditions dans lesquelles la déclaration est faite, y compris une conscience que sa déclaration est offerte «spontanément» à une personne ayant autorité. Appliquer la règle d'une autre façon dans les circonstances en l'espèce ne permettrait pas simplement à l'autorité de se soustraire intentionnellement à l'exercice, que l'accusé a exprimé, de son droit de ne faire aucune déclaration à l'autorité, mais encouragerait l'autorité à le faire. Dans l'arrêt *R. c. Fitton*⁷, à la p. 963, le juge Rand adopte cette idée:

[TRADUCTION] Même le mot «volontaire» prête à débat; dans quel cas peut-on dire que la déclaration n'est pas volontaire en ce sens qu'elle est l'expression d'un choix, qu'on a voulu la faire? Mais c'est le caractère de l'influence de l'idée ou du sentiment derrière cet acte de volonté et sa source que la règle saisit.

⁷ [1956] S.C.R. 958.

⁷ [1956] R.C.S. 958.

The matter is carried further by Spence J. speaking for the entire Court in *Ward v. The Queen*⁸, at p. 40:

In my view, there is a further investigation of whether the statements were freely and voluntarily made even if no hope of advantage or fear of prejudice could be found in consideration of the mental condition of the accused at the time he made the statements to determine whether or not the statements represented the operating mind of the accused.

If this latter element is not included, then the meaning of voluntariness is reduced to a concern for the simple articulation of the words of the statement by the accused speaker. I can find no authority for such an arbitrary and destructive reduction of the degree of voluntariness required by the basic principle illustrated by *Ibrahim, supra*, literally applied. Indeed, as I view the sequence of events here, the statement is properly excluded on the simple application of the principle revealed in *Horvath* and *Ward, supra*, to the facts of this case.

On the facts before us here the authority went to some pains to ensure that the accused, when making his statement, did not know it was being made to a person in authority. As I have observed, he had earlier refused to give a statement to the police. I do not go on and deal with any other set of facts, such as a situation where the accused ought to have known the hearer was a person in authority within the meaning of that term in the law, or had not earlier declined to give a statement. We are concerned here with the fact that the statement was made by a person under charge to a person in authority masquerading as something else, and after the hearer has explicitly disavowed any such status in order to allay the suspicions of an accused who had already expressed a desire not to make a statement to the police.

It is not necessary to trace the origin of the special rules applicable to statements by an accused to a person in authority. If indeed these rules emanate from a desire on the part of the courts and the community to adopt policies which will ensure a fair, impartial and reputable administration of justice, then we need proceed no further.

Le juge Spence, qui a rendu l'arrêt unanime de cette Cour dans *Ward c. La Reine*⁸, ajoute à la p. 40:

A mon avis, il faut en outre, même lorsqu'on ne peut établir qu'il y a eu espoir d'un avantage ou crainte d'un préjudice, se demander si les déclarations ont été faites librement et volontairement, compte tenu de l'état mental de l'accusé au moment où il les a faites pour déterminer si elles reflètent l'état d'esprit conscient de l'accusé.

Si on n'inclut pas ce dernier élément, la signification de caractère volontaire se réduit alors à se soucier de la simple articulation des mots de la déclaration que fait l'accusé. Je ne trouve aucune jurisprudence qui appuie une réduction arbitraire et destructive du degré de spontanéité qu'exige le principe de base établi dans l'arrêt *Ibrahim*, précité, appliqué littéralement. De fait, de la façon dont je vois l'enchaînement des événements, la déclaration est exclue à bon droit par la simple application du principe établi dans les arrêts *Horvath* et *Ward*, précités, aux faits en l'espèce.

Suivant les faits en l'espèce, l'autorité s'est donné la peine de s'assurer que l'accusé, en faisant sa déclaration, ne sache pas qu'elle était faite à une personne ayant autorité. Comme je l'ai indiqué, il avait déjà refusé de faire une déclaration à la police. Je ne vais pas examiner d'autres situations, comme celle où l'accusé aurait dû savoir que l'auditeur était une personne ayant autorité au sens que la loi donne à ce mot, ou s'il n'avait pas déjà refusé de faire une déclaration. Il s'agit ici du fait que la déclaration a été faite par un accusé à une personne ayant autorité déguisée sous une autre identité, et après que l'auditeur eut renié expressément cette qualité afin de dissiper les soupçons d'un accusé qui avait déjà exprimé le désir de ne pas faire de déclaration à la police.

Il n'est pas nécessaire de retracer l'origine des règles particulières applicables aux déclarations d'un accusé à une personne ayant autorité. Si, de fait, ces règles émanent du désir des tribunaux et de la collectivité d'adopter des politiques qui assureront une administration équitable, impartiale et honorable de la justice, alors nous n'avons pas à

On the other hand, it has been said that the principles surrounding the admissibility of a confession emanate from a right to silence on the part of the accused under our jurisprudence. The accused, of course, need not testify. He cannot be compelled to do so and his exercised right to silence may not be the subject of commentary by the Crown before the jury (*Canada Evidence Act*, R.S.C. 1970, c. E-10, s. 4(5)). On the other hand, if the accused elects, for whatever reason, to enter the witness box, he is on the same footing as any other witness. He may be cross-examined on anything deemed relevant by the court. By statutory intervention (s. 5(2) of the *Canada Evidence Act*, *supra*), that which the accused says in the witness box may not be used against him in any other proceedings. But, of course, so far as the principal trial is concerned the section has no application. The right in the accused, in my view, to elect not to testify in the trial of a charge laid against him is one of the fundamental elements of our criminal jurisprudence ranking with the presumption of innocence and the onus on the Crown to establish guilt beyond a reasonable doubt according to law. His right to silence arises not because he is a witness but because he is an accused. Indeed, as Dickson J. said in *Marcoux and Solomon v. The Queen*⁹ at p. 769, the accused has no such right with reference to any question deemed to be relevant by a court once he enters the witness box. Professor Glanville Williams, in *The Proof of Guilt*, (2nd ed., 1958), puts it this way (at pp. 37-8):

According to the rule, neither the judge nor the prosecution is entitled at any stage to question the accused unless he chooses to give evidence. "At the common law," says Blackstone, "*nemo tenebatur prodere seipsum*: and his fault was not [to] be wrung out of himself, but rather to be discovered by other means and other men." This rule may be called the accused's right not to be questioned; in America it is termed the privilege against self-incrimination. The latter expression is more apt as the name for another rule, the privilege of any witness to refuse to answer an incriminating question; this is different from the rule under discussion, which, applying only to persons accused of crime, prevents the question from being asked. The person charged

aller plus loin. D'autre part, on a dit que les principes qui entourent la recevabilité d'une confession émanent d'un droit que notre jurisprudence accorde à l'accusé de garder le silence. Bien sûr, l'accusé n'a pas besoin de témoigner. Il ne peut être contraint à le faire, et le droit qu'il exerce de garder le silence ne peut faire l'objet de commentaires de la part de la poursuite devant le jury (*Loi sur la preuve au Canada*, S.R.C. 1970, chap. E-10, par. 4(5)). D'autre part, si, pour une raison quelconque, l'accusé choisit de témoigner, il est sur le même pied que tout autre témoin. Il peut être contre-interrogé sur toute question que la cour estime pertinente. Par l'opération de la loi (par. 5(2) de la *Loi sur la preuve au Canada*, précitée), ce que l'accusé dit à la barre des témoins ne peut être utilisé contre lui dans aucune autre procédure. Mais bien sûr, ce paragraphe ne s'applique pas en ce qui a trait au procès principal. A mon avis, le droit de l'accusé de choisir de ne pas témoigner à son propre procès est un des éléments essentiels de notre théorie générale du droit pénal, au même titre que la présomption d'innocence et le fardeau qu'a la poursuite de prouver la culpabilité hors de tout doute raisonnable suivant la loi. Son droit de garder le silence ne vient pas du fait qu'il est un témoin, mais du fait qu'il est un accusé. Bien sûr, comme le juge Dickson l'a dit dans *Marcoux et Solomon c. La Reine*⁹ à la p. 769, une fois que l'accusé est à la barre des témoins, il n'a plus ce droit à l'égard de toute question que la cour estime pertinente. Dans *The Proof of Guilt*, (2^e éd., 1958), le professeur Glanville Williams affirme (aux pp. 37 et 38):

[TRADUCTION] Selon la règle, ni le juge ni la poursuite n'a le droit en aucun temps d'interroger l'accusé à moins qu'il ne choisisse de témoigner. «En common law» dit Blackstone, «*nemo tenebatur prodere seipsum*: et sa faute ne devait pas lui être arrachée, mais elle devait plutôt être révélée par d'autres moyens et par d'autres hommes». On peut appeler cette règle le droit de l'accusé de ne pas être interrogé; en Amérique, on l'appelle le privilège contre l'auto-incrimination. Cette dernière expression convient davantage comme appellation d'une autre règle, le privilège d'un témoin de refuser de répondre à une question incriminante; cette règle diffère de la règle à l'étude, laquelle, s'appliquant uniquement aux personnes accusées d'un crime, empêche qu'une question

⁹ [1976] 1 R.C.S. 763.

⁹ [1976] 1 R.C.S. 763.

with crime has not merely the liberty to refuse to answer a question incriminating himself; he is freed even from the embarrassment of being asked the question. The privilege against self-incrimination, as applied to witnesses generally, must be expressly claimed by the witness when the question is put to him in the box; whereas the accused's freedom from being questioned prevents the prosecution from asking (much less compelling) him to enter the box, and from addressing questions to him in the dock. [Underlining added.]

The question naturally follows: should the accused's out-of-court statements be admissible in court on the same basis? That is, if made to a person in authority, must that statement be a voluntary statement (as earlier described), consciously made to that person in circumstances which make it evident that the accused intended it to be testimony in open court or to be capable of being put to such use; or under circumstances which will not bring the administration of justice into disrepute? This question as it arises here relates only to those statements made to and not merely in the presence of a person in authority, intended to be given to that particular person, made after an election to remain silent, and when made in the circumstances already described. It surely follows that if our law continues to recognize the right of an accused not to enter the witness box under compulsion, his indirect testimony in the form of out-of-court statements to a person in authority should not be admissible on a basis which, following his invocation of the right to silence, undermines or defeats the right not to testify. One author has put the idea this way:

... if there are reasons for not compelling an accused to testify at trial, those reasons should also be considered in relation to statements given prior to trial.

Ratushny, *Self-Incrimination in the Canadian Criminal Process*, 1979, at p. 97.

By this process of reasoning one can readily reconcile the *Ibrahim* rule with the underlying purposes for the special treatment accorded to confessions,

soit posée. La personne accusée d'un crime n'a pas simplement la liberté de refuser de répondre à une question pouvant l'incriminer; on la libère même de l'embarras de se voir poser la question. Le privilège contre l'auto-incrimination, appliqué aux témoins en général, doit être invoqué expressément par le témoin lorsque la question lui est posée à la barre; alors que l'immunité dont jouit l'accusé quant à l'interrogatoire empêche la poursuite de lui demander (ce qui est beaucoup moins contraignant) de se présenter à la barre et de lui poser des questions sur le banc des accusés. [C'est moi qui souligne.]

La question se pose naturellement: doit-on recevoir en cour, suivant le même principe, les déclarations que l'accusé a faites hors de cour? C'est-à-dire, cette déclaration, si elle est faite à une personne ayant autorité, doit-elle être une déclaration volontaire (telle que décrite précédemment), faite d'une façon consciente à cette personne, dans des conditions qui montrent clairement que l'accusé voulait qu'elle constitue un témoignage en cour ou qu'elle puisse servir comme tel; ou faite dans des conditions qui ne terniront pas l'image de la justice? La question qui se pose ici se rapporte uniquement aux déclarations faites à une personne ayant autorité et non simplement en sa présence, aux déclarations que l'on veut faire à cette personne en particulier, aux déclarations faites après avoir choisi de garder le silence, et lorsqu'elles sont faites dans les circonstances déjà décrites. Il s'ensuit sûrement que si notre droit continue à reconnaître le droit d'un accusé de ne pas être contraint à venir à la barre, son témoignage indirect sous la forme de déclarations faites hors de cour à une personne ayant autorité ne devrait pas être recevable parce que, après qu'il a invoqué le droit de garder le silence, ce témoignage sape ou frustre le droit de ne pas témoigner. Un auteur a exposé ainsi cette idée:

[TRADUCTION] ... s'il existe des motifs de ne pas contraindre un accusé à témoigner à son procès, il faudrait aussi tenir compte de ces motifs à l'égard des déclarations faites avant le procès.

Ratushny, *Self-Incrimination in the Canadian Criminal Process*, 1979, à la p. 97.

En raisonnant de cette façon, on peut facilement concilier la règle de l'arrêt *Ibrahim* et les objectifs sous-jacents du traitement particulier accordé aux

being the overriding interest in the acceptance by the community of the system for the administration of justice. Thus the admission of a statement which has been induced by a person in authority in such a way that it might be untrue is but one illustration of conduct that would bring the administration of justice into disrepute; and hence such a statement is inadmissible. This principle has its application in any circumstance, whether or not one might conclude that the statement might be true, where the effect of the conduct of a person in authority is to remove the basic element of 'voluntariness'. In short, the possibility or likelihood of the truth or untruth of a statement is but one element in the process of determining the voluntary nature of the statement in the full sense accorded to that expression in the authorities. I find the observations of Lord Diplock in *R. v. Sang*¹⁰ at p. 436 appropriate to the circumstances of this appeal:

My Lords, I propose to exclude, as the certified question does, detailed consideration of the role of the trial judge in relation to confessions and evidence obtained from the defendant after commission of the offence that is tantamount to a confession. It has a long history dating back to the days before the existence of a disciplined police force, when a prisoner on a charge of felony could not be represented by counsel and was not entitled to give evidence in his own defence either to deny that he had made the confession, which was generally oral, or to deny that its contents were true. The underlying rationale of this branch of the criminal law, though it may originally have been based upon ensuring the reliability of confessions is, in my view, now to be found in the maxim *nemo debet prodere se ipsum*, no one can be required to be his own betrayer or in its popular English mistranslation "the right to silence." That is why there is no discretion to exclude evidence discovered as the result of an illegal search but there is discretion to exclude evidence which the accused has been induced to produce voluntarily if the method of inducement was unfair.

Outside this limited field in which for historical reasons the function of the trial judge extended to imposing sanctions for improper conduct on the part of the prosecution before the commencement of the proceedings in inducing the accused by threats, favour or trickery to

confessions, soit l'intérêt primordial qu'il y a à ce que la collectivité accepte le système de l'administration de la justice. Ainsi, l'admission d'une déclaration qui a été obtenue par une personne ayant autorité d'une façon telle qu'elle peut être fausse n'est qu'un exemple d'une conduite qui peut ternir l'image de la justice. Une telle déclaration est donc irrecevable. Ce principe s'applique en toute circonstance, peu importe que l'on puisse conclure que la déclaration peut être vraie, lorsque la conduite d'une personne ayant autorité a pour effet d'éliminer l'élément fondamental qu'est le «caractère volontaire». En bref, la possibilité ou la probabilité de l'exactitude ou de la fausseté d'une déclaration n'est qu'un élément du mécanisme visant à établir le caractère volontaire de la déclaration dans tout le sens que la jurisprudence et la doctrine attribuent à cette expression. A mon avis, les remarques de lord Diplock dans l'arrêt *R. v. Sang*¹⁰ à la p. 436, conviennent aux circonstances du présent pourvoi:

[TRADUCTION] Vos Seigneuries, je propose d'exclure, comme le fait la question fixée, l'examen détaillé du rôle du juge du procès à l'égard des confessions et de la preuve qui a été obtenue du défendeur après la perpétration de l'infraction et qui équivaut à une confession. Son origine remonte à l'époque antérieure à l'existence d'un corps policier structuré, lorsqu'un prisonnier accusé d'un acte criminel ne pouvait être représenté par un avocat et n'avait pas le droit de témoigner en sa faveur ni de nier avoir fait une confession, qui était généralement verbale, ou d'en nier le contenu. La raison d'être sous-jacente de cette partie du droit pénal, même si elle peut à l'origine avoir eu pour fondement de s'assurer de la véracité des confessions, peut maintenant, à mon avis, se trouver dans la maxime *nemo debet prodere se ipsum*, nul ne peut être tenu de se trahir lui-même, ou, dans une mauvaise version française, «le droit de garder le silence». C'est pourquoi il n'y a aucun pouvoir discrétionnaire pour exclure une preuve obtenue à la suite d'une perquisition illégale mais il existe un pouvoir discrétionnaire permettant d'exclure une preuve que l'accusé a été amené à fournir volontairement si le moyen par lequel elle a été obtenue n'était pas loyal.

A l'exception de ce domaine restreint dans lequel, pour des motifs historiques, le rôle du juge du procès allait jusqu'à l'imposition de sanctions dans le cas de conduite répréhensible de la part de la poursuite, avant le début du procès, pour avoir amené, au moyen de

¹⁰ [1980] A.C. 402.

¹⁰ [1980] A.C. 402.

provide evidence against himself, your Lordships should, I think, make it clear that the function of the judge at a criminal trial as respects the admission of evidence is to ensure that the accused has a fair trial according to law.

The first determination to be made when the court is confronted with an out-of-court statement by this accused is whether his first statement, that is his refusal to talk to the police, was made to a person in authority. This act of the accused is an objective step and therefore depends not on the understanding of the accused alone but on the actual fact of the identity of the recipient of the statement. If the recipient be a person in authority as that term has been developed in the law, the next step is to determine, in all the circumstances which followed, whether the statement ultimately given (and which is tendered at trial) is voluntary in the full sense of that term. The elements which go into the determination of the voluntariness of that statement include all those circumstances which bear upon the overriding requirement that the admission of the statement will not render the administration of criminal justice unacceptable to the community. All this is in sharp contrast to the determination of the admissibility of a statement by an accused to a person not in authority. In that instance the presence or absence of threats, force, fear, hope, tricks, drugs, etc. go to weight and not to admissibility. It also calls for a different application of the principle than in the usual case where the accused has not, in prior confrontations with the authorities, declined to give a statement.

menaces, de faveurs ou d'artifices, l'accusé à fournir des preuves contre lui-même, Vos Seigneuries doivent, je pense, déclarer clairement que, dans un procès criminel, le rôle du juge à l'égard de la recevabilité de la preuve est de s'assurer que l'accusé subit un procès impartial conformément à la loi.

Lorsque la cour se trouve en présence d'une déclaration que l'accusé en l'espèce a faite hors de cour, elle doit d'abord décider si sa première déclaration, soit son refus de parler à la police, a été faite à une personne ayant autorité. Ce geste de l'accusé constitue une étape objective et ne dépend donc pas de la compréhension du seul accusé, mais du fait réel de l'identité de la personne qui entend la déclaration. Si la personne qui entend la déclaration est une personne ayant autorité au sens que la loi a donné à cette expression, l'étape suivante est d'établir, suivant toutes les circonstances qui ont suivi, si la déclaration faite en dernier lieu (et qui est présentée au procès) est volontaire dans le plein sens de ce terme. Les éléments dont il faut tenir compte dans l'établissement du caractère volontaire de cette déclaration comprennent toutes les circonstances qui appuient l'exigence primordiale que la recevabilité de la déclaration ne rendra pas l'administration de la justice pénale inacceptable aux yeux de la collectivité. Tout cela se distingue nettement de la décision relative à la recevabilité d'une déclaration que l'accusé a faite à une personne n'ayant pas autorité. Dans ce cas, la présence ou l'absence de menaces, de violence, de crainte, d'espoir, d'artifices, de drogues, etc. touche à la valeur, non à la recevabilité. En outre, il faut alors appliquer le principe d'une façon différente de la façon habituelle lorsque l'accusé n'a pas, au cours de rencontres antérieures avec les autorités, refusé de faire une déclaration.

Dans l'examen de l'utilisation des stratagèmes par des personnes ayant autorité, on a déjà dit que

[TRADUCTION] il paraît y avoir au moins une tendance [dans les cours canadiennes] à considérer l'utilisation de telles tactiques comme l'un des facteurs qui influencent le caractère volontaire.

«Developments in the Law—Confessions», (1966) 79 Harv. L. Rev. 935, à la p. 1104.

This is so in my view if the term "voluntariness" is there used in the full sense in which I have here used the term.

Davey C.J.B.C., in *R. v. Frank*¹¹, examines the status of statements procured or induced by lies told by the person in authority to the accused. In the end the Chief Justice found that their effect on "voluntariness" is measured according to whether or not the circumstances produced in the accused a hope of advantage or a fear of prejudice. In *R. v. McLeod*¹², the Court of Appeal rejected statements procured by "barefaced lies". Laskin J.A. (as he then was) stated (at p. 104):

In so holding, I do not rule out as a matter of law all stratagems that the police or persons in authority may employ in questioning a person under arrest. The issue in every case, under the governing law, must be whether they operate or are calculated to operate upon the person to rouse hope of advantage or fear of prejudice, or by their oppressiveness (to borrow a term from the English Judges' Rules) put in doubt at least whether any ensuing inculpatory statement has been properly elicited. In my view, reinforced by a reading of the whole record, the lies and associated incidents in this case had the forbidden effect in inducing the incriminating statement.

It remains essentially a decision of policy as to whether the accused must be aware he is making the statement to a person in authority before it may be admissible as a confession. On the facts here, that basic question in its broad form does not arise. Here the accused had taken the position that he did not wish to give a statement to the police. The police then, by a ruse, subverted that wish and thus the defendant made his statement after he thought he had established that he was not, in fact, talking to a person in authority. He did not intend, in such circumstances, to make a statement to a person in authority and thus the public authority cannot present the resulting statement as "voluntary" and therefore admissible under the confession rules. A different result might obtain where

Il en est ainsi, à mon avis, si l'expression «caractère volontaire» est employée là dans le plein sens dans lequel je l'ai employée ici.

Dans l'arrêt *R. c. Frank*¹¹, le juge en chef Davey de la Colombie-Britannique examine la nature des déclarations produites ou obtenues au moyen de mensonges que la personne ayant autorité a adressés à l'accusé. A la fin, le Juge en chef conclut que leur effet sur le «caractère volontaire» se mesure selon que les circonstances ont suscité chez l'accusé l'espoir d'un avantage ou la crainte d'un préjudice. Dans *R. v. McLeod*¹², la Cour d'appel a rejeté des déclarations obtenues au moyen de «mensonges éhontés». Le juge Laskin (maintenant Juge en chef du Canada) a dit (à la p. 104):

[TRADUCTION] En parvenant à cette conclusion, je ne rejette pas en droit tous les stratagèmes que la police ou les autres personnes ayant autorité peuvent utiliser lorsqu'ils interrogent une personne en état d'arrestation. Dans chaque cas, la question en vertu du droit applicable doit être de savoir s'ils suscitent ou s'ils ont été employés en vue de susciter chez la personne l'espoir d'un avantage ou la crainte d'un préjudice, ou si leur caractère oppressif (pour employer une expression des règles judiciaires anglaises) soulève un doute quant à savoir si une déclaration incriminante qui en découle a été obtenue de façon régulière. Je suis d'avis, en m'appuyant sur la lecture de l'ensemble du dossier, que les mensonges et les incidents reliés à cette affaire ont eu l'effet illicite de susciter la déclaration incriminante.

La réponse à la question de savoir si l'accusé doit être conscient qu'il fait la déclaration à une personne ayant autorité, avant qu'elle puisse être recevable à titre de confession, reste essentiellement une décision de principe. En l'espèce, cette question fondamentale dans sa forme sommaire ne se pose pas. Ici, l'accusé avait pris la position suivant laquelle il ne voulait pas faire de déclaration à la police. Au moyen d'une ruse, la police a alors renversé son désir et ainsi le défendeur a fait sa déclaration après qu'il eut cru s'être assuré qu'il ne parlait pas, en fait, à une personne ayant autorité. Il n'avait pas, dans ces conditions, l'intention de faire une déclaration à une personne ayant autorité; ainsi, le pouvoir public ne peut présenter la déclaration en résultant comme étant «volon-

¹¹ (1969), 69 W.W.R. 588.

¹² (1968), 5 C.R.N.S. 101 (Ont. C.A.).

¹¹ (1969), 69 W.W.R. 588.

¹² (1968), 5 C.R.N.S. 101 (C.A. Ont.).

the accused by the clearest declaration revokes his earlier declared election not to give a statement to the authorities. In such a case the succeeding statement is subject to the test of voluntariness in the ordinary way.

Dubin J.A. in his dissent below refers to the refusal of the accused to give a statement to the authorities:

A singular feature in this case is that after arrest the accused was given a police warning and was asked if he was willing to give a statement. He declined to do so. At that stage, therefore, he had been advised not only that he need not make a statement to a police officer, but also that whatever he said would be taken down in writing and could be used in evidence against him at his trial. In refusing to make such a statement, he exercised his legal right.

I respectfully agree with these observations.

To summarize then:

- a) The exclusionary confession rule applies to statements given before trial by an accused to persons in authority.
- b) The basic reason for the rule is a concern for the integrity of the criminal justice system. Such a system necessarily requires the support and respect of the community it purports to serve. That support and respect can only be maintained if persons in authority conduct themselves in a way that does not bring the administration of justice into disrepute in the community.
- c) The rule and its administration strike a delicate balance between the need to secure the conviction of the guilty, but above all, the avoidance of the conviction of the innocent.
- d) In the realm of confessions, this standard of conduct is reflected in the requirement that an accused's statement be given "voluntarily".
- e) In this appeal, an expressed decision to remain silent was made by the accused to a policeman who was, in the mind of the

taire» et par conséquent recevable en vertu des règles de la confession. On peut en venir à un résultat différent si l'accusé, au moyen d'une déclaration sans équivoque, renonce au choix qu'il a déjà fait de ne pas faire de déclaration. En pareil cas, la déclaration qui suit est assujettie au critère du caractère volontaire appliqué de la façon ordinaire.

Le juge Dubin, dissident en Cour d'appel, mentionne le refus de l'accusé de faire une déclaration aux autorités:

[TRADUCTION] Cette affaire comporte l'aspect singulier qu'après son arrestation, l'accusé a reçu une mise en garde de la police qui lui a demandé s'il voulait faire une déclaration. Il a refusé de le faire. A ce stade, par conséquent, il avait été informé non seulement qu'il n'était pas tenu de faire une déclaration à un policier, mais aussi que tout ce qu'il dirait serait consigné par écrit et pourrait être utilisé en preuve contre lui à son procès. En refusant de faire une telle déclaration, il a exercé le droit que lui accorde la loi.

Avec égards, je suis d'accord avec ces observations.

En résumé,

- a) La règle de l'exclusion des confessions s'applique aux déclarations qu'un accusé a faites à une personne ayant autorité avant le procès.
- b) La préoccupation à l'égard de l'intégrité du système de justice pénale est la raison fondamentale de la règle. Ce système exige nécessairement l'appui et le respect de la collectivité qu'il prétend servir. Il ne peut conserver cet appui et ce respect que si les personnes ayant autorité se conduisent de façon à ne pas ternir l'image de la justice aux yeux de la collectivité.
- c) La règle et son application touchent l'équilibre fragile entre la nécessité d'assurer la condamnation du coupable, mais par-dessus tout, le soin d'éviter de condamner l'innocent.
- d) Dans le domaine des confessions, cette norme de conduite se manifeste dans l'exigence que la déclaration de l'accusé soit faite «volontairement».
- e) En l'espèce, l'accusé a exprimé la décision formelle de garder le silence et en a fait part à

- accused as well as in fact, a person in authority.
- f) The statement ultimately obtained and tendered in court was the product of a trick and lies by persons in authority, calculated to subvert the appellant's expressed decision to stand mute.
 - g) Such a determined subversion by the police of an expressed right to refuse to make any statement brings the administration of justice into disrepute. Accordingly, such a statement given in these circumstances cannot get over the hurdle of the exclusionary rule.
 - h) This appeal is not concerned with the gathering of evidence by any other means nor with the circumstance where an accused has not announced to persons in authority that he did not wish to make a statement.

For these reasons I would allow the appeal and restore the acquittal at trial.

The judgment of Martland, Ritchie, Dickson, Beetz, McIntyre and Chouinard JJ. was delivered by

MARTLAND J.—This is an appeal from a judgment of the Ontario Court of Appeal¹³. At trial the appellant was acquitted on a charge of possession of cannabis resin for the purpose of trafficking. The Court of Appeal allowed the Crown's appeal and directed that a new trial be held. Dublin J.A. dissented.

The issue which is before this Court concerns the admissibility of a confession which the Crown sought to put in evidence at trial. An agreed statement of facts submitted by the parties to the Court of Appeal explains how the confession came to be made and how it was disposed of by the trial judge. The relevant portions of that statement are set out below:

On November 9, 1976 at approximately 2:30 p.m., Sergeant Woods and Constables Lauzon, Carvish and Gervais of the Ottawa Police Force conducted a search of apartment 1102, 1365 Bank Street in the City of

un policier qui était, dans l'esprit de l'accusé et en fait, une personne ayant autorité.

- f) La déclaration finalement obtenue et présentée en cour a été le résultat de la supercherie et des mensonges de la part de personnes ayant autorité, employée en vue de renverser la décision que l'appelant a exprimée de garder le silence.
- g) Ce renversement volontaire, par la police, du droit formel de refuser de faire une déclaration ternit l'image de la justice. Par conséquent, une déclaration faite dans ces conditions ne peut surmonter l'obstacle de la règle d'exclusion.
- h) Le présent pourvoi ne porte pas sur le rassemblement de preuves par tout autre moyen, ni sur le cas où un accusé n'a pas fait part à des personnes ayant autorité qu'il n'a pas l'intention de faire une déclaration.

Pour ces motifs, je suis d'avis d'accueillir le pourvoi et de rétablir le verdict d'acquittement rendu au procès.

Version française du jugement des juges Martland, Ritchie, Dickson, Beetz, McIntyre et Chouinard rendu par

LE JUGE MARTLAND—Ce pourvoi attaque un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario¹³. L'appelant a été acquitté à son procès de l'inculpation de possession de résine de cannabis pour en faire le trafic. La Cour d'appel a accueilli l'appel du ministère public et a ordonné un nouveau procès. Le juge Dublin était dissident.

La question en litige devant cette Cour porte sur la recevabilité d'une confession que le ministère public a voulu présenter en preuve au procès. Un exposé conjoint des faits présenté par les parties à la Cour d'appel explique les circonstances entourant cette confession et la décision du juge du procès relativement à celle-ci. Voici les parties importantes de cet exposé:

[TRADUCTION] Le 9 novembre 1976, vers 14 h 30, le sergent Woods et les agents Lauzon, Carvish et Gervais de la police municipale d'Ottawa ont effectué une perquisition au 1365, rue Bank, appartement 1102, en la

¹³ (1978), 42 C.C.C. (2d) 377.

¹³ (1978), 42 C.C.C. (2d) 377.

Ottawa under the authority of a search warrant. On the premises at that time were Donal Bonner (D.O.B. 26/06/57), Timothy Hrehoriak (D.O.B. 24/12/60) and the Respondent (D.O.B. 21/12/45). The Respondent advised Constable Gervais that he lived on the premises along with one Nancy Olson. In one of the bedrooms, Sergeant Woods located 128.54 grams of hashish, a set of scales, a cutting knife and a box of tin foil. Upon analysis, the scales and knife were found to have traces of hashish.

The Respondent was given a police warning and was then conveyed to the Ottawa City Police Station at 60 Waller Street along with Bonner and Hrehoriak. Prior to being lodged in a cell, Constable Gervais asked the Respondent if he was willing to give a statement but he declined to do so. The Respondent was later removed from the cell, charged with possession of hashish for the purposes of trafficking and returned to the same cell.

On November 10, 1976 at approximately 1:00 a.m., Constable McKnight, a member of the Ottawa City Police Force acting in an undercover capacity, was placed in an 8' x 8' cell at the Ottawa City Police Station occupied by the Respondent alone. Constable McKnight was placed in the cell on the instructions of Constable Gervais, the investigating officer, in order to obtain information from the Respondent concerning the charge against him. During the trial, a *voir dire* was conducted on the question of whether Constable Earl McKnight was a person in authority. At that time, Constable McKnight was unarmed, wore blue jeans, a blue jacket and brown boots, and had a four or five day growth of beard. Constable McKnight testified on the *voir dire* that the Respondent appeared to be normal and not under the influence of alcohol. No other persons or police officers were visible from the cell. Constable McKnight did not identify himself to the Respondent as a member of the Ottawa City Police Force and the Respondent did not appear to recognize him as such.

Upon entering the cell, the Respondent spoke first to Constable McKnight by saying that Constable McKnight "looked like a nark". Constable McKnight just laughed and the Respondent continued that he looked like a nark because of the way he was dressed. Constable McKnight explained that he was dressed like that because he had been fishing. The Respondent then asked Constable McKnight why he was in jail and he replied that it was because of a traffic ticket. Constable McKnight asked the Respondent why he was in jail and the Respondent stated that it was for possession of hashish. While in the cell, Constable McKnight sat beside the Respondent on the only bench. The Respondent then told Constable McKnight that he sold hashish

ville d'Ottawa, en vertu d'un mandat de perquisition. Donal Bonner (né le 26/06/57), Timothy Hrehoriak (né le 24/12/60) et l'intimé (né le 21/12/45), se trouvaient alors sur les lieux. L'intimé a informé l'agent Gervais qu'il habitait à cet endroit avec une nommée Nancy Olson. Dans l'une des chambres à coucher, le sergent Woods a trouvé 128.54 grammes de hachisch, un ensemble de balances, un couteau et une boîte contenant du papier d'étain. Une analyse a révélé que les balances et le couteau portaient des traces de hachisch.

L'intimé a reçu une mise en garde puis a été amené, avec Bonner et Hrehoriak, au poste de la police municipale d'Ottawa au 60, rue Waller. Avant de l'envoyer en cellule, l'agent Gervais a demandé à l'intimé s'il désirait faire une déclaration, mais ce dernier a refusé. Plus tard l'intimé a été amené hors de sa cellule, inculpé de possession de hachisch pour en faire le trafic et renvoyé à la même cellule.

Le 10 novembre 1976, vers 1 h 00, l'agent McKnight de la police municipale d'Ottawa, agissant en qualité d'agent double, a été placé dans une cellule de huit pieds sur huit pieds, occupée par l'intimé seul, au poste de la police municipale d'Ottawa. L'agent McKnight a été placé dans la cellule conformément aux directives de l'agent Gervais, l'agent enquêteur, afin d'obtenir des détails de l'intimé concernant l'inculpation contre lui. Au cours du procès, un *voir dire* a été tenu pour déterminer si l'agent Earl McKnight était une personne ayant autorité. A ce moment-là, l'agent McKnight n'était pas armé, il portait un blue-jean, une veste bleue et des bottes brunes et avait une barbe de quatre à cinq jours. Au *voir dire*, l'agent McKnight a témoigné que l'intimé lui avait paru normal et ne pas être sous l'influence de l'alcool. Aucun agent de police ou autre personne n'était visible de la cellule. L'agent McKnight ne s'est pas identifié comme membre de la police municipale d'Ottawa et l'intimé ne paraît pas l'avoir considéré comme tel.

L'intimé s'est adressé à l'agent McKnight dès son entrée dans la cellule en disant que ce dernier «ressemblait à un mouchard». L'agent McKnight a ri et l'intimé a ajouté qu'il ressemblait à un mouchard en raison de son habillement. L'agent McKnight a expliqué qu'il était habillé ainsi parce qu'il était allé pêcher. L'intimé a alors demandé à l'agent McKnight pourquoi il était en prison et ce dernier a répondu que c'était à cause d'une contravention aux règles de la circulation. L'agent McKnight a demandé à l'intimé pourquoi il était en prison et ce dernier a dit que c'était pour possession de hachisch. Pendant qu'il était dans la cellule, l'agent McKnight est demeuré assis à côté de l'intimé sur le seul banc disponible. L'intimé a alors dit à l'agent McKnight

for \$25.00 for 3 grams, that the hash that he had been caught with had been "fronted" to him and that he would have to pay the people back \$1,000 because he had been "busted". The Respondent stated that he would have made \$1,800 on the drugs that he had. Constable McKnight asked if there were many drugs in the City and the Respondent replied that there were approximately 40 pounds. The Respondent also stated that he was arrested at his apartment along with his buddy who was in the next cell. During the conversation, Constable McKnight informed the Respondent that he was a truck driver from the Pembroke area and had been fishing so the Respondent would have the impression that he was not a nark and that he did not know much about drugs. Constable McKnight indicated that people in the Pembroke area were interested in drugs and that he would be interested in getting drugs; however, no deal was set up. The Respondent asked Constable McKnight when he would be getting out and he replied that a buddy would be coming down to pay the fine. The Respondent stated that he had to go to court the next morning because he was on parole respecting other charges. Constable McKnight was released from the cell at 1:07 a.m. and made his notes concerning the conversation shortly thereafter.

After Constable McKnight testified on the *voir dire* the Respondent called no evidence on the issue of whether Constable McKnight was a person in authority.

After argument by counsel, His Honour Judge Matheson ruled that in all the circumstances, Constable McKnight was a person in authority.

No further evidence was called by the Crown on the *voir dire* on the issue of whether the statements made by the Respondent to Constable McKnight were voluntary. The Respondent did not request any other Crown witnesses to be produced for cross-examination on the *voir dire* and did not call any evidence on this issue.

After argument by counsel, His Honour Judge Matheson ruled that the "continuation of the intent to obtain a statement by this disguise" puts into doubt whether the inculpatory statement had properly been elicited and was therefore inadmissible.

The Crown called no further evidence at trial and at the request of Crown Counsel and the direction of His Honour Judge Matheson, the jury returned a verdict of "not guilty" of possession.

qu'il vendait du hachisch à raison de \$25 les 3 grammes, qu'il agissait à titre de «dépositaire» au moment où il a été surpris avec le hachisch et qu'il devrait rembourser \$1,000 aux gens parce qu'il avait été «arrêté». L'intimé a dit que les stupéfiants qu'il avait lui auraient rapporté \$1,800. L'agent McKnight lui a demandé s'il y avait beaucoup de stupéfiants dans la ville et l'intimé a répondu qu'il y en avait environ 40 livres. L'intimé a également dit qu'il avait été arrêté à son appartement avec son copain qui était dans la cellule voisine. Au cours de la conversation, l'agent McKnight a informé l'intimé qu'il était un conducteur de camion de la région de Pembroke et qu'il était allé à la pêche de sorte que l'intimé ait l'impression qu'il n'était pas un mouchard et qu'il ne s'y connaissait pas vraiment en stupéfiants. L'agent McKnight a fait observer que des gens de la région de Pembroke s'intéressaient aux stupéfiants et qu'il aimeraient en obtenir; toutefois, aucun marché n'a été conclu. L'intimé a demandé à l'agent McKnight quand il serait libéré et il a répondu qu'un copain viendrait payer l'amende. L'intimé a dit qu'il devait comparaître en cour le lendemain matin parce qu'il était sous libération conditionnelle relativement à d'autres accusations. L'agent McKnight a été libéré de la cellule à 1 h 07 et peu après il a consigné ses remarques relatives à la conversation.

Après que l'agent McKnight eut témoigné au voir dire, l'intimé n'a présenté aucune preuve sur la question de savoir si l'agent McKnight était une personne ayant autorité.

Après l'argumentation, le juge Matheson, a statué que compte tenu de toutes les circonstances l'agent McKnight était une personne ayant autorité.

Le ministère public n'a présenté aucune autre preuve au cours du voir dire sur la question de savoir si les déclarations de l'intimé à l'agent McKnight étaient volontaires. L'intimé n'a pas demandé que soient produits aux fins de contre-interrogatoire au voir dire, d'autres témoins du ministère public et il n'a présenté aucune preuve sur cette question.

Après l'argumentation, le juge Matheson a statué que la «continuité de l'intention d'obtenir une déclaration au moyen de ce déguisement» fait douter que la déclaration incriminante ait été correctement obtenue et donc qu'elle était irrecevable.

Le ministère public n'a présenté aucune autre preuve au procès et, à la demande du substitut du procureur général et suivant les directives du juge Matheson, le jury a rendu un verdict de «non culpabilité» de possession.

The majority of the Court of Appeal held that a new trial should be ordered. Jessup J.A. (Weatherston J.A. concurring) held that because the appellant did not consider the undercover officer to be "in authority", the statement was not governed by the special rules relating to confessions. Jessup J.A. went on to say that even if the appellant had regarded Constable McKnight as being a person in authority, the conditions laid down in *Ibrahim v. The King*¹⁴ as to the voluntariness of an accused's statements had been met.

Dubin J.A., writing in dissent, was of the view that the trial judge was correct in excluding the statement and would have dismissed the appeal. He held that the basis of the confession rule was not merely concern over the truthfulness of the statement in issue and said that the rules respecting confessions and an accused person's right to remain silent were related. It was his opinion that a trial judge had a discretion to exclude the confession because of the way in which it was obtained.

This case should be decided in the context of the special rules which have evolved in respect of evidence which has been obtained by way of a confession. In *Phipson on Evidence*, 12th ed., at p. 337, paragraph 792, the following passage appears:

The classic formulation of the principle applicable to the admissibility of confessions appears in Lord Sumner's speech in *Ibrahim v. R.* ([1914] A.C. 599, 609) "It has long been established as a positive rule of English criminal law that no statement by an accused is admissible in evidence against him unless it is shown by the prosecution to have been a voluntary statement in the sense that it has not been obtained from him either by fear of prejudice or hope of advantage exercised or held out by a person in authority. The principle is as old as Hale".

Lord Sumner's statement was adopted in this Court in *Boudreau v. The King*¹⁵ and in *R. v. Fitton*¹⁶.

La majorité de la Cour d'appel a statué qu'il fallait ordonner un nouveau procès. Le juge Jessup (le juge Weatherston souscrivant à son opinion) a conclu que, puisque l'appelant ne considérait pas l'agent double comme une personne «ayant autorité», la déclaration n'était pas régie par les règles spéciales relatives aux confessions. Le juge Jessup a poursuivi en disant que même si l'appelant avait considéré l'agent McKnight comme une personne ayant autorité, les conditions énoncées dans l'arrêt *Ibrahim v. The King*¹⁴, quant au caractère volontaire des déclarations de l'accusé avaient été satisfaites.

Le juge Dubin, dissident, a exprimé l'opinion que le juge du procès a eu raison d'exclure la déclaration et aurait rejeté l'appel. Il a conclu que le fondement de la règle applicable aux confessions ne se rattachait pas uniquement à l'exactitude de la déclaration en question et il a dit que les règles relatives aux confessions et au droit d'un accusé de ne rien dire étaient connexes. Il s'est dit d'avis que le juge du procès a le pouvoir discrétionnaire d'exclure une confession à cause de la façon dont elle a été obtenue.

Il faut trancher la présente affaire dans le contexte des règles spéciales qui se sont élaborées relativement à la preuve obtenue au moyen d'une confession. Dans *Phipson on Evidence*, 12^e éd., à la p. 337, paragraphe 792, nous trouvons le passage suivant:

[TRADUCTION] Nous retrouvons l'énoncé classique du principe applicable à la recevabilité des confessions dans l'avis qu'a formulé lord Sumner dans l'arrêt *Ibrahim v. R.* ([1914] A.C. 599, 609) «C'est une règle formelle du droit criminel anglais depuis longtemps établie qu'aucune déclaration d'un accusé n'est recevable contre lui à titre de preuve, à moins que l'accusation ne prouve qu'il s'agit d'une déclaration volontaire, c'est-à-dire qui n'a pas été obtenue par crainte d'un préjudice ou dans l'espoir d'un avantage dispensés ou promis par une personne ayant autorité. Ce principe remonte à lord Hale».

La déclaration de lord Sumner a été adoptée par cette Cour dans les arrêts *Boudreau c. Le Roi*¹⁵ et *R. c. Fitton*¹⁶.

¹⁴ [1914] A.C. 599.

¹⁵ [1949] S.C.R. 262.

¹⁶ [1956] S.C.R. 958.

¹⁴ [1914] A.C. 599.

¹⁵ [1949] R.C.S. 262.

¹⁶ [1956] R.C.S. 958.

The first issue to be determined is whether Constable McKnight was a "person in authority" because, except in the case of a statement made to a person in authority, a statement made by an accused against his own interest is admissible against him in criminal proceedings in the same way that it would be in civil proceedings and there are no special conditions requiring the Crown to prove that the statement was voluntary.

Both parties to this appeal agree that the test to be applied in determining this issue is a subjective test, *i.e.* did the appellant, when he made the statement to McKnight, believe that McKnight was a person in authority. The Court of Appeal agreed with the application of this test. Jessup J.A. said (at p. 380):

In my opinion the police officer in the present case was not a person in authority because he was not regarded as such by the respondent. As Kaufman J.A. says in *Admissibility of Confessions in Criminal Matters*, 2nd ed. (1974), at p. 54:

The true test, it is submitted, is highly subjective: Did the accused truly believe, at the time he made the declaration, that the person he dealt with had some degree of power over him? In other words, did the accused think that the person to whom he confessed (or as a result of whose intervention he confessed) could either make good his promise or carry out his threats? If so, such person should be treated as a person in authority and if not, the rules which attach to persons in authority need not be applied, even though the person, from a purely objective point of view, was in a position of undoubted authority.

A similar view is expressed by Freedman C.J.M. in *Studies in Canadian Criminal Evidence* (1972) at p. 118:

Suppose the policeman is garbed as a prisoner and is in fact thought by the accused to be a fellow prisoner. He is then not a person in authority. The test is apparently a subjective one. The court considers the effect of the inducement on the mind of the accused in the known circumstances. Based on the knowledge of the accused, was it reasonable for him to think that the person holding out the inducement had the power

Il faut d'abord décider si l'agent McKnight était une «personne ayant autorité» parce que, sauf lorsqu'elle est faite à une personne ayant autorité, une déclaration incriminante d'un accusé est recevable contre lui dans des procédures criminelles tout comme elle le serait dans des procédures civiles et aucune condition spéciale n'exige que le ministère public établisse que la déclaration était volontaire.

Les deux parties reconnaissent que, pour trancher cette question, il faut appliquer un critère subjectif, savoir, lorsqu'il a fait sa déclaration à McKnight, l'appelant croyait-il que McKnight était une personne ayant autorité? La Cour d'appel a approuvé l'application de ce critère. Le juge Jessup a dit (à la p. 380):

[TRADUCTION] A mon avis l'agent de police en l'espèce n'était pas une personne ayant autorité parce qu'il n'était pas considéré comme tel par l'intimé. Comme l'a dit le juge Kaufman de la Cour d'appel dans *Admissibility of Confessions in Criminal Matters*, 2^e éd. (1974), à la p. 54:

Nous soumettons que le véritable critère est très subjectif: Au moment où il a fait sa déclaration, l'accusé a-t-il réellement cru que la personne à qui il s'adressait détenait un certain pouvoir sur lui? En d'autres mots, l'accusé croyait-il que la personne à qui il faisait une confession (ou à l'instigation de laquelle il a fait une confession), pouvait soit tenir sa promesse soit donner suite à ses menaces? Dans l'affirmative, cette personne doit être considérée comme une personne ayant autorité; dans la négative, il n'est pas nécessaire d'appliquer les règles relatives aux personnes ayant autorité même si la personne était, d'un point de vue purement objectif, une personne ayant autorité.

Le juge Freedman, juge en chef du Manitoba, a exprimé une opinion analogue dans *Studies in Canadian Criminal Evidence* (1972) à la p. 118:

Supposons, par exemple, un policier vêtu comme un prisonnier et qui est considéré comme tel par l'accusé. Il n'est alors pas une personne ayant autorité. Le critère est évidemment subjectif. Les cours considèrent l'effet de l'incitation sur l'esprit de l'accusé dans les circonstances données. Selon le discernement de l'accusé, était-il raisonnable que ce dernier pense que l'instigateur pouvait tenir promesse ou donner suite à

to implement his promise or carry out his threat, as the case may be? If the answer is in the affirmative—as it is likely to be where he is manifestly dealing with the police—the inducement will be deemed to have come from a person in authority. If the answer is in the negative—as in the case where the accused confesses to another prisoner, not knowing him to be a policeman—the inducement will be treated as not having come from a person in authority.

In taking this position, Jessup J.A. was in agreement with the decisions of four provincial courts of appeal in which a subjective test was applied: *R. v. Pettipiece*¹⁷, *R. v. Muisi* (No. 1)¹⁸, *Metenko v. The Queen*¹⁹ and *R. v. Stewart*²⁰.

I agree with Jessup J.A. that a subjective test should be applied in the circumstances of this case. I also agree with his conclusion that McKnight was not a person in authority because he was not regarded as such by the appellant. There is no evidence whatever that, at the time the appellant revealed to McKnight that he was a dealer in drugs, he believed McKnight to be a police officer. The appellant did not give evidence on the *voir dire* and so he did not express any such belief. No evidence on the *voir dire* was given on his behalf. The appellant did say to McKnight when he first spoke to him that McKnight "looked like a nark", but in the course of their conversation this suspicion was obviously dispelled. It is clear that he would not have made the admission which he did make to McKnight if he had believed that McKnight was a police officer, and that he made it because he believed McKnight to be a fellow prisoner.

Once it is accepted that the confession of the appellant was not made to a person in authority, it was properly admissible without any requirement for the Crown to establish that it was voluntary. The confession was in the same position as if it had been made to someone other than a police officer. In my opinion, it was an error of law to refuse to receive it.

sa menace, selon le cas? Dans l'affirmative, comme ce sera vraisemblablement le cas lorsqu'il s'agit manifestement d'un policier, l'incitation sera censée émaner d'une personne ayant autorité. Dans la négative, comme lorsque l'accusé avoue à un autre prisonnier, ignorant qu'il est un policier, on considère que l'incitation n'émane pas d'une personne ayant autorité.

En retenant cette théorie, le juge Jessup était d'accord avec quatre cours d'appel provinciales qui ont appliqué le critère subjectif: *R. v. Pettipiece*¹⁷, *R. v. Muisi* (No. 1)¹⁸, *Metenko v. The Queen*¹⁹ et *R. v. Stewart*²⁰.

Je souscris à l'opinion du juge Jessup que, dans les circonstances de la présente affaire, il faut appliquer un critère subjectif. Je souscris également à sa conclusion que McKnight n'était pas une personne ayant autorité parce que l'appellant ne le considérait pas comme tel. Absolument aucune preuve n'indique qu'au moment où l'appellant a révélé à McKnight qu'il faisait le commerce des stupéfiants, il croyait que McKnight était un agent de police. L'appellant n'a pas témoigné au voir dire et donc il n'a pas dit l'avoir cru. Au voir dire, aucune preuve n'a été soumise en son nom. Lorsqu'il s'est adressé à McKnight pour la première fois, l'appellant lui a bien dit qu'il «ressemblait à un mouchard», mais, au cours de leur conversation, ce doute s'est évidemment dissipé. Il est évident qu'il n'aurait pas fait un aveu de cette nature à McKnight s'il avait cru que celui-ci était un agent de police, il l'a fait parce qu'il croyait que McKnight était un codétenu.

Une fois admis qu'elle n'avait pas été faite à une personne ayant autorité, la confession de l'appellant était recevable sans que le ministère public ait à établir qu'elle était volontaire. Il s'agissait d'une confession comme celle qui aurait été faite à une personne autre qu'un agent de police. A mon avis, c'était une erreur de la déclarer irrecevable.

¹⁷ (1972), 7 C.C.C. (2d) 133 (B.C.C.A.).

¹⁸ (1974), 11 N.S.R. (2d) 104 (N.S.C.A.).

¹⁹ (1951), 101 C.C.C. 312 (Que. C.A.).

²⁰ (1980), 21 A.R. 300 (Alta. C.A.).

¹⁷ (1972), 7 C.C.C. (2d) 133 (C.A. C.-B.).

¹⁸ (1974), 11 N.S.R. (2d) 104 (C.A. N.-É.).

¹⁹ (1951), 101 C.C.C. 312 (C.A. Qué.).

²⁰ (1980), 21 A.R. 300 (C.A. Alta.).

With great respect to the dissenting opinion of Dubin J.A., it is my view that the privilege against self-incrimination is not relevant in the circumstances of this case. The scope of the privilege against self-incrimination has been clearly defined by my brother Dickson in the case of *Marcoux and Solomon v. The Queen*²¹, at pp. 768-9:

The limit of the privilege against self-incrimination is clear. The privilege is the privilege of a witness not to answer a question which may incriminate him. That is all that is meant by the Latin maxim, *nemo tenetur seipsum accusare*, often incorrectly advanced in support of a much broader proposition.

In short, the privilege extends to the accused *qua* witness and not *qua* accused, it is concerned with testimonial compulsion specifically and not with compulsion generally.

A claim for protection against self-incrimination can only arise where a tribunal or authority is seeking to compel an individual to disclose something which he does not wish to disclose. In the present case, there was no attempt by anyone to compel the appellant to make the disclosure which he did make. The information given by the appellant to McKnight was furnished by the appellant entirely on his own volition.

For these reasons, it is my opinion that this appeal should be dismissed. However, Jessup J.A. in his reasons went on to consider whether the appellant's confession was properly admissible even on the assumption that McKnight was a person in authority. He concluded that it was admissible. This issue was fully argued before this Court and so I will express my opinion with regard to it.

At the outset, I would point out that the trial judge, in his ruling as to the admissibility of the confession, made the following findings:

In the instant case I am satisfied that what Rothman said to Const. Earl Grant McKnight, and I might add, who was acting in the performance of his duty, would seem to have been free of both fear and [sic] prejudice, and free as well of hope of advantage by reason of the

Avec égards pour l'opinion dissidente du juge Dubin de la Cour d'appel, je suis d'avis que le privilège contre l'auto-incrimination ne s'applique pas dans les circonstances de l'espèce. L'étendue du privilège contre l'auto-incrimination a été clairement définie par mon collègue le juge Dickson dans l'arrêt *Marcoux et Solomon c. La Reine*²¹, aux pp. 768 et 769:

La limite du privilège contre l'auto-incrimination est claire. Le privilège est celui d'un témoin de ne pas répondre à une question qui peut l'incriminer. C'est là tout ce que signifie la maxime latine *nemo tenetur seipsum accusare*, que l'on avance souvent à tort pour étayer une proposition beaucoup plus générale.

En résumé, le privilège s'applique à l'accusé en tant que témoin et non pas en tant qu'accusé; il s'applique particulièrement à la contrainte de témoigner et non pas à la contrainte en général.

Une demande de protection contre l'auto-incrimination ne peut être présentée que lorsqu'un tribunal ou une autorité cherche à contraindre une personne à divulguer une chose qu'elle ne veut pas divulguer. En l'espèce, personne n'a cherché à contraindre l'appelant à faire la divulgation. C'est tout à fait de son propre gré que l'appelant a donné les renseignements à l'agent McKnight.

Pour ces motifs, je suis d'avis de rejeter le présent pourvoi. Cependant, dans ses motifs, le juge Jessup a ensuite examiné la question de savoir si la confession de l'appelant était à bon droit recevable même si l'on prenait pour acquis que McKnight était une personne ayant autorité. Il a conclu qu'elle était recevable. Cette question a été débattue à fond devant cette Cour et je formulerais mon opinion à ce sujet.

J'aimerais souligner au départ qu'en statuant sur la recevabilité de la confession, le juge du procès a tiré les conclusions suivantes:

[TRADUCTION] En l'espèce, je suis convaincu que la déclaration de Rothman à l'agent Earl Grant McKnight qui, je pourrais ajouter, agissait dans l'exécution de ses fonctions, ne semble pas être inspirée par la crainte d'un préjudice, ni par l'espoir d'un avantage du fait qu'il ait

²¹ [1976] 1 S.C.R. 763.

²¹ [1976] 1 R.C.S. 763.

facts that he had been mislead or tricked into believing that he was speaking to a person actually held in custody.

On these findings, the respondent had satisfied the requirements for the admission of the confession as stated in the *Ibrahim* case. The trial judge, however, refused to admit the confession because, he said:

However, in light of the facts of this particular case, I believe that continuation of the intent to obtain a statement by this disguise puts into doubt whether the inculpatory statement had been properly elicited, and I feel that in the circumstances that I must rule against admissibility herein.

It was not, in my opinion, a sufficient basis for the refusal of the trial judge to receive the confession in evidence solely because he disapproved of the method by which it was obtained. The issue in the case was as to whether the confession was voluntary.

I have already noted that this Court has accepted Lord Sumner's statement in *Ibrahim* as to the test as to whether a confession is voluntary. In the *Boudreau* case, Rand J., in delivering his own judgment, referred to the *Ibrahim* case and said at pp. 269-70, in a statement which has been cited in this Court by Hall J. in *Piché v. The Queen*²² at p. 37 and by Spence J. in *Ward v. The Queen*²³ at pp. 39-40:

The cases of *Ibrahim v. Rex* [1914] A.C. 599, *Rex v. Voisin* (1918) 1 K.B. 531 and *Rex v. Prosko* 63 S.C.R. 226 lay it down that the fundamental question is whether the statement is voluntary. No doubt arrest and the presence of officers tend to arouse apprehension which a warning may or may not suffice to remove, and the rule is directed against the danger of improperly instigated or induced or coerced admissions. It is the doubt cast on the truth of the statement arising from the circumstances in which it is made that gives rise to the rule. What the statement should be is that of a man free in volition from the compulsions or inducements of authority and what is sought is assurance that that is the case. The underlying and controlling question then remains: is the statement freely and voluntarily made?

été induit en erreur ou amené à croire par la ruse qu'il parlait à un codétenu.

Selon ces conclusions, les déclarations de l'intimé répondaient aux exigences relatives à la recevabilité d'une confession formulées dans l'arrêt *Ibrahim*. Toutefois, le juge du procès a refusé de recevoir en preuve la confession pour le motif suivant:

[TRADUCTION] Cependant, compte tenu des faits en l'espèce, je suis d'avis que la continuité de l'intention d'obtenir une déclaration au moyen de ce déguisement fait douter que la déclaration incriminante ait été correctement obtenue, et dans les circonstances j'estime devoir conclure qu'elle est irrecevable ici.

A mon avis, le juge du procès ne pouvait fonder son refus de recevoir en preuve la confession sur sa seule désapprobation de la méthode par laquelle elle avait été obtenue. La question en litige était de savoir si la confession était volontaire.

J'ai déjà fait remarquer que cette Cour a accepté la déclaration de lord Sumner dans l'arrêt *Ibrahim* quant au critère pour déterminer si une confession est volontaire. En prononçant son propre jugement dans l'arrêt *Boudreau*, le juge Rand a mentionné l'arrêt *Ibrahim* et la déclaration qu'il a faite aux pp. 269 et 270 a été citée par le juge Hall de cette Cour dans l'arrêt *Piché c. La Reine*²² à la p. 37 et par le juge Spence dans l'arrêt *Ward c. La Reine*²³ aux pp. 39 et 40:

[TRADUCTION] Les affaires *Ibrahim v. Rex* [1914] A.C. 599, *Rex v. Voisin*, (1918) 1 K.B. 531 et *Rex c. Prosko*, 63 R.C.S. 226 posent en principe que la question fondamentale est d'établir si la déclaration est volontaire. Sans aucun doute, l'arrestation et la présence des policiers tendent à susciter une certaine crainte qu'une mise en garde peut suffire ou ne pas suffire à dissiper; la règle vise à écarter le risque d'aveux provoqués irrégulièrement, soutirés ou extorqués. C'est le doute que les circonstances où elle est faite font naître sur la véracité de la déclaration qui donne lieu à la règle. La déclaration doit être celle d'une personne dont la volonté est libre de contraintes ou d'incitations de l'autorité et ce que l'on recherche c'est l'assurance que tel est bien le cas. La question fondamentale et décisive est donc celle-ci: la déclaration a-t-elle été faite librement et volontairement?

²² [1971] S.C.R. 23.

²³ [1979] 2 S.C.R. 30.

²² [1971] R.C.S. 23.

²³ [1979] 2 R.C.S. 30.

This statement was construed by Pickup C.J.O., in *R. v. Fitton*²⁴ at pp. 714-5 in the following manner:

In my opinion, the Crown does not discharge the onus resting upon it by merely adducing oral testimony showing that an incriminating statement made by an accused person was not induced by a promise or by fear of prejudice or hope of advantage. That statement of the rule of law is too narrow. The admissions must not have been "improperly instigated or induced or coerced": per Rand J. in *Boudreau v. The King, supra*, at p. 269. The admissions must be self-impelled, and the statement must be the statement of a man "free in volition from the compulsions or inducements of authority". The statement must be "freely and voluntarily made". Applying that principle to the particular facts in this case, I have reached the conclusion that the Crown has failed to show that the oral statement made by the appellant, or the written statement made by him immediately afterwards, was free and voluntary.

On the appeal in that case to this Court it was held that the decision of the Court in *Boudreau* did not extend in any way the rule laid down in *Ibrahim* and that it was still the law that a statement is admissible in evidence if it is shown that it was voluntary in the sense that it has not been obtained by fear or prejudice or the hope of advantage exercised or held out by a person in authority.

Rand J., at pp. 962-3, said:

The Chief Justice of Ontario, speaking for the majority of the Court of Appeal, has treated the expression "freely and voluntarily", used in *Boudreau v. The King*, as if it connoted only a spontaneous statement, one unrelated to anything as cause or occasion in the conduct of the police officers; but with the greatest respect that is an erroneous interpretation of what was there said. The language quoted must be read primarily in the light of the matters that were being considered. As the opening words show, there was no intention of departing from the rule as laid down in the authorities mentioned; the phrase "free in volition from the compulsions or inducements of authority" (*Boudreau v. The King, supra*, at p. 269) means free from the compulsion of apprehension of prejudice and the inducement of hope for advantage, if an admission is or is not made. That fear or hope could be instigated, induced or coerced, all

Cette déclaration a été interprétée comme suit par le juge Pickup, juge en chef de l'Ontario, dans l'arrêt *R. v. Fitton*²⁴ aux pp. 714 et 715:

[TRADUCTION] A mon avis, le ministère public ne se libère pas de son obligation simplement en présentant des témoignages qui établissent que la déclaration incriminante de l'accusé n'a pas été obtenue par une promesse ou la crainte d'un préjudice ou l'espoir d'un avantage. Cette formulation de la règle de droit est trop restreinte. Les aveux ne doivent pas avoir été «provoqués irrégulièrement, soutirés ou extorqués»: le juge Rand dans *Boudreau c. Le Roi*, précité, à la p. 269. Les aveux doivent être faits volontairement et la déclaration doit être celle d'un homme «dont la volonté est libre de contraintes ou d'incitations de l'autorité». La déclaration doit être «faite librement et volontairement». Appliquant ce principe aux faits particuliers de l'espèce, j'en viens à la conclusion que le ministère public n'a pas réussi à démontrer que la déclaration verbale faite par l'appellant, ou la déclaration écrite qu'il a faite immédiatement après, étaient libres et volontaires.

Quand cette Cour a été saisie de cette affaire en appel, elle a statué que son arrêt *Boudreau* n'élargissait en aucune façon la règle formulée dans l'arrêt *Ibrahim* et qu'en droit une déclaration demeurait recevable en preuve si l'on établissait qu'elle a été faite volontairement, c.-à-d. qu'elle n'a pas été obtenue par crainte d'un préjudice ou dans l'espoir d'un avantage dispensés ou promis par une personne ayant autorité.

Le juge Rand a dit aux pp. 962 et 963:

[TRADUCTION] Parlant au nom de la majorité de la Cour d'appel, le Juge en chef de l'Ontario a considéré l'expression «librement et volontairement», employée dans l'arrêt *Boudreau c. Le Roi*, comme si elle désignait seulement une déclaration spontanée, aucunement reliée à une autre chose qui serait la cause ou l'occasion à l'origine du comportement des agents de police; avec égards, c'est là une interprétation erronée de ce qui a été dit dans cet arrêt. Il faut interpréter le texte cité dans le contexte des questions qui étaient examinées. Comme l'indiquent les premiers mots, on ne voulait pas s'écartier de la règle formulée dans la jurisprudence mentionnée; l'expression «dont la volonté est libre de contraintes ou d'incitations de l'autorité» (*Boudreau c. Le Roi*, précité, à la p. 269) signifie libre des contraintes ou de la crainte d'un préjudice et de l'espoir d'un avantage possible, selon qu'il y a aveu ou pas. La crainte ou l'espoir

²⁴ [1956] S.C.R. 958, revising [1956] O.R. 696.

²⁴ [1956] R.C.S. 958, infirmant [1956] O.R. 696.

these terms referring to the element in the mind of the confessor which actuated or drew out the admission.

In an earlier passage at p. 962 he had said:

The rule on the admission of confessions, which, following the English authorities, was restated in *Boudreau v. The King*, at times presents difficulty of application because its terms tend to conceal underlying considerations material to a determination. The cases of torture, actual or threatened, or of unabashed promises are clear; perplexity arises when much more subtle elements must be evaluated. The strength of mind and will of the accused, the influence of custody or its surroundings, the effect of questions or of conversation, all call for delicacy in appreciation of the part they have played behind the admission, and to enable a Court to decide whether what was said was freely and voluntarily said, that is, was free from the influence of hope or fear aroused by them.

The admissibility of a confession was under consideration by this Court in two recent cases. In *Horyath v. The Queen*²⁵, the accused voluntarily underwent an interview by a police polygraph operator lasting for four hours. There was a taped transcript of what he said. During the interview, the police officer left the accused alone three times. During these intervals, the accused reflected aloud in what were called monologues or soliloquies. During the second monologue, the accused admitted killing his mother. After the second monologue, the accused repeated his confession to the police officer. In the third monologue, he asked his mother's forgiveness for having disclosed the incident. Following that, the accused signed a written confession.

The trial judge accepted the opinion of a psychiatrist that up to the end of the second monologue the accused was in a light hypnotic state. He rejected the confession because the accused, for a sizeable part of the interview immediately prior to the confession, had been in an hypnotic state.

In this Court, three members of the seven-man panel supporting the judgment of the Court of

peuvent être provoqués, occasionnés ou suscités, toutes ces expressions s'appliquant à l'esprit du confesseur qui a incité ou obtenu l'aveu.

Dans un passage précédent, à la p. 962, il avait dit:

[TRADUCTION] La règle sur la recevabilité des confessions qui, conformément à la jurisprudence anglaise, a été reformulée dans l'arrêt *Boudreau c. Le Roi*, est parfois difficile d'application parce que sa formulation tend à dissimuler des considérations sous-jacentes pertinentes à la décision. Les cas de torture ou de menaces de torture ou de promesses éhontées sont clairs; la situation se complique lorsque des éléments beaucoup plus subtils doivent être évalués. La force d'esprit et la volonté de l'accusé, l'effet de la détention, de l'environnement, la portée des questions ou de la conversation, tout cela exige une analyse minutieuse de leur rôle dans l'aveu et sert à la Cour pour déterminer si la déclaration a été libre et volontaire, c'est-à-dire exempte de l'influence d'un espoir ou d'une crainte qu'ils auraient pu susciter.

Cette Cour s'est penchée sur la recevabilité d'une confession dans deux arrêts récents. Dans l'arrêt *Horvath c. La Reine*²⁵, l'accusé s'est volontairement entretenu pendant environ quatre heures avec un opérateur de détecteur de mensonges. Toute la conversation a été enregistrée. À trois reprises, pendant l'entretien, l'agent a laissé l'appelant seul dans la pièce. Pendant ces laps de temps l'appelant réfléchissait à haute voix, se livrant à ce qu'on a appelé des monologues ou des soliloques. Pendant le deuxième monologue l'appelant a avoué avoir tué sa mère. Après le deuxième monologue l'appelant a réitéré ses aveux à l'agent de police. Pendant le troisième monologue, l'appelant a demandé à sa mère de lui pardonner d'avoir dévoilé l'incident. À la fin, l'accusé a signé une confession écrite.

Le juge du procès a accepté l'opinion d'un psychiatre que jusqu'à la fin du deuxième monologue l'accusé était dans un état d'hypnose légère. Il a refusé d'admettre la confession parce que pendant une partie appréciable de l'entretien et immédiatement avant de passer aux aveux, l'accusé était dans un état d'hypnose.

Trois juges de cette Cour, sur les sept qui ont entendu ce pourvoi, ont appuyé l'arrêt de la Cour

²⁵ [1979] 2 S.C.R. 376.

²⁵ [1979] 2 R.C.S. 376.

Appeal for British Columbia held the confession to be admissible as the hypnotic state had ended before the written confession was made and there was no evidence that it had been obtained by fear of prejudice or hope of advantage. Two members of the majority held the confession to be inadmissible because, in all the circumstances, it was not free and voluntary. Spence J., at p. 408, said:

In my respectful opinion, the judgment of this Court in *Fitton* must be limited so as not to rule admissible statements made by the accused when not induced by hope of advantage or fear or prejudice but which are certainly not voluntary in the ordinary English sense of the word because they were induced by other circumstances such as existed in the present case.

The other two members of the majority held that the confession was not admissible, holding that unconsented hypnosis induced by a person in authority should be added to the motives for exclusion mentioned in *Ibrahim*. The written confession, though made after the accused was in a state of hypnosis, flew directly from the earlier statement made while under hypnosis. Therefore it was not voluntary.

*Ward v. The Queen*²⁶ was concerned with the admissibility of a confession in a case involving a charge of criminal negligence in the operation of a motor vehicle. This was a single vehicle accident. The accused and his lady friend, the deceased, were found on the ground outside the vehicle. He was unconscious and had to be revived by mouth to mouth resuscitation administered by the occupants of the first vehicle to arrive after the accident. In issue in the case was whether the accused or the deceased was operating the vehicle at the time of the accident.

The police interviewed the accused about half an hour after the accident occurred and at the hospital some five or six hours later. To the police he admitted that he was the driver of the vehicle, although earlier, in response to a question from the person who had revived him, he said that he was not. On the *voir dire*, he said he could remember nothing from the time he was in the Palliser Hotel,

d'appel de la Colombie-Britannique et conclu que la confession était recevable puisque l'état d'hypnose était terminé avant que les aveux écrits ne soient faits et qu'aucune preuve n'indiquait qu'ils avaient été obtenus par crainte d'un préjudice ou espoir d'un avantage. Deux membres de la majorité ont conclu que la confession n'était pas recevable parce que, étant donné toutes les circonstances, elle n'était pas libre et volontaire. Le juge Spence a dit à la p. 408:

A mon avis, il faut restreindre la portée de l'arrêt *Fitton*, de manière à ne pas juger recevable une déclaration faite par un accusé qui, sans être provoquée par l'espoir d'un avantage ou la crainte d'un préjudice, n'est certainement pas volontaire au sens ordinaire de ce terme en anglais parce qu'elle l'a été par d'autres circonstances comme c'est le cas en l'espèce.

Deux autres membres de la majorité ont conclu que la confession n'était pas recevable, parce qu'une hypnose provoquée sans consentement par une personne ayant autorité devait être ajoutée au motif d'exclusion mentionné dans l'arrêt *Ibrahim*. La confession écrite, bien qu'elle ait été faite après que l'accusé fut sorti d'un état d'hypnose, découlait directement de la déclaration antérieure faite sous hypnose. Donc elle n'était pas volontaire.

L'affaire *Ward c. La Reine*²⁶ portait sur la recevabilité d'une confession dans une affaire de négligence criminelle dans la conduite d'un véhicule à moteur. Cet accident n'impliquait qu'un seul véhicule. L'accusé et sa compagne, la défunte, ont été trouvés sur le sol à l'extérieur de la voiture. Il était inconscient et a dû être ranimé par la respiration artificielle qui a été pratiquée par les occupants du premier véhicule arrivé sur les lieux de l'accident. La question en litige était de savoir qui de l'accusé ou de la victime conduisait le véhicule au moment de l'accident.

La police a interrogé l'accusé environ une demi-heure après l'accident puis à l'hôpital quelque cinq ou six heures plus tard. Il a admis à l'agent de police qu'il conduisait le véhicule bien que plus tôt il ait dit à la personne qui l'avait ranimé qu'il n'était pas le conducteur. Au cours du voir dire, il a déclaré ne se souvenir de rien depuis le moment où il était à l'hôtel Palliser, Calgary, quelques

Calgary, some hours before the accident. His doctor at the hospital said the accused could answer simple questions but was unable to tell him what had happened.

Spence J., delivering the judgment of the Court, cited the passage above quoted from the reasons of Rand J. in *Boudreau* and stressed the concluding words "The underlying and controlling question then remains: is the statement freely and voluntarily made?" He went on to say at p. 40:

I have underlined the last sentence in Rand J.'s statement to indicate that in my view the examination of whether there was any hope of advancement or fear of prejudice moving the accused to make the statements is simply an investigation of whether the statements were "freely and voluntarily made". In my view, there is a further investigation of whether the statements were freely and voluntarily made even if no hope of advantage or fear of prejudice could be found in consideration of the mental condition of the accused at the time he made the statements to determine whether or not the statements represented the operating mind of the accused. In my view, Manning J. engaged in a consideration of both the mental and physical condition of the accused, firstly, to determine whether a person in his condition would be subject to hope of advancement or fear of prejudice in making the statements, when perhaps a normal person would not, and, secondly, to determine whether, due to the mental and physical condition, the words could really be found to be the utterances of an operating mind. Manning J. had a reasonable doubt of both issues and, therefore, found the statements to be inadmissible. It is not denied that a reasonable doubt on the part of the trial judge upon the issue is sufficient to justify his refusal to admit the statements in evidence.

Horvath and *Ward* are cases in which, although there had been no fear of prejudice or hope of advantage held out by a person in authority, the confessions were excluded essentially because of the existence of a reasonable doubt as to whether the confession in question was "the utterance of an operating mind".

The same question arose in the case of *Nagotcha v. The Queen*²⁷. In that case the trial judge admitted in evidence inculpatory statements

heures avant l'accident. Le médecin qui l'a traité à l'hôpital a dit que l'accusé pouvait répondre à des questions simples mais qu'il était incapable de lui dire ce qui était arrivé.

Prononçant l'arrêt de la Cour, le juge Spence a cité le passage susmentionné des motifs du juge Rand dans *Boudreau* et a insisté sur les derniers mots «La question fondamentale et décisive est donc celle-ci: la déclaration a-t-elle été faite librement et volontairement?» Il a poursuivi en disant à la p. 40:

J'ai souligné la dernière phrase de cet extrait pour indiquer qu'à mon avis, lorsque l'on cherche à savoir s'il y a eu espoir d'un avantage ou crainte d'un préjudice incitant l'accusé à faire des déclarations, on essaie simplement de savoir si les déclarations ont été «faites librement et volontairement». A mon avis, il faut en outre, même lorsqu'on ne peut établir qu'il y a eu espoir d'un avantage ou crainte d'un préjudice, se demander si les déclarations ont été faites librement et volontairement, compte tenu de l'état mental de l'accusé au moment où il les a faites pour déterminer si elles reflètent l'état d'esprit conscient de l'accusé. A mon avis, le juge Manning a pris en considération l'état physique et mental de l'accusé tout d'abord pour décider si une personne dans son état pouvait être influencée par l'espoir d'un avantage ou la crainte d'un préjudice en faisant les déclarations, alors qu'une personne normale ne l'aurait peut-être pas été et, de deuxièmement, pour décider si, vu l'état mental et physique, on peut vraiment reconnaître dans ces paroles les propos d'un esprit totalement conscient. Le juge Manning avait un doute raisonnable sur ces deux points et a donc jugé les déclarations irrecevables. On ne nie pas qu'un doute raisonnable du juge du procès sur la question suffit à justifier son refus d'admettre les déclarations en preuve.

Dans les arrêts *Horvath* et *Ward*, malgré l'absence de la crainte d'un préjudice ou de l'espoir d'un avantage promis par une personne ayant autorité, les confessions ont été jugées irrecevables principalement en raison d'un doute raisonnable quant à savoir si la confession en question était «les propos d'un esprit totalement conscient».

La même question s'est posée dans l'affaire *Nagotcha c. La Reine*²⁷. Dans cette affaire le juge du procès a admis en preuve certaines déclarations

²⁷ [1980] 1 S.C.R. 714.

²⁷ [1980] 1 R.C.S. 714.

made by the accused on the day of his arrest and a few months later when he was being taken to a mental health centre after being remanded there by a Provincial Court Judge.

The accused did not give evidence on the *voir dire*, but evidence was given by a psychiatrist that he diagnosed the accused as a paranoid schizophrenic. He testified that the accused, initially, was not fit to stand trial, but his condition improved under treatment and no issue was raised as to his fitness when the trial began. Insanity was not raised as a defence.

Chief Justice Laskin, delivering the judgment of the Court upholding the ruling of the trial judge, said at p. 716:

It is clear that there was evidence upon which the trial Judge could act in holding that the inculpatory statements were admissible, and it would be going too far to hold, as an invariable rule, that inculpatory statements by an insane man were *ipso facto* inadmissible: see *Sinclair v. The King* (1946), 73 C.L.R. 316; *R. v. Basto* (1954), 91 C.L.R. 628. The main contention that the trial Judge had applied the wrong test of voluntariness, in respect of statements by a paranoid schizophrenic was based on an alleged distinction between the test expressed in *R. v. Santinon* (1973), 11 C.C.C. (2d) 121, [21 C.R.N.S. 323, [1973] 3 W.W.R. 113], a judgment of the British Columbia Court of Appeal and the test expressed by this Court in the judgment delivered by Spence J., in *Ward v. The Queen*, [1979] 2 S.C.R. 30, [(1979), 44 C.C.C. (2d) 498, 94 D.L.R. (3d) 18], O'Driscoll J., was said to have adopted the *Santinon* test, and it was submitted that the *Ward* case, which had not yet been decided at the time that the accused was tried, prescribed a different test, one more favourable to the accused. This is not the way that I read the two cases.

He went on to quote from the judgment of Bull J.A. in *Santinon* and that of Spence J. in *Ward* and held that the trial judge, although he had not, in terms, used the words "operating mind", had addressed himself to the proper considerations.

I have reviewed the authorities in this Court with a view to showing that, in determining the admissibility of a confession to a person in author-

incriminantes faites par l'accusé le jour de son arrestation et quelques mois plus tard lorsqu'il a été renvoyé à un centre psychiatrique par un juge de la Cour provinciale.

L'accusé n'a pas témoigné au voir dire mais un psychiatre a témoigné avoir diagnostiqué que l'appelant souffrait de schizophrénie paranoïaque. Il a témoigné qu'au départ l'accusé était incapable de subir son procès mais que son état s'était amélioré par suite de traitements et sa capacité de subir son procès n'a pas été contestée lorsque le procès a débuté. L'aliénation mentale n'a pas été invoquée en défense.

Le juge en chef Laskin, prononçant le jugement de la Cour qui a maintenu la décision du juge du procès, a dit à la p. 716:

Il est clair qu'il y avait des éléments de preuve sur lesquels le juge du procès pouvait se fonder pour décider que les déclarations incriminantes étaient admissibles; ce serait aller trop loin que d'adopter, comme règle invariable, que les déclarations incriminantes d'un aliéné sont *ipso facto* inadmissibles: voir *Sinclair v. The King*, (1946), 73 C.L.R. 316; *R. v. Basto* (1954), 91 C.L.R. 628. C'est sur une supposée distinction entre le critère formulé dans un arrêt de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique, *R. v. Santinon* (1973), 11 C.C.C. (2d) 121, [21 C.R.N.S. 323, [1973] 3 W.W.R. 113], et celui énoncé par cette Cour dans le jugement prononcé par le juge Spence dans *Ward c. la Reine*, [1979] 2 R.C.S. 30, [(1979), 44 C.C.C. (2d) 498, 94 D.L.R. (3d) 18], que se fonde l'argument principal que le juge du procès a appliqué le mauvais critère quant au caractère volontaire, à l'égard de déclarations faites par un schizophrène paranoïaque. On a dit que le juge O'Driscoll avait adopté le critère énoncé dans l'arrêt *Santinon*, et on fait valoir que l'arrêt *Ward*, qui n'avait pas été rendu à l'époque où le procès de l'accusé a eu lieu, prescrit un critère différent, plus favorable à ce dernier. Ce n'est pas là mon interprétation de ces deux arrêts.

Il a poursuivi en citant un extrait du jugement du juge Bull de la Cour d'appel dans l'arrêt *Santinon* et du juge Spence dans l'arrêt *Ward* et a conclu que, bien qu'il n'ait pas employé l'expression «état d'esprit conscient», le juge du procès avait tenu compte des éléments appropriés.

J'ai examiné la jurisprudence de cette Cour afin d'établir que, pour décider de la recevabilité d'une confession faite à une personne ayant autorité, la

ity, the Court is not immediately concerned with the truth or reliability of the statement made by the accused, but with the question as to whether the statement he has made was free and voluntary, within the stated rules and whether the confession was the utterance of an operating mind.

It has been suggested that this Court adopted a new rule respecting the admissibility of confessions in its judgment in the case of *Alward and Mooney v. The Queen*²⁸. I do not agree for the following reasons.

In that case the appellants had been charged with a murder which occurred in connection with a robbery. At the outset of his judgment, Spence J., who spoke for the majority of the Court, pointed out, at p. 561, that although the appellant had submitted a number of grounds for appeal, counsel for the Crown, respondent, had been called upon to reply only to submissions in reference to three grounds:

1. The admissibility of evidence of similar acts.
2. The judge's charge as to intoxication.
3. The application of s. 613(1)(b)(iii) of the *Criminal Code*.

The statements of the accused relating to the charge of murder were found by the trial judge to have been voluntarily made and the Court of Appeal agreed. Counsel for the respondent was not called upon to submit argument to this Court on that issue.

Limerick J.A., who delivered the reasons for the Court of Appeal for New Brunswick²⁹, dealt with the admissibility of all of the statements made by the accused, and not only those concerning the commission of the offence charged, in the following fashion, at pp. 431-2:

The trial Judge found that all the statements given or made by the appellant were voluntarily given. The evidence does not disclose that he erred therein. The rule as originally applied was that no statement made by an accused is admissible in evidence against him unless it be shown by the prosecution to have been a voluntary statement in the sense that it has not been obtained from

Cour ne doit pas s'interroger directement sur l'exactitude ou la véracité de la déclaration faite par l'accusé, mais qu'elle doit plutôt chercher à savoir si la déclaration a été faite librement et volontairement, suivant les règles et si l'on reconnaît dans cette confession les propos d'un esprit totalement conscient.

On a prétendu que cette Cour a adopté une nouvelle règle relativement à la recevabilité des confessions dans l'arrêt *Alward et Mooney c. La Reine*²⁸. Je n'accepte pas cette prétention pour les raisons suivantes.

Dans cette affaire les appellants ont été accusés de meurtre au cours d'un vol qualifié. Au début de ses motifs, le juge Spence, parlant pour la majorité de la Cour, a fait remarquer, à la p. 561, que bien que les appellants aient présenté un grand nombre de moyens d'appel, on avait demandé au substitut du procureur général, intimé, de ne répondre qu'à trois d'entre eux, savoir:

1. L'admissibilité de la preuve d'actes similaires.
2. L'exposé du juge du procès sur l'ivresse.
3. L'application du sous-al. 613(1)b)(iii) du *Code criminel*.

Le juge du procès a conclu que les déclarations de l'accusé relatives à l'inculpation de meurtre étaient volontaires et la Cour d'appel a souscrit à cette opinion. Cette Cour n'a pas demandé à l'intimé de plaider sur cette question.

Le juge Limerick qui a prononcé les motifs de la Cour d'appel du Nouveau-Brunswick²⁹ a traité comme suit de la recevabilité de toutes les déclarations faites par l'accusé et non pas seulement celles concernant la perpétration de l'infraction imputée aux pp. 431 et 432:

[TRADUCTION] Le juge du procès a conclu que toutes les déclarations données ou faites par l'appelant étaient volontaires. La preuve n'indique pas qu'il se soit trompé sur ce point. Suivant la règle initialement appliquée, aucune déclaration faite par l'accusé n'est recevable en preuve contre lui à moins que la poursuite n'établisse qu'il s'agit d'une déclaration volontaire en ce sens qu'elle

²⁸ [1978] 1 S.C.R. 559.

²⁹ (1976), 32 C.C.C. (2d) 416.

²⁸ [1978] 1 R.C.S. 559.

²⁹ (1976), 32 C.C.C. (2d) 416.

him either by fear of prejudice or hope of favour or advantage exercised or held out by some one in authority. The term "voluntary" must always be interpreted in this special sense and not in the sense of being spontaneous. The fact that some questions may be asked which induce the statement does not destroy the voluntariness of the statement. This rule of English criminal law has been adopted by our Courts, which have also, to a large extent, adopted, by case law, the further English rule of Court that the statement to be admissible must not be obtained by oppression. I can find no evidence of such oppression in this case as would justify the Court in setting aside the finding of the trial Judge.

The fact that Constable Munn said to Sergeant Scott in the presence of the appellant that the old man has regained consciousness and will be able to identify his assailants,—although untrue, and might induce a sense of fear in the appellant, would not render the statement inadmissible. The fear contemplated by the rule of evidence is not a fear of being caught or identified or a fear induced by the accused's guilty conscience but a fear of reprisal if he failed to talk or give the statement.

The principle on which the rule is founded is that the accused may have been induced or influenced to say what is untrue and, if being uncertain whether the statement is true, it would be unsafe to receive a statement made under any influence of hope or fear.

The true test, therefore, is did the evidence adduced by the Crown establish that nothing, said or done by any person in authority, could have induced the accused to make a statement which was or might be untrue because thereof. The Crown met that test.

It is the last paragraph in this quotation which it is contended stated a new test as to the admissibility of a statement. It should be noted, however, that Limerick J.A. at the beginning of the passage quoted the rule as to voluntariness "adopted by our Courts". The paragraph in question is related to the untruthful statement made by the police officers to the accused to the effect that the victim had regained consciousness and would be able to identify his assailants. When this paragraph is read in context, I do not regard it as seeking to break new ground as to the law governing the admissibility of confessions. Limerick J.A. properly directed himself to the issue of voluntariness, and, significantly, did not exclude the statements because they were induced by deception.

n'a pas été obtenue par crainte d'un préjudice ou espoir d'un avantage dispensés ou promis par une personne ayant autorité. Il faut toujours interpréter le terme «volontaire» dans ce sens particulier et non pas dans le sens d'être spontané. Le fait qu'on ait pu poser certaines questions de façon à susciter la déclaration ne détruit pas le caractère volontaire de la déclaration. Cette règle de droit pénal anglais a été adoptée par nos cours qui ont également adopté, dans une large mesure, par la jurisprudence, l'autre règle de pratique anglaise suivant laquelle la déclaration, pour être recevable, ne doit pas avoir été obtenue par oppression. En l'espèce je ne peux trouver aucune preuve d'oppression qui permettrait à la Cour d'annuler la conclusion du juge du procès.

Le fait que l'agent Munn ait dit au sergent Scott en la présence de l'appelant que le vieil homme avait repris conscience et pourrait identifier ses assaillants, bien que cela ait été faux et susceptible de susciter la crainte chez l'appelant, ne rend pas la déclaration irrecevable. La crainte envisagée par la règle de preuve n'est pas la crainte d'être surpris ou identifié ni la crainte inspirée par la conscience coupable de l'accusé, mais une crainte de représailles s'il refuse de parler ou de faire la déclaration.

Le principe qui sous-tend la règle est que l'accusé peut avoir été incité ou amené à faire une fausse déclaration et, dans l'incertitude quant à l'exactitude de la déclaration, il serait imprudent d'accepter une déclaration faite sous l'influence de la crainte ou de l'espoir.

Le véritable critère est le suivant: la preuve présentée par le ministère public a-t-elle établi que personne n'a usé de son autorité pour inciter les accusés à faire des déclarations pouvant être fausses? Le ministère public a rempli cette exigence.

On prétend que le dernier paragraphe de cette citation formule un nouveau critère quant à la recevabilité de la déclaration. Il faudrait noter, toutefois, qu'au début du passage précité le juge Limerick cite la règle quant au caractère volontaire «adoptée par nos cours». L'alinéa en question se rapporte à la fausse déclaration faite par les agents de police à l'accusé que la victime avait repris conscience et pourrait identifier ses assaillants. Lu dans ce contexte, je ne crois pas que cet alinéa élargisse le droit régissant la recevabilité des confessions. Le juge Limerick a correctement examiné la question du caractère volontaire et, ce qui est significatif, n'a pas exclu les déclarations parce qu'elles avaient été incitées par tromperie.

In his reasons in this Court, Spence J. recited from the judgment of Limerick J.A. the three reasons which had been given by the trial judge for admitting the statements of the accused about the other occurrences, *i.e.* two robberies in motels in which they had been involved. The admissibility of evidence as to similar acts was one of the three points on which the Court heard argument.

Spence J. then went on to say at pp. 562-3:

Limerick J.A. concluded after discussing the evidence as to the statements in detail:

The true test, therefore, is did the evidence adduced by the Crown establish that nothing, said or done by any person in authority, could have induced the accused to make a statement which was or might be untrue because thereof. The Crown met that test.

This Court agreed with that conclusion.

In light of this background, I do not agree that it can be said that this Court in this casual and indirect manner had adopted any new test for the admissibility of a confession. That this is so is made manifest by the fact that in the *Horvath* case, decided less than two years later, Spence J., in his reasons, made no reference to the *Alward* case. His remarks were directed to the scope of the judgment in *Fitton*. Had he considered that the *Alward* case defined a new test for the admissibility of a confession, he would certainly have applied it in the *Horvath* case.

What is significant in the *Alward* case, in relation to the present appeal, is that this Court accepted as admissible statements made by the accused notwithstanding the fact that the police had knowingly given to the accused false information to the effect that the victim had regained consciousness and would be able to identify his assailants. There is no suggestion in *Alward* that the confession could be excluded by the trial judge because of this conduct.

In my opinion the effect of the judgments in this Court as to the admissibility of confessions is that in order to render the confession admissible the Crown must meet the requirements stipulated in *Ibrahim*. Even when this has been done, there may

Dans les motifs qu'il a rendus pour cette Cour, le juge Spence a cité, du jugement du juge Limerick, les trois raisons que le juge du procès a invoquées pour recevoir en preuve les déclarations de l'accusé concernant les autres incidents, soit deux vols commis dans des motels et dans lesquels ils étaient impliqués. La recevabilité d'une preuve d'actes similaires est l'un des trois moyens sur lesquels la Cour a entendu des plaidoiries.

Le juge Spence s'est exprimé comme suit aux pp. 562 et 563:

Après avoir longuement analysé la preuve relative aux déclarations, le juge Limerick a conclu:

[TRADUCTION] Le véritable critère est le suivant: la preuve présentée par le ministère public a-t-elle établi que personne n'a usé de son autorité pour inciter les accusés à faire des déclarations pouvant être fausses? Le ministère public a rempli cette exigence.

Cette Cour a partagé cette conclusion.

Compte tenu de ces faits, je ne crois pas que l'on puisse dire que cette Cour, de cette façon fortuite et indirecte, a adopté un nouveau critère pour la recevabilité d'une confession. Cela est confirmé par le fait que dans l'arrêt *Horvath*, rendu moins de deux ans plus tard, le juge Spence, dans ses motifs, n'a fait aucune mention de l'arrêt *Alward*. Ses remarques se rapportaient à la portée de l'arrêt *Fitton*. S'il avait été d'avis que l'arrêt *Alward* formulait un nouveau critère de recevabilité d'une confession il l'aurait certainement appliqué dans l'arrêt *Horvath*.

Ce qui est significatif dans l'arrêt *Alward*, relativement au présent pourvoi, est que cette Cour a jugé recevable des déclarations faites par l'accusé malgré le fait que l'agent de police avait volontairement donné à l'accusé de faux renseignements suivant lesquels la victime avait repris conscience et pourrait identifier ses assaillants. Rien ne laisse croire dans l'arrêt *Alward* que le juge du procès pouvait exclure cette confession en raison de cette manière d'agir.

A mon avis, l'effet des arrêts de cette Cour quant à la recevabilité des confessions est que pour qu'une confession soit recevable le ministère public doit remplir les exigences énoncées dans l'arrêt *Ibrahim*. Même lorsque cela a été fait, certaines

be circumstances involved in connection with the obtaining of the confession from which the Court may conclude that the confession was not free and voluntary, *e.g.* as in *Horvath* and *Ward* where there is a reasonable doubt as to whether the statement was the utterance of an operating mind. In such a case, the confession is not admissible.

The judgment of the Ontario Court of Appeal in *R. v. McLeod*³⁰ is of interest in this connection. Laskin J.A. (as he then was) delivering the judgment of the Court, said at pp. 103-4:

The accused, appellant, was with the police at a station for about an hour during which she was questioned and gave a statement; and following this she was charged.

Two officers were present during the questioning which was conducted by one only. He tried, as he said, to put her at her ease, by questions not directed to the robbery, and then proceeded to narrate the sequence of events on the night of the robbery. Getting no response from the accused, he then told her that the complainant was still unconscious, in hospital and on the critical list. These were lies, as the officer admitted. The accused, who also gave this account of what the officer told her, said in her evidence on the "trial within the trial" that she became frightened, started to cry and proceeded to make a statement. The officer took her into a smaller room, asked her to repeat her story and typed it. The accused hung back when asked to sign the typed statement, but did so after (according to her evidence) the officer told her that it would not incriminate her.

The general principles of law respecting the admissibility of inculpatory statements have been authoritatively stated for this Court by the Supreme Court of Canada in *Boudreau v. The King*, [1949] S.C.R. 262, 7 C.R. 427, 94 C.C.C. 1, [1949] 3 D.L.R. 81, and reaffirmed in *Regina v. Fitton*, [1956] S.C.R. 958, 24 C.R. 371, 116 C.C.C. 1, 6 D.L.R. (2d) 529, 10 Can. Abr. (2nd) 6479. But as Rand and Kellock JJ. pointed out in the latter case (at p. 962), these principles at times present difficulty of application because their terms tend to conceal underlying considerations material to a determination; and they continue:

"The case of torture, actual or threatened, or of unabashed promises are clear; perplexity arises when

circonstances relatives à l'obtention de la confession peuvent permettre à la Cour de conclure que la confession n'était pas libre et volontaire, par exemple, les affaires *Horvath* et *Ward* où il y avait un doute raisonnable quant à savoir si la déclaration était la manifestation d'un esprit totalement conscient. En pareil cas la confession est irrecevable.

L'arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario *R. v. McLeod*³⁰ présente un intérêt à ce point de vue. Le juge Laskin (maintenant Juge en chef du Canada) prononçant l'arrêt de la Cour d'appel a dit aux pp. 103 et 104:

[TRADUCTION] L'accusée, appelante, a passé une heure environ au poste avec les policiers au cours de laquelle elle a été interrogée et a fait une déclaration; ensuite elle a été inculpée.

Deux agents de police étaient présents pendant l'interrogatoire auquel un seul a participé. Il a cherché, dit-il, à la mettre à l'aise, par des questions non liées au vol, et a ensuite relaté la suite des événements survenus la nuit du vol. N'obtenant aucune réponse de l'accusée, il lui a ensuite dit que la victime était toujours inconsciente à l'hôpital et qu'elle était dans un état critique. L'agent de police a admis qu'il s'agissait là de mensonges. L'accusée qui a également fait ce récit de ce que l'agent lui avait dit, a témoigné au voir dire qu'elle était devenue effrayée, qu'elle avait commencé à pleurer et qu'elle avait commencé à faire une déclaration. L'agent l'a amenée dans une pièce plus petite, lui a demandé de répéter son histoire et l'a dactylographiée. L'accusée a hésité lorsque l'agent lui a demandé de signer mais (selon son témoignage) a accepté après que l'agent lui eut dit que sa déclaration ne l'incriminerait pas.

Les principes de droit généraux relatifs à la recevabilité des déclarations incriminantes ont été péremptoirement formulés pour cette cour par la Cour suprême du Canada dans *Boudreau c. Le Roi*, [1949] R.C.S. 262, 7 C.R. 427, 94 C.C.C. 1, [1949] 3 D.L.R. 81, et réaffirmés dans *Regina c. Fitton*, [1956] R.C.S. 958, 24 C.R. 371, 116 C.C.C. 1, 6 D.L.R. (2d) 529, 10 Can. Abr. (2nd) 6479. Mais, comme les juges Rand et Kellock l'ont fait remarquer dans ce dernier arrêt (à la p. 962), ces principes présentent parfois des difficultés d'application parce que leur formulation tend à dissimuler des considérations sous-jacentes pertinentes à la décision; et ils poursuivent:

"Les cas de torture ou de menaces de torture ou de promesses éhontées sont clairs; la situation se compli-

³⁰ (1968), 5 C.R.N.S. 101.

³⁰ (1968), 5 C.R.N.S. 101.

much more subtle elements must be evaluated. The strength of mind and will of the accused, the influence of custody or its surroundings, the effect of questions or of conversation, all call for delicacy in appreciation of the part they have played behind the admission, and to enable a Court to decide whether what was said was freely and voluntarily said, that is, was free from the influence of hope or fear aroused by them."

I hold in the present case, contrary to the ruling of the trial Judge, that the Crown has not discharged the burden of proof resting upon it in the matter at issue.

In so holding, I do not rule out as a matter of law all stratagems that the police or persons in authority may employ in questioning a person under arrest. The issue in every case, under the governing law, must be whether they operate or are calculated to operate upon the person to rouse hope of advantage or fear of prejudice, or by their oppressiveness (to borrow a term from the English Judges' Rules) put in doubt at least whether any ensuing inculpatory statement has been properly elicited. In my view, reinforced by a reading of the whole record, the lies and associated incidents in this case had the forbidden effect in inducing the incriminating statement.

Jessup J.A., who was a member of the Court which decided the *McLeod* case, said about that case in his judgment in the present case:

In all the circumstances, including the emotional impact on the accused of the lies told her by the officer which put her in fear, the court held that the Crown had not satisfied the onus on it of proving the accused's statement was voluntary.

The circumstances in the present case are entirely different from those in the *McLeod* case. There is no allegation here that the mind of the accused was affected by the actions of the police officer. No person thought by the accused to be in authority sought by oppression to coerce, or even to persuade the accused to make a statement. His statement was made freely and it was volunteered by him. The circumstances of this case show only that the accused was mistaken as to the identity of the person with whom he was talking. The accused

que lorsque des éléments beaucoup plus subtils doivent être évalués. La force d'esprit et la volonté de l'accusé, l'effet de la détention, de l'environnement, la portée des questions ou de la conversation, tout cela exige une analyse minutieuse de leur rôle dans l'aveu et sert à la Cour pour déterminer si la déclaration a été libre et volontaire, c'est-à-dire exempte de l'influence d'un espoir ou d'une crainte qu'ils auraient pu susciter.»

Je suis d'avis en l'espèce, contrairement à la décision du juge du procès, que le ministère public ne s'est pas libéré du fardeau de la preuve sur cette question.

En parvenant à cette conclusion, je ne rejette pas en droit tous les stratagèmes que la police ou les autres personnes ayant autorité peuvent utiliser lorsqu'ils interrogent une personne en état d'arrestation. Dans chaque cas, la question en vertu du droit applicable doit être de savoir s'ils suscitent ou s'ils ont été employés en vue de susciter chez la personne l'espoir d'un avantage ou la crainte d'un préjudice, ou si leur caractère oppressif (pour employer une expression des règles judiciaires anglaises) soulève un doute quant à savoir si une déclaration incriminante qui en découle a été obtenue de façon régulière. Je suis d'avis, en m'appuyant sur la lecture de l'ensemble du dossier, que les mensonges et incidents reliés à cette affaire ont eu l'effet illicite de susciter la déclaration incriminante.

Le juge Jessup qui était membre de la Cour d'appel qui a rendu l'arrêt *McLeod* a fait le commentaire suivant sur cet arrêt dans la présente affaire.

[TRADUCTION] Etant donné toutes les circonstances, y compris l'effet émotionnel qu'ont eu sur l'accusé les mensonges que lui a racontés l'agent de police, qui ont suscité chez elle la crainte, la cour a conclu que le ministère public ne s'était pas acquitté de l'obligation de prouver que la déclaration de l'accusée était volontaire.

Les circonstances de l'espèce sont tout à fait différentes de celles de l'affaire *McLeod*. On ne prétend pas que l'esprit de l'accusé ait été troublé par le comportement de l'agent de police. Aucune personne que l'accusé tenait pour une personne ayant autorité n'a cherché par l'oppression, la force, ou même la persuasion, à obtenir une déclaration de l'accusé. Sa déclaration a été faite librement et volontairement. Les circonstances de l'affaire démontrent seulement que l'accusé s'est trompé sur l'identité de la personne à laquelle il

thought that person was a fellow prisoner, who presented himself as a sympathetic listener.

For these reasons, in my opinion, the statement was admissible even if McKnight were to be regarded as a person in authority.

I would dismiss the appeal.

LAMER J.—This is an appeal from a judgment of the Court of Appeal for Ontario allowing the Crown's appeal from an acquittal and directing a new trial.

Appellant was charged in the Court of the General Sessions of the Peace, in the Judicial District of Ottawa-Carleton, with possession of cannabis resin for the purpose of trafficking. The case bears on the admissibility of a confession. Following a *voir dire* the County Court Judge ruled this confession inadmissible and directed an acquittal. The circumstances leading to the arrest, the accused's statement and the judge's ruling are to be found in the agreed statement of facts* submitted by the parties:

On November 9, 1976 at approximately 2:30 p.m., Sergeant Woods and Constables Lauzon, Carvish and Gervais of the Ottawa Police Force conducted a search of apartment 1102, 1365 Bank Street in the City of Ottawa under the authority of a search warrant. On the premises at that time were Donal Bonner (D.O.B. 26/06/57), Timothy Hrehoriak (D.O.B. 24/12/60) and the Respondent (D.O.B. 21/12/45). The Respondent advised Constable Gervais that he lived on the premises along with one Nancy Olson. In one of the bedrooms, Sergeant Woods located 128.54 grams of hashish, a set of scales, a cutting knife and a box of tin foil. Upon analysis, the scales and knife were found to have traces of hashish.

The Respondent was given a police warning and was then conveyed to the Ottawa City Police Station at 60 Waller Street along with Bonner and Hrehoriak. Prior to being lodged in a cell, Constable Gervais asked the Respondent if he was willing to give a statement but he declined to do so. The Respondent was later removed from the cell, charged with possession of hashish for the purposes of trafficking and returned to the same cell.

* When in this statement reference is made to "Respondent", the parties are in fact referring to Robert Rothman, the appellant in this Court.

s'adressait. L'accusé croyait qu'il s'agissait d'un codétenu qui figurait comme un auditeur sympathique.

Pour ces motifs, je suis d'avis que la déclaration est recevable même si McKnight doit être considéré comme une personne ayant autorité.

Je suis d'avis de rejeter le pourvoi.

LE JUGE LAMER—Ce pourvoi attaque un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario qui a accueilli l'appel de la poursuite à l'encontre d'un acquittement et ordonné un nouveau procès.

L'appelant a été accusé, en Cour des sessions générales de la paix du district judiciaire d'Ottawa-Carleton, de possession de résine de cannabis pour en faire le trafic. Le débat porte sur la recevabilité d'une confession. Par suite d'un voir dire, le juge de la Cour de comté a décidé que cette confession était irrecevable et il a ordonné un acquittement. Les circonstances qui ont mené à l'arrestation, à la déclaration de l'accusé et à la décision du juge se trouvent à l'exposé conjoint des faits* présenté par les parties:

[TRADUCTION] Le 9 novembre 1976, vers 14 h 30, le sergent Woods et les agents Lauzon, Carvish et Gervais de la police municipale d'Ottawa ont effectué une perquisition au 1365, rue Bank, appartement 1102, en la ville d'Ottawa, en vertu d'un mandat de perquisition. Donal Bonner (né le 26/06/57), Timothy Hrehoriak (né le 24/12/60) et l'intimé (né le 21/12/45), se trouvaient alors sur les lieux. L'intimé a informé l'agent Gervais qu'il habitait à cet endroit avec une nommée Nancy Olson. Dans l'une des chambres à coucher, le sergent Woods a trouvé 128.54 grammes de hachisch, un ensemble de balances, un couteau et une boîte contenant du papier d'étain. Une analyse a révélé que les balances et le couteau portaient des traces de hachisch.

L'intimé a reçu une mise en garde puis a été amené, avec Bonner et Hrehoriak, au poste de police municipale d'Ottawa au 60, rue Waller. Avant de l'envoyer en cellule, l'agent Gervais a demandé à l'intimé s'il désirait faire une déclaration, mais ce dernier a refusé. Plus tard l'intimé a été amené hors de sa cellule, inculpé de possession de hachisch pour en faire le trafic et renvoyé à la même cellule.

* Lorsque dans cet exposé, il est fait mention de l'intimé, les parties désignent Robert Rothman, l'appelant devant cette Cour.

On November 10, 1976 at approximately 1:00 a.m., Constable McKnight, a member of the Ottawa City Police Force acting in an undercover capacity, was placed in an 8' × 8' cell at the Ottawa City Police Station occupied by the Respondent alone. Constable McKnight was placed in the cell on the instructions of Constable Gervais, the investigating officer, in order to obtain information from the Respondent concerning the charge against him. During the trial, a *voir dire* was conducted on the question of whether Constable Earl McKnight was a person in authority. At that time, Constable McKnight was unarmed, wore blue jeans, a blue jacket and brown boots, and had a four or five day growth of beard. Constable McKnight testified on the *voir dire* that the Respondent appeared to be normal and not under the influence of alcohol. No other persons or police officers were visible from the cell. Constable McKnight did not identify himself to the Respondent as a member of the Ottawa City Police Force and the Respondent did not appear to recognize him as such.

Upon entering the cell, the Respondent spoke first to constable McKnight by saying that Constable McKnight "looked like a nark". Constable McKnight just laughed and the Respondent continued that he looked like a nark because of the way he was dressed. Constable McKnight explained that he was dressed like that because he had been fishing. The Respondent then asked Constable McKnight why he was in jail and he replied that it was because of a traffic ticket. Constable McKnight asked the Respondent why he was in jail and the Respondent stated that it was for possession of hashish. While in the cell, Constable McKnight sat beside the Respondent on the only bench. The Respondent then told Constable McKnight that he sold hashish for \$25.00 for 3 grams, that the hash that he had been caught with had been "fronted" to him and that he would have to pay the people back \$1,000 because he had been "busted". The Respondent stated that he would have made \$1,800 on the drugs that he had. Constable McKnight asked if there were many drugs in the City and the Respondent replied that there were approximately 40 pounds. The Respondent also stated that he was arrested at his apartment along with his buddy who was in the next cell. During the conversation, Constable McKnight informed the Respondent that he was a truck driver from the Pembroke area and had been fishing so the Respondent would have the impression that he was not a nark and that he did not know much about drugs. Constable McKnight indicated that people in the Pembroke area were interested in drugs and that he would be interested in getting drugs; however, no deal was set up. The Respondent asked Constable McKnight when he would be getting out and he

Le 10 novembre 1976, vers 1 h 00, l'agent McKnight de la police municipale d'Ottawa, agissant en qualité d'agent double, a été placé dans une cellule de huit pieds sur huit pieds, occupée par l'intimé seul, au poste de la police municipale d'Ottawa. L'agent McKnight a été placé dans la cellule conformément aux directives de l'agent Gervais, l'agent enquêteur, afin d'obtenir des détails de l'intimé concernant l'inculpation contre lui. Au cours du procès, un *voir dire* a été tenu pour déterminer si l'agent Earl McKnight était une personne en situation d'autorité. A ce moment-là, l'agent McKnight n'était pas armé, il portait un blue-jean, une veste bleue et des bottes brunes et avait une barbe de quatre à cinq jours. Au *voir dire*, l'agent McKnight a témoigné que l'intimé lui avait paru normal et ne pas être sous l'influence de l'alcool. Aucun agent de police ou autre personne n'était visible de la cellule. L'agent McKnight ne s'est pas identifié comme membre de la police municipale d'Ottawa et l'intimé ne paraît pas l'avoir considéré comme tel.

L'intimé s'est adressé à l'agent McKnight dès son entrée dans la cellule en disant que ce dernier «ressemblait à un mouchard». L'agent McKnight a ri et l'intimé a ajouté qu'il ressemblait à un mouchard en raison de son habillement. L'agent McKnight a expliqué qu'il était habillé ainsi parce qu'il était allé pêcher. L'intimé a alors demandé à l'agent McKnight pourquoi il était en prison et ce dernier a répondu que c'était à cause d'une contravention aux règles de la circulation. L'agent McKnight a demandé à l'intimé pourquoi il était en prison et ce dernier a dit que c'était pour possession de hachisch. Pendant qu'il était dans la cellule, l'agent McKnight est demeuré assis à côté de l'intimé sur le seul banc disponible. L'intimé a alors dit à l'agent McKnight qu'il vendait du hachisch à raison de \$25 les 3 grammes, qu'il agissait à titre de «dépositaires» au moment où il a été surpris avec le hachisch et qu'il devrait rembourser \$1,000 aux gens parce qu'il avait été «arrêté». L'intimé a dit que les stupéfiants qu'il avait lui auraient rapporté \$1,800. L'agent McKnight lui a demandé s'il y avait beaucoup de stupéfiants dans la ville et l'intimé a répondu qu'il y en avait environ 40 livres. L'intimé a également dit qu'il avait été arrêté à son appartement avec son copain qui était dans la cellule voisine. Au cours de la conversation, l'agent McKnight a informé l'intimé qu'il était un conducteur de camion de la région de Pembroke et qu'il était allé à la pêche de sorte que l'intimé ait l'impression qu'il n'était pas un mouchard et qu'il ne s'y connaissait pas vraiment en stupéfiants. L'agent McKnight a fait observer que des gens de la région de Pembroke s'intéressaient aux stupéfiants et qu'il aimeraient en obtenir; toutefois, aucun marché n'a été conclu. L'intimé a demandé à l'agent McKnight

replied that a buddy would be coming down to pay the fine. The Respondent stated that he had to go to court the next morning because he was on parole respecting other charges. Constable McKnight was released from the cell at 1:07 a.m. and made his notes concerning the conversation shortly thereafter.

After Constable McKnight testified on the *voir dire* the Respondent called no evidence on the issue of whether Constable McKnight was a person in authority.

After argument by counsel, His Honour Judge Matheson ruled that in all the circumstances, Constable McKnight was a person in authority.

No further evidence was called by the Crown on the *voir dire* on the issue of whether the statements made by the Respondent to Constable McKnight were voluntary. The Respondent did not request any other Crown witnesses to be produced for cross-examination on the *voir dire* and did not call any evidence on this issue.

After argument by counsel, His Honour Judge Matheson ruled that the "continuation of the intent to obtain a statement by this disguise" puts into doubt whether the inculpatory statement had properly been elicited and was therefore inadmissible.

The Crown called no further evidence at trial and at the request of Crown Counsel and the direction of His Honour Judge Matheson, the jury returned a verdict of "not guilty" of possession.

The majority in the Court of Appeal (Jessup and Weatherston JJ.A., Dubin J.A., dissenting) was of the opinion that the police officer to whom the statement was made was not, for the purpose of determining the admissibility of the statement, a "person in authority", and that the statement, if relevant, was admissible without any *voir dire* being held to determine whether it met the special test set out in *Ibrahim v. The King*³¹. This conclusion, as regards the police officer, was arrived at by adopting and applying a subjective test followed by many Canadian courts* which is summarized by Kaufman in his third edition of *The Admissibility of Confessions*.

³¹ [1914] A.C. 599.

* Cases pro and contra are exhaustively cited and analyzed by Kaufman, at pp. 81-4, of his 3rd ed. of *The Admissibility of Confessions*, (1979).

quand il serait libéré et il a répondu qu'un copain viendrait payer l'amende. L'intimé a dit qu'il devait comparaître en cour le lendemain matin parce qu'il était sous libération conditionnelle relativement à d'autres accusations. L'agent McKnight a été libéré de la cellule à 1 h 07 et peu après il a consigné ses remarques relatives à la conversation.

Après que l'agent McKnight eut témoigné au voir dire, l'intimé n'a présenté aucune preuve sur la question de savoir si l'agent McKnight était une personne en situation d'autorité.

Après l'argumentation, le juge Matheson a statué que compte tenu de toutes les circonstances l'agent McKnight était une personne en situation d'autorité.

Le ministère public n'a présenté aucune autre preuve au cours du voir dire sur la question de savoir si les déclarations de l'intimé à l'agent McKnight étaient volontaires. L'intimé n'a pas demandé que soient produits, aux fins de contre-interrogatoire au voir dire, d'autres témoins du ministère public et il n'a présenté aucune preuve sur cette question.

Après l'argumentation, le juge Matheson a statué que la «continuité de l'intention d'obtenir une déclaration au moyen de ce déguisement» fait douter que la déclaration incriminante ait été correctement obtenue et donc qu'elle était irrecevable.

Le ministère public n'a présenté aucune autre preuve au procès et, à la demande du substitut du procureur général et suivant les directives du juge Matheson, le jury a rendu un verdict de «non culpabilité» de possession.

La majorité de la Cour d'appel (les juges Jessup et Weatherston, le juge Dubin étant dissident) a exprimé l'avis que le policier à qui la déclaration a été faite n'était pas, aux fins de décider de la recevabilité de la déclaration, une «personne en situation d'autorité», et que la déclaration, si elle est pertinente, était recevable sans qu'il soit nécessaire de tenir un voir dire pour établir si elle répond au critère particulier établi dans l'arrêt *Ibrahim v. The King*³¹. Elle a retenu cette conclusion, en ce qui a trait au policier, en adoptant et en appliquant un critère subjectif suivi par plusieurs cours canadiennes* et que Kaufman résume

³¹ [1914] A.C. 599.

* Kaufman cite et analyse longuement la jurisprudence en faveur et à l'encontre de cette opinion aux pp. 81 à 84, *The Admissibility of Confessions*, 3^e éd., (1979).

bility of *Confessions*, in the following terms (at p. 81):

The true test, it is submitted, is highly subjective: *Did the accused truly believe, at the time he made the declaration, that the person he dealt with had some degree of power over him?* In other words, did the accused think that the person to whom he confessed (or as a result of whose intervention he confessed) could either make good his promise or carry out his threats? If so, such person should be treated as a person in authority; if not, the rules which attach to persons in authority need not be applied, even though the person, from a purely objective point of view, was in a position of undoubted authority.

I am in agreement with the Court of Appeal for Ontario that, for the purpose only of determining whether the statement was or was not obtained "by fear of prejudice or hope of advantage exercised or held out by a person in authority", (*Ibrahim v. The King, supra*, at p. 609), the test is a subjective one and that, under the circumstances of this case, Officer McKnight was not a person in authority.

However, I should add here that whilst the subjectivity of this test is due to what many consider a rationalization (i.e. the possible unreliability of the statement) of the voluntariness rule as enunciated in *Ibrahim v. The King*, (i.e. without fear of prejudice or hope of advantage), the conclusion that the police officer was not a person in authority is a fiction that is necessary only if the rule is couched in terms of voluntariness, and that it is no longer so when the rule is enunciated in terms of reliability.

Having decided that the statement was not made to a person in authority, the Ontario Court of Appeal³² further stated (at p. 381):

Even if the undercover officer in this case had been regarded by the accused as a person in authority, the conditions laid down in *Ibrahim* as to the voluntariness of the accused's statements had been met. There is no suggestion in the agreed facts of a fear of prejudice exercised by Officer McKnight or a hope of favour held out by him.

comme suit dans la troisième édition de *The Admissibility of Confessions* (à la p. 81):

[TRADUCTION] Nous soumettons que le véritable critère est très subjectif: *Au moment où il a fait sa déclaration, l'accusé a-t-il réellement cru que la personne à qui il s'adressait détenait un certain pouvoir sur lui?* En d'autres mots, l'accusé croyait-il que la personne à qui il faisait une confession (ou à l'instigation de laquelle il a fait une confession), pouvait soit tenir sa promesse soit donner suite à ses menaces? Dans l'affirmative, cette personne doit être considérée comme une personne en situation d'autorité; dans la négative, il n'est pas nécessaire d'appliquer les règles relatives aux personnes en situation d'autorité même si la personne était, d'un point de vue purement *objectif*, indubitablement en situation d'autorité.

Je souscris à l'opinion de la Cour d'appel de l'Ontario qu'à la seule fin de décider si la déclaration a été obtenue [TRADUCTION] «par crainte d'un préjudice ou dans l'espoir d'un avantage dispensés ou promis par une personne en situation d'autorité», (*Ibrahim v. The King*, précité, à la p. 609), le critère est subjectif et que, dans les circonstances en l'espèce, l'agent McKnight n'était pas une personne en situation d'autorité.

Je dois cependant ajouter ici que même si la subjectivité de ce critère est due à ce que plusieurs estiment être une rationalisation (c.-à-d. la possibilité que la déclaration ne soit pas digne de foi) de la règle du caractère volontaire énoncée dans l'arrêt *Ibrahim v. The King*, (c.-à-d. sans crainte d'un préjudice ni espoir d'un avantage), la conclusion que le policier n'était pas une personne en situation d'autorité est une fiction qui n'est nécessaire que si la règle est exprimée en fonction du caractère volontaire, et cela n'est plus le cas lorsque la règle est énoncée en fonction de la fiabilité.

Après avoir décidé que la déclaration n'a pas été faite à une personne en situation d'autorité, la Cour d'appel de l'Ontario³² a ajouté (à la p. 381):

[TRADUCTION] Même si, en l'espèce, l'accusé avait considéré l'agent double comme une personne en situation d'autorité, les conditions posées dans l'arrêt *Ibrahim* quant au caractère volontaire des déclarations de l'accusé ont été remplies. Les faits admis par les parties n'indiquent nullement que l'agent McKnight ait utilisé la crainte d'un préjudice ou l'espoir d'un avantage.

³² (1978), 42 C.C.C. (2d) 377.

³² (1978), 42 C.C.C. (2d) 377.

This second conclusion was predicated on the decision of this Court in the case of *R. v. Fitton*³³, in which it reaffirmed what it had said in *Boudreau v. The King*³⁴, adopting the often quoted rule set out in *Ibrahim, supra*, where Lord Sumner said (at p. 609):

It has long been established as a positive rule of English criminal law, that no statement by an accused is admissible in evidence against him unless it is shewn by the prosecution to have been a voluntary statement, in the sense that it has not been obtained from him either by fear of prejudice or hope of advantage exercised or held out by a person in authority.

It is interesting to note that Lord Sumner went on to say (at pp. 610-11):

It is to be observed that logically these objections all go to the weight and not to the admissibility of the evidence. What a person having knowledge about the matter in issue says of it is itself relevant to the issue as evidence against him. That he made the statement under circumstances of hope, fear, interest or otherwise strictly goes only to its weight. In an action of tort evidence of this kind could not be excluded when tendered against a tortfeasor, though a jury might well be told as prudent men to think little of it. Even the rule which excludes evidence of statements made by a prisoner, when they are induced by hope held out, or fear inspired, by a person in authority, is a rule of policy. "A confession forced from the mind by the flattery of hope or by the torture of fear comes in so questionable a shape, when it is to be considered as evidence of guilt, that no credit ought to be given to it"; *Rex v. Warwickshall* [sic] ((1783) 1 Leach, 263). It is not that the law presumes such statements to be untrue, but from the danger of receiving such evidence judges have thought it better to reject it for the due administration of justice: *Reg. v. Baldry* ((1852) 2 Den. Cr. 430, at p. 445). Accordingly, when hope or fear was not in question, such statements were long regularly admitted as relevant, though with some reluctance and subject to strong warnings as to their weight.

Cette deuxième conclusion s'appuyait sur l'arrêt *R. c. Fitton*³³, dans lequel cette Cour a affirmé de nouveau ce qu'elle avait dit dans l'arrêt *Boudreau c. Le Roi*³⁴, adoptant la règle, souvent citée, établie dans l'arrêt *Ibrahim*, précité, où lord Sumner a dit (à la p. 609):

[TRADUCTION] C'est une règle formelle du droit criminel anglais depuis longtemps établie qu'aucune déclaration d'un accusé n'est recevable contre lui à titre de preuve, à moins que l'accusation ne prouve qu'il s'agit d'une déclaration volontaire, c'est-à-dire qui n'a pas été obtenue par crainte d'un préjudice ou dans l'espoir d'un avantage dispensés ou promis par une personne en situation d'autorité.*

On peut noter avec intérêt que lord Sumner poursuit en disant (aux pp. 610 et 611):

[TRADUCTION] Il faut souligner que logiquement, ces objections s'attachent toutes à la force probante et non à la recevabilité de la preuve. Ce que dit une personne, relativement à l'objet d'un litige dont elle a une certaine connaissance, est pertinent à ce litige et peut lui être opposé. Qu'elle ait fait une déclaration sous l'influence de l'espoir, de la crainte, d'un intérêt ou dans toute autre circonstance n'a d'effet que sur la force probante de cette déclaration. Dans une action en responsabilité délictuelle, une preuve de ce genre ne pourrait être exclue si elle était opposée à l'auteur du délit, mais on pourrait recommander au jury d'être prudent et d'y attacher peu d'importance. Même la règle qui exclut la preuve des déclarations qu'a faites un détenu, obtenues par l'espoir qu'une personne en situation d'autorité lui a fait miroiter ou par la crainte qu'elle lui a inspirée, n'est qu'une règle de conduite judiciaire. «Une confession qu'on obtient en faisant miroiter l'espoir ou en inspirant la crainte est tellement suspecte, lorsqu'il faut établir si elle constitue une preuve de culpabilité, qu'on ne peut lui accorder aucune valeur»: *Rex v. Warwickshall* (sic) ((1783) 1 Leach, 263). La loi ne présume pas que ces déclarations sont fausses, mais compte tenu du danger d'admettre de telles preuves, les juges ont préféré les rejeter pour la bonne administration de la justice: *Reg. v. Baldry* ((1852) 2 Den Cr. 430, à la p. 445). Par conséquent, lorsque l'espoir ou la crainte n'était pas en jeu, ces déclarations étaient depuis longtemps admises sur une base régulière comme étant pertinentes, même si on hésitait à le faire et qu'on restait prudent quant à leur force probante.

³³ [1956] S.C.R. 958.

³⁴ [1949] S.C.R. 262.

³³ [1956] R.C.S. 958.

³⁴ [1949] R.C.S. 262.

* Cette traduction est du signataire de l'opinion.

In his dissenting opinion, Dubin J.A. of the Ontario Court of Appeal, after saying (at p. 385) that "... one of the reasons assigned for the rule, as stated in *Ibrahim v. The King, supra*, is that a confession made under such circumstances may be untrue, but it does not follow that where the truth of the confession is no longer in issue that it necessarily becomes admissible", concluded that, whatever may be its philosophical basis, the rule was not exhaustive. He then went on to recognize that a judge has a discretion to exclude a statement to a person in authority if it was obtained in a manner which transgresses his right to remain silent (at p. 386):

In my respectful opinion, the rules respecting confessions and privilege against self-incrimination are related. I use that term in the sense of the right of a person under arrest to remain silent when questioned by law enforcement officers.

I am in agreement with Dubin J.A. that the reliability test is not the only test of the admissibility of a statement against an accused. I also agree that a trial judge should have the power to exclude, whether he had or not until now, under certain circumstances, statements for reasons, hereinafter stated, quite unrelated to their reliability and even though these statements may be of great probative value. I would not however, with deference, predicate the exercise of that power on an extension of the privilege against self-incrimination that would sanction in that way a suspect's right to remain silent (see *Marcoux and Solomon v. The Queen*³⁵). If and to the extent Dubin J.A. does so, I cannot agree with him. In *Marcoux and Solomon v. The Queen*, my brother Dickson speaking for the Court (Laskin C.J. and Martland, Judson, Ritchie, Spence, Pigeon, Dickson, Beetz and de Grandpré JJ.) explained the extent to which that doctrine exists in Canada (at pp. 768-9):

Dans les motifs de sa dissidence, le juge Dubin de la Cour d'appel de l'Ontario, après avoir dit (à la p. 385) que [TRADUCTION] «... une des justifications de la règle établie dans l'arrêt *Ibrahim v. The King*, précité, est qu'une confession faite dans ces conditions peut être fausse, mais il ne s'ensuit pas que, une fois la fiabilité de la confession admise, elle devient nécessairement recevable», conclut que, quel qu'en soit son fondement philosophique, la règle n'est pas exhaustive. Il poursuit en affirmant que le juge a le pouvoir discrétionnaire de rejeter une déclaration faite à une personne en situation d'autorité si elle a été obtenue d'une façon qui viole son droit de garder le silence (à la p. 386):

[TRADUCTION] Avec égards, je suis d'avis que les règles relatives aux confessions et au privilège contre l'auto-incrimination sont connexes. J'emploie ce terme dans le sens du droit qu'a une personne en état d'arrestation de garder le silence lorsqu'un agent de police l'interroge.

Je souscris à l'opinion du juge d'appel Dubin que le critère de la fiabilité n'est pas le seul critère de recevabilité d'une déclaration à l'encontre d'un accusé. Je suis aussi d'avis que le juge du procès devrait avoir le pouvoir, qu'il l'ait eu ou non jusqu'à présent, d'exclure, dans certaines circonstances, des déclarations pour des motifs, énoncés ci-dessous, qui n'ont vraiment pas de rapport avec leur fiabilité et ce, même si ces déclarations peuvent être d'une grande valeur probante. Avec égards, cependant, je ne fonderais pas l'exercice de ce pouvoir sur une extension du privilège contre l'auto-incrimination qui consacrerait de cette façon le droit d'un suspect de garder le silence (voir *Marcoux et Solomon c. La Reine*³⁵). Si c'est ce qu'affirme le juge Dubin, et dans la mesure où il le fait, je ne suis pas d'accord avec lui. Dans l'arrêt *Marcoux et Solomon c. La Reine*, mon collègue le juge Dickson, qui a énoncé les motifs au soutien du jugement de cette Cour (le juge en chef Laskin et les juges Martland, Judson, Ritchie, Spence, Pigeon, Dickson, Beetz et de Grandpré) explique la portée de cette doctrine au Canada (aux pp. 768 et 769):

³⁵ [1976] 1 R.C.S. 763.

³⁵ [1976] 1 S.C.R. 763.

The limit of the privilege against self-incrimination is clear. The privilege is the privilege of a witness not to answer a question which may incriminate him. That is all that is meant by the Latin maxim *nemo tenetur seipsum accusare*, often incorrectly advanced in support of a much broader proposition.

As applied to witnesses generally, the privilege must be expressly claimed by the witness when the question is put to him in the witness box, *Canada Evidence Act*, R.S.C. 1970, c. E-10, s. 5. As applied to an accused, the privilege is the right to stand mute. An accused cannot be asked, much less compelled, to enter the witness box or to answer incriminating questions. If he chooses to testify, the protective shield, of course, disappears. In short, the privilege extends to the accused *qua* witness and not *qua* accused, it is concerned with testimonial compulsion specifically and not with compulsion generally: *Attorney-General of Quebec v. Begin* [1955] S.C.R. 593; *In re Validity of Section 92(4) of the Vehicles Act 1957 (Sask.)* [1958] S.C.R. 608; see also the helpful article "*Is there a right against self-incrimination in Canada?*" by Professor Ed. Ratushny, (1973) 19 McGill Law Journal 1.

In Canada the right of a suspect not to say anything to the police is not the result of a right of no self-incrimination but is merely the exercise by him of the general right enjoyed in this country by anyone to do whatever one pleases, saying what one pleases or choosing not to say certain things, unless obliged to do otherwise by law. It is because no law says that a suspect, save in certain circumstances*, must say anything to the police that we say that he has the right to remain silent, which is a positive way of explaining that there is on his part no legal obligation to do otherwise. His right to silence here rests on the same principle as his right to free speech, but not on a right to no self-incrimination. Therefore any frustration of his choice not to say anything is not an encroachment to a right to no self-incrimination for he has such a right only "*qua witness*" and "*qua accused*" as explained in *Solomon (supra)*. This is not to say that the fact that an arrested person's choice to remain silent has been frustrated is to be disre-

* There are circumstances under which a citizen is under the obligation to answer certain police queries, i.e. *Moore v. The Queen*, [1979] 1 S.C.R. 195.

La limite du privilège contre l'auto-incrimination est claire. Le privilège est celui d'un témoin de ne pas répondre à une question qui peut l'incriminer. C'est là tout ce que signifie la maxime latine *nemo tenetur seipsum accusare*, que l'on avance souvent à tort pour étayer une proposition beaucoup plus générale.

Appliqué aux témoins en général, le privilège doit être expressément invoqué par le témoin lorsqu'il est à la barre et que la question lui est posée, *Loi sur la preuve au Canada*, S.R.C. 1970, c. E-10, art. 5. Appliqué à un accusé, le privilège consiste dans le droit de s'abstenir de répondre. On ne peut demander à un accusé, encore moins l'obliger, de venir à la barre aux témoins ou de répondre à des questions incriminantes. S'il choisit de témoigner, il perd évidemment cette protection. En résumé, le privilège s'applique à l'accusé en tant que témoin et non pas en tant qu'accusé; il s'applique particulièrement à la contrainte de témoigner et non pas à la contrainte en général: *Procureur général du Québec c. Bégin* [1955] R.C.S. 593; *Le renvoi sur la validité de l'article 92(4) du Vehicles Act 1957 (Sask.)* [1958] R.C.S. 608; voir aussi l'intéressant article du professeur Ed. Ratushny, «*Is there a right against self-incrimination in Canada?*», (1973) 19 McGill Law Journal 1.

Au Canada, le droit d'un suspect de ne rien dire à la police ne découle pas d'un droit de ne pas s'incriminer, mais n'est que l'exercice, de sa part, du droit général dont jouit toute personne de ce pays de faire ce qui lui plaît, de dire ce qui lui plaît ou de choisir de ne pas dire certaines choses à moins que la loi ne l'y oblige. C'est parce qu'aucune loi ne dit qu'un suspect, sauf dans certaines circonstances*, doit dire quelque chose à la police que nous disons qu'il a le droit de garder le silence; c'est une façon positive d'expliquer que la loi ne l'oblige pas à agir autrement. Son droit de garder le silence s'appuie alors sur le même principe que celui qui lui accorde la liberté de parole, mais non sur un droit de ne pas s'incriminer. Par conséquent, la violation de son choix de ne rien dire n'est pas une atteinte à un droit de ne pas s'incriminer puisqu'il jouit de ce droit seulement en tant que «témoin» et «accusé» comme on l'explique dans *Solomon* (précité). Cela ne veut pas dire qu'on ne doit pas tenir compte du fait qu'on a violé le choix

* Il y a des cas où un citoyen est tenu de répondre à certaines questions de la police; voir *Moore c. La Reine*, [1979] 1 R.C.S. 195.

garded; it is surely one of the circumstances to be taken into account by the judge when considering the admissibility of his statement by applying the test I will describe further on, but it is only one of the circumstances and would not of necessity result in excluding a statement as would be the case if suspects enjoyed in Canada as encompassing a privilege against self-incrimination as that which they do in the United States. But I should like to add here, that I agree with Dubin J.A. that the rule is related to the privilege against self-incrimination for it is, in my opinion, predicated in part on the right an accused person enjoys not to be compelled to testify; but in part only, for the rule is also the result of a desire on the part of the judges to protect the system's respectability and, as a result, its very acceptance by its constituency.

Over the years judges and scholars (see Vincent Del Buono, "Voluntariness and Confessions: A Question of Fact or Question of Law?", (1976-77) 19 Crim. L.Q. 100, at pp. 100-01; E.J. Ratushny, "Self-Incrimination: Nailing the Coffin Shut", (1977-78) 20 Crim. L.Q. 312, "Unravelling Confessions", (1970-71) 13 Crim. L.Q. 453; G.A. Martin, "The Admissibility of Confessions and Statements", (1962-63) 5 Crim. L.Q. 35; A.C. Hutchinson and N.R. Withington, "Horvath v. The Queen: Reflections on the Doctrine of Confessions", (1980) 18 Osgoode Hall L.J. 146) have minutely analysed Lord Sumner's choice of words in *Ibrahim* in order to determine the scope of the rule governing the admission of statements by a suspect to persons in authority (at p. 609): "... a voluntary statement, in the sense that it has not been obtained from him either by fear of prejudice or hope of advantage exercised or held out by a person in authority".

Some judges have given those words a strict interpretation and have held that the only circumstances where the exclusionary rule will operate are to be found in the words "fear of prejudice" and "hope of advantage" and only when such

d'une personne en état d'arrestation de garder le silence; c'est certes une des circonstances dont le juge doit tenir compte quand il examine la recevabilité de sa déclaration en appliquant le critère que je vais décrire plus loin, mais ce n'est qu'une des circonstances, et elle n'aurait pas nécessairement pour effet d'exclure une déclaration comme ce serait le cas si les suspects jouissaient, au Canada, d'un privilège contre l'auto-incrimination aussi étendu que celui dont ils jouissent aux États-Unis. Mais je veux ajouter ici que je souscris à l'opinion du juge Dubin que la règle est reliée au privilège contre l'auto-incrimination puisqu'à mon avis, elle s'appuie en partie sur le droit dont jouit l'accusé de ne pas être contraint de témoigner; mais elle s'y appuie en partie seulement puisque la règle résulte aussi d'un désir qu'ont les juges de protéger la respectabilité du système et, par conséquent, son acceptation même par ceux qu'il sert.

Avec les années, les juges et les auteurs (voir Vincent Del Buono, «Voluntariness and Confessions: A Question of Fact or Question of Law?», (1976-77) 19 Crim. L.Q. 100, aux pp. 100 et 101; E.J. Ratushny, «Self-Incrimination: Nailing the Coffin Shut», (1977-78) 20 Crim. L.Q. 312, «Unravelling Confessions», (1970-71) 13 Crim. L.Q. 453; G.A. Martin, «The Admissibility of Confessions and Statements», (1962-63) 5 Crim. L.Q. 35; A.C. Hutchinson et N.R. Withington, «Horvath v. The Queen: Reflections on the Doctrine of Confessions», (1980) 18 Osgoode Hall L.J. 146) ont analysé avec minutie le choix des mots qu'a employés lord Sumner dans l'arrêt *Ibrahim* en vue de déterminer la portée de la règle régissant la recevabilité des déclarations que fait un suspect à des personnes en situation d'autorité (à la p. 609): [TRADUCTION] «... une déclaration volontaire, c'est-à-dire qui n'a pas été obtenue par crainte d'un préjudice ou dans l'espoir d'un avantage dispensé ou promis par une personne en situation d'autorité».

Certains juges ont attribué à ces mots une interprétation stricte et ont décidé que les seuls cas où la règle d'exclusion s'applique sont ceux où il y a «crainte d'un préjudice» et «espérance d'un avantage», et uniquement lorsque la «crainte» ou l'«espérance» ont

"fear" or "hope" has been "exercised or held out by a person in authority".

Others have relied on other passages of the judgment, and have concluded that those same words should not be regarded as exhaustive, but as merely illustrative of those circumstances which would render a statement involuntary (see: Vincent Del Buono, *supra*, at p. 104). Their reason for doing so is that they felt that the test was not a true dictionary-sense-of-the-word "voluntariness" test but in fact a "reliability" test. This interpretation of Lord Sumner's use of the word "voluntary" is justified, they say, by his apparent rationalization of the rule when he quoted *R. v. Warickshall*³⁶ to the effect that (at pp. 610-11) "A confession forced from the mind by the flattery of hope or by the torture of fear comes in so questionable a shape, when it is to be considered as evidence of guilt, that no credit ought to be given to it". Others found they had an even wider discretion by relying on another passage of Lord Sumner's remarks where he said (at p. 611): "It is not that the law presumes such statements to be untrue, but from the danger of receiving such evidence judges have thought it better to reject it for the due administration of justice."

étaient «dispensés ou promis par une personne en situation d'autorité».

D'autres se sont fondés sur d'autres passages du jugement pour conclure que ces mêmes mots ne doivent pas être considérés comme exhaustifs, mais comme de simples exemples des circonstances qui peuvent rendre une déclaration involontaire (voir: Vincent Del Buono, précité, à la p. 104). Ils concluent ainsi parce qu'ils estiment que le critère n'est pas un critère de caractère «volontaire» selon le sens véritable que les dictionnaires donnent à ce mot mais qu'il est en fait un critère de «fiabilité». Cette interprétation de l'emploi que fait lord Sumner du mot «volontaire» se justifie, selon eux, par sa rationalisation apparente de la règle lorsqu'il cite *R. v. Warickshall*³⁶ qui dit (aux pp. 610 et 611) que [TRADUCTION] «Une confession qu'on obtient en faisant miroiter l'espoir ou en inspirant la crainte est tellement suspecte, lorsqu'il faut établir si elle est une preuve de culpabilité, qu'on ne peut lui accorder aucune valeur». D'autres estiment qu'ils ont encore plus de latitude en s'appuyant sur un autre passage des remarques de lord Sumner lorsqu'il dit (à la p. 611): [TRADUCTION] «La loi ne présume pas que ces déclarations sont fausses, mais compte tenu du danger de recevoir ces preuves, les juges ont préféré les rejeter pour la bonne administration de la justice.»

On a dit et écrit beaucoup au sujet de cette règle (du caractère volontaire), de la justification sous-jacente qu'on lui attribue (la fiabilité), et de l'existence et de l'étendue d'un pouvoir discrétionnaire résiduel. Dans un arrêt récent, *Alward et Mooney c. La Reine*³⁷, cette Cour semble avoir reconnu que le critère du caractère «volontaire» ne devait pas être interprété restrictivement, n'était pas exhaustif et que la preuve d'une conduite, de la part des autorités, qui soulève un doute quant à savoir si l'accusé a été incité à faire une déclaration qui puisse ne pas être digne de foi suffira à la faire exclure, peu importe que l'acte des autorités soit ou non susceptible d'inspirer à l'accusé «la crainte d'un préjudice» ou de créer «l'espoir d'un avantage».

³⁶ (1783) 1 Leach, 263.

³⁷ [1978] 1 S.C.R. 559.

³⁶ (1783) 1 Leach, 263.

³⁷ [1978] 1 R.C.S. 559.

In that case, the accused Alward had made a statement to the police whilst under arrest on suspicion of murder. The statement was elicited as the result of a lie by a police officer to the effect that the victim, who in reality was still in a comatose state, had recovered consciousness and would be able to identify his assailants. A full bench of this Court agreed with the conclusion of the Court of Appeal for New Brunswick when that Court said, in dealing with the admissibility of that statement, *per Limerick J.A.* (at p. 562):

The true test, therefore, is did the evidence adduced by the Crown establish that nothing, said or done by any person in authority, could have induced the accused to make a statement which was or might be untrue because thereof. The Crown met that test.

Though this Court simply stated (at p. 563): "This Court agreed with that conclusion", it appears to me to be a clear and unequivocal finding that should have put an end, if not to all controversies surrounding the confession rule, at least to those concerning whether the rule is mainly a reliability test or a voluntariness one, and, if reliability be the test, whether it is limited to "fear of prejudice" and "hope of advantage" or general. The three sets of reasons to be found a year later in this Court's decision in the case of *Horvath v. The Queen*³⁸, are an indication that such is far from being the case.

While reliability is invoked by most courts as being the rationale for the rule when dealing with lies by the police as to their true identity (*i.e.* the subjective test as to whether a person is a person in authority), there is a general reluctance to adjust the formulation of the rule to that alleged rationale. There is also a feeling that, whether the test is voluntariness or reliability, it is not exhaustive.

This reluctance is quite justified, for reliability, as I will attempt to demonstrate later on, is not

Dans cette affaire, l'accusé Alward avait fait une déclaration à la police alors qu'il était en état d'arrestation et soupçonné de meurtre. La déclaration a été obtenue par suite d'un mensonge d'un policier affirmant que la victime, qui était en réalité encore dans le coma, avait repris conscience et pourrait identifier ses assaillants. Siégeant au complet, cette Cour a souscrit à la conclusion de la Cour d'appel du Nouveau-Brunswick lorsque le juge Limerick de cette cour a dit, en traitant de la recevabilité de cette déclaration (à la p. 562):

[TRADUCTION] Le véritable critère est le suivant: la preuve présentée par le ministère public a-t-elle établi qu'aucune personne en situation d'autorité n'a fait ou dit quoi que ce soit qui ait pu inciter l'accusé à faire une déclaration qui était ou pouvait être fausse? Le ministère public a rempli cette exigence.*

Même si cette Cour a simplement dit (à la p. 563): «La présente Cour partage cette conclusion», cela me paraît être une conclusion claire et non équivoque qui aurait dû mettre fin, si ce n'est à toutes les polémiques entourant la règle concernant la recevabilité des confessions, du moins à celles visant à déterminer si la règle s'appuie principalement sur la fiabilité ou sur le caractère volontaire et, s'il s'agit de la fiabilité, si elle se limite à «la crainte d'un préjudice» et à «l'espoir d'un avantage» ou si elle a une portée générale. Les trois textes de motifs de jugement qu'on trouve un an plus tard dans l'arrêt de cette Cour dans *Horvath c. La Reine*³⁸ indiquent qu'on est loin d'en être là.

Bien que la plupart des cours invoquent la fiabilité comme étant la raison d'être de la règle lorsqu'elles traitent de cas où les policiers ont menti quant à leur véritable identité (*c.-à-d.* l'application du critère subjectif à la question de savoir s'il s'agit d'une personne en situation d'autorité), on répugne en général à recourir à cette prétendue raison d'être pour circonscrire la formulation de cette règle. On sent en outre que le critère, qu'il s'agisse du caractère volontaire ou de la fiabilité, n'est pas exhaustif.

Cette répugnance se justifie amplement du fait que la fiabilité, comme je vais tenter de l'expliquer

* Cette traduction est du signataire de l'opinion.

³⁸ [1979] 2 R.C.S. 376.

really the rationale for the rule but part of the rule itself, part of the test.

Indeed, why have a special exclusionary rule dealing with the reliability of usually highly prejudicial statements made by suspects to persons in authority when we already have an exclusionary rule dealing with unduly prejudicial evidence that is of slight probative value (*R. v. Wray*³⁹, *R. v. Cook*⁴⁰, *Noor Mohamed v. The King*⁴¹, *Stirland v. D.P.P.*⁴², *Maxwell v. D.P.P.*⁴³). Assuming that, not to be redundant, this special exclusionary rule is intended to deal with statements that could not be excluded as being of slight probative value, one then wonders why we have, as a question of policy, imposed a higher standard of probative value for "statements" before letting the trier of fact be apprised of the very existence of such evidence. Put in other words, what is the policy consideration that overrides the application of the fundamental evidentiary rule that the weight of evidence, when relevant and, if highly prejudicial, of more than slight probative value, is for the trier of fact? Indicia as to the answer to this question are to be found in the very formulation of the test, whether one adopts, as this Court did, Limerick J.A.'s test in *Alward and Mooney* (*supra*) or that of Lord Sumner in *Ibrahim* (*supra*). If the concern with statements made to persons in authority was primarily a concern about their reliability why then should we only be concerned when "the hope" or "the fear" entertained by the suspect is due to its having been "exercised or held out by a person in authority" (the *Ibrahim* formulation) or only when the unreliability is the result of something having been "said or done by any person in authority" (the *Alward and Mooney* formulation)? The other statements, those where the hope or fear or unreliability is not the doing of the authorities, are no less unreliable; furthermore, it is not because the possible unreliability of the statement is the result of what persons in authority have said or done that the trier of fact is any less capable of weighing that evidence and should be

plus loin, n'est pas vraiment la raison d'être de la règle mais une partie de la règle elle-même, une partie du critère.

En effet, pourquoi avoir une règle d'exclusion particulière portant sur la fiabilité de déclarations habituellement très préjudiciables que font les suspects à des personnes en situation d'autorité lorsque nous avons déjà une règle d'exclusion concernant les preuves très préjudiciables qui ont peu de valeur probante (*R. c. Wray*³⁹, *R. v. Cook*⁴⁰, *Noor Mohamed v. The King*⁴¹, *Stirland v. D.P.P.*⁴², *Maxwell v. D.P.P.*⁴³). En tenant pour acquis que, pour ne pas être redondante, cette règle d'exclusion particulière vise les déclarations qu'on ne pourrait exclure en invoquant le motif qu'elles auraient peu de valeur probante, on se demande alors pourquoi, comme règle de conduite judiciaire, nous avons imposé un critère de valeur probante plus élevé à l'égard des «déclarations» avant de permettre au juge des faits de prendre connaissance de cette preuve. En d'autres mots, quelle est la considération de politique judiciaire qui permet d'écartier l'application de la règle fondamentale suivant laquelle la preuve, lorsqu'elle est pertinente et, si elle est très préjudiciable, lorsqu'elle a plus qu'une faible valeur probante, doit être laissée à l'appréciation du juge des faits? On peut trouver des indices de réponse à cette question dans la formulation même du critère, que l'on adopte, comme l'a fait cette Cour, le critère du juge Limerick dans l'arrêt *Alward et Mooney* (précité) ou celui de lord Sumner dans l'arrêt *Ibrahim* (précité). Si la préoccupation à l'égard des déclarations faites à des personnes en situation d'autorité porte avant tout sur leur fiabilité, pourquoi alors faudrait-il s'en préoccuper uniquement lorsque «l'espoir» ou «la crainte» qu'entretient le suspect sont imputables à ce qu'ils ont été «dispensés ou promis par une personne en situation d'autorité» (la formulation de l'arrêt *Ibrahim*) ou uniquement lorsque le peu de fiabilité résulte de ce qu'une «personne en situation d'autorité (n')a fait ou dit» (la formulation de l'arrêt *Alward et Mooney*)? Les autres déclarations, celles où l'es-

³⁹ [1971] S.C.R. 272.

⁴⁰ [1959] 2 Q.B. 340.

⁴¹ [1949] A.C. 182.

⁴² [1944] A.C. 315.

⁴³ [1935] A.C. 309.

³⁹ [1971] R.C.S. 272.

⁴⁰ [1959] 2 Q.B. 340.

⁴¹ [1949] A.C. 182.

⁴² [1944] A.C. 315.

⁴³ [1935] A.C. 309.

precluded from doing so through an exclusionary rule.

As regards whether the test, be it reliability or voluntariness, is considered by judges as being exhaustive, Chief Justice Freedman in an article he wrote (S. Freedman, "Admissions and Confessions", at pp. 95 *et seq.*, in R.E. Salhany and R.J. Carter, ed., *Studies in Canadian Criminal Evidence*, 1972) had this to say (at p. 99):

It is justice then that we seek, and within its broad framework we may find the true reasons for the rule excluding induced confessions. Undoubtedly, as already stated, the main reason for excluding them is the danger that they may be untrue. But there are other reasons, stoutly disclaimed by some judges, openly professed by others, and silently acknowledged by still others—the last perhaps being an instance of an 'inarticulate major premise' playing its role in decision-making. These reasons, all of them, are rooted in history. They are touched with memories of torture and the rack, they are bound up with the cause of individual freedom, and they reflect a deep concern for the integrity of the judicial process. [The underlining is mine.]

A close look at the reported cases substantiates quite convincingly what Chief Justice Freedman said; trial judges are sanctioning, when appropriate, what they think is, under the circumstances of each case, seriously unfair, oppressive, or undesirable conduct on the part of persons in authority by excluding even reliable statements through a liberal interpretation of the voluntariness rule or of the reliability test, whichever is more convenient, and quite understandably through a more stringent application of the rules of evidence concerning the credibility of witnesses and the burdens of proof and of persuasion that rest upon the shoulders of the authorities.

Former Chief Justice Gale, of Ontario, had this to say when, as a trial judge, he delivered judgment on a *voir dire* (*R. v. McCorkell*, cited in "Notes and Comments", (1964-65) 7 Crim. L.Q. 395, at pp. 396-7):

poir, la crainte ou le peu de fiabilité ne sont pas imputables aux autorités, sont aussi peu fiables; en outre, ce n'est pas parce que le défaut possible de fiabilité de la déclaration résulte de ce que des personnes en situation d'autorité ont dit ou ont fait que le juge des faits est moins capable d'apprécier cette preuve et qu'il devrait en être empêché par l'opération d'une règle d'exclusion.

Quant à savoir si les juges estiment que le critère, que ce soit la fiabilité ou le caractère volontaire, est exhaustif, le juge en chef Freedman a écrit un article (S. Freedman, «Admissions and Confessions» aux pp. 95 et suiv., dans R.E. Salhany et R.J. Carter (éd.), *Studies in Canadian Criminal Evidence*, 1972) dans lequel il dit (à la p. 99):

[TRADUCTION] C'est la justice que nous recherchons alors, et nous pouvons trouver dans son cadre général les motifs véritables de la règle d'exclusion des confessions provoquées. Sans nul doute, comme je l'ai déjà dit, le danger qu'elles soient fausses est le motif principal de leur rejet. Mais il y a d'autres motifs, que certains juges refusent résolument d'admettre, que d'autres déclarent ouvertement, et que d'autres encore reconnaissent tacitement—ce dernier cas en étant peut-être un où une règle fondamentale non écrite joue un rôle dans la prise de décision. Tous ces motifs ont leur racine dans l'histoire. Ils portent le souvenir de la torture et du supplice, ils sont liés à la cause de la liberté individuelle, et ils sont l'expression d'une préoccupation profonde pour l'intégrité de la justice. [C'est moi qui souligne.]

Un examen attentif de la jurisprudence publiée justifie de manière convaincante l'affirmation du juge en chef Freedman; lorsqu'il le faut, les juges du procès condamnent ce qu'ils estiment, dans les circonstances de chaque cas, être une conduite gravement injuste, oppressive ou inopportune de la part des personnes en situation d'autorité: ils vont même jusqu'à exclure des déclarations fiables en interprétant libéralement la règle du caractère volontaire ou du critère de fiabilité, en prenant celui qui convient le mieux et, cela est bien compréhensible, en appliquant plus rigoureusement les règles de preuve relatives à la crédibilité des témoins et les fardeaux de preuve et de persuasion qui incombent aux autorités.

A titre de juge du procès, l'ancien juge en chef Gale de l'Ontario a dit, dans un jugement rendu sur un *voir dire* (*R. v. McCorkell*, cité à «Notes and Comments», (1964-65) 7 Crim. L.Q. 395, aux pp. 396 et 397):

... I am prepared to conclude that they went there in perfectly good faith to speak to the accused. They cautioned him again and he made certain disclosures. Strictly speaking, I concede that these statements were probably voluntary on his part within the meaning of that word under the authorities. However, in my discretion, I am not going to allow them to be admitted as part of the trial, believing as I do that the sanctity of the relationship between a solicitor and his client is not to be lightly frittered away and ought not to be violated, even though innocently as in this case.

It is my opinion that once an accused person has retained counsel to the knowledge of the police or other persons in authority, the latter ought not to endeavour to interview and question that accused person without first seeking and obtaining the concurrence of his solicitor. So strong is my view in this respect that I am therefore exercising my discretion in the way I have indicated, perhaps wrongly, because, strictly speaking, the statement thus procured was probably admissible. I decline, however, to give any encouragement in the future to persons in authority to circumvent the position of an accused's solicitor by going directly to speak to the accused. [The underlining is mine.]

He was one of those who, to use the terms of Chief Justice Freedman, "openly professed" what a great many more "silently", but not less effectively, "acknowledge".

Bringing about a guilty suspect to admit guilt in a statement is not in itself an improper activity. It is only to be repressed if it is done in a way that offends our basic values, that is in a manner which be contrary to the rules of law we have developed for their protection and furtherance. Our criminal justice system has vested the courts with two responsibilities: the protection of the innocent against conviction; and the protection of the system itself by ensuring that the repression of crime through the conviction of the guilty is done in a way which reflects our fundamental values as a society. These concerns have brought about the elaboration by judges and legislatures of procedural and evidentiary safeguards. The concern for the innocent resulted in the reasonable doubt rule (the burden of persuasion) and, considering the individual citizen's position when facing the awesome power of the state, in our putting on the

[TRADUCTION] ... je suis prêt à conclure qu'ils se sont présentés en toute bonne foi pour parler à l'accusé. Ils l'ont mis en garde de nouveau et il a fait certaines divulgations. En droit strict, j'admetts que ces déclarations étaient probablement volontaires de sa part au sens que la jurisprudence donne à ce mot. Cependant, me fondant sur mon pouvoir discrétionnaire, je n'ai pas l'intention de permettre qu'elles soient reçues en preuve au procès, puisque j'estime que le caractère sacré de la relation de l'avocat avec son client ne doit pas être réduit à néant ni ne doit être violé, même de façon innocente comme fut le cas en l'espèce.

Je suis d'avis que lorsqu'un accusé a retenu les services d'un avocat à la connaissance de la police ou d'autres personnes en situation d'autorité, ces derniers ne doivent pas tenter d'interroger l'accusé ou de lui poser des questions sans avoir d'abord demandé et obtenu le consentement de son avocat. Mon opinion est à ce point ferme à cet égard que j'exerce mon pouvoir discrétionnaire dans le sens que j'ai indiqué, peut-être à tort, parce que, en droit strict, la déclaration ainsi obtenue était probablement recevable. Je refuse cependant d'encourager pour l'avenir les personnes en situation d'autorité à circonvenir la position de l'avocat d'un accusé en communiquant directement avec l'accusé. [C'est moi qui souligne.]

Il était de ceux qui, suivant les termes du juge en chef Freedman, «déclarent ouvertement» ce que beaucoup d'autres «reconnaissent tacitement» mais non moins réellement.

Amener un suspect qui est coupable à admettre sa culpabilité dans une déclaration n'est pas en soi une conduite incorrecte. Ce geste ne doit être réprimé que s'il est fait d'une façon qui enfreint nos valeurs fondamentales, c.-à-d. d'une façon qui soit contraire aux règles de droit que nous avons établies en vue de les protéger et de les faire progresser. Notre système de justice pénale a attribué deux responsabilités aux tribunaux: la protection de l'innocent contre une condamnation, et la protection du système lui-même en s'assurant que la répression du crime par la condamnation du coupable se fait d'une façon qui reflète nos valeurs fondamentales en tant que société. Ces préoccupations ont amené l'élaboration, par les juges et le législateur, de garanties en matière de procédure et de preuve. La préoccupation à l'égard de l'innocent a abouti à la règle du doute raisonnable (le fardeau de persuasion) et, étant donné la situation de

shoulders of the state the burden of proof; the concern for the process' respectability resulted in three corollaries:

1. the right for any person not to be convicted through the use against him or her of evidence adduced under oath through compulsion by the law (the protection afforded by s. 5 of the *Canada Evidence Act*, R.S.C. 1970, c. E-10),
2. the right for an accused not to be compelled as a witness at his own trial,
3. the exclusion of statements the admission of which because of conduct on the part of authorities would be more damaging to the system's reputation than that resulting from a guilty accused's acquittal.

It is on the second and third of these corollaries that the rule as regards the admissibility of confessions is predicated and it is with regard to this rationalization that the rule should be formulated and then applied.

As I have said earlier, if there existed in Canada a general right to no self-incrimination, any statement made by a person to persons in authority other than a voluntary statement would not, at a minimum, be admissible in evidence against that person at his or her trial. As that right (apart from the protection of s. 5(2) of the *Canada Evidence Act*) is limited to one's right not to be compelled as a witness in one's trial, it is only if and to the extent the statement is used by the Crown in a way that would amount to such compulsion that the statement should be excluded.

Evidence tendered by the Crown will usually quite normally have the effect of eventually forcing the accused to take the stand or stand convicted. One could not say that by doing so the Crown transgresses the accused's right to stay mute. The accused's right to stay mute or to testify is a choice he will make in light of the probative value of the evidence adduced in and against his interest.

Special considerations however arise when dealing with statements, which, as we all know, are, when tendered in evidence by the Crown, in some way damaging to the accused's defence. That there

chaque citoyen qui affronte le pouvoir imposant de l'Etat, à ce que nous fassions supporter par l'Etat le fardeau de la preuve; la préoccupation à l'égard de la respectabilité du processus judiciaire a abouti aux trois corollaires suivants:

- 1° le droit pour toute personne de ne pas être déclarée coupable par suite de l'utilisation, contre elle, d'un témoignage que la loi l'oblige à faire sous serment (la protection qu'accorde l'art. 5 de la *Loi sur la preuve au Canada*, S.R.C. 1970, chap. E-10),
- 2° le droit, pour un accusé, de ne pas être contraint de témoigner à son propre procès,
- 3° l'exclusion des déclarations dont l'admission en preuve ferait, à cause de la conduite des autorités, plus de tort à la réputation du système que n'en ferait l'acquittement d'un accusé coupable.

C'est sur le deuxième et le troisième corollaires que se fonde la règle portant sur la recevabilité des confessions, et c'est eu égard à cette justification que la règle doit être formulée et appliquée.

Comme je l'ai déjà dit, s'il y avait au Canada un droit général de ne pas s'incriminer, toute déclaration, autre qu'une déclaration volontaire, que fait une personne à des personnes en situation d'autorité serait tout au moins irrecevable en preuve contre cette personne à son procès. Comme ce droit (à l'exception de la protection prévue par le par. 5(2) de la *Loi sur la preuve au Canada*) se limite au droit qu'a une personne de ne pas être contrainte à témoigner à son procès, ce n'est que si la poursuite utilise la déclaration d'une façon qui équivaut à une telle contrainte, et dans la mesure où elle le fait, que la déclaration doit être exclue.

La preuve que présente la poursuite aura habituellement pour conséquence normale de forcer en fin de compte l'accusé à venir à la barre ou à être déclaré coupable. On ne peut dire qu'en agissant ainsi, la poursuite viole le droit qu'a l'accusé de garder le silence. Le droit de l'accusé de garder le silence ou de témoigner est un choix qu'il fera en fonction de la valeur probante de la preuve produite en sa faveur ou contre lui.

Il faut cependant examiner de façon particulière le cas des déclarations qui, nous le savons tous, nuisent, d'une manière ou d'une autre, à la défense de l'accusé lorsque la poursuite les présente en

need be a special approach to statements is not because they are frequently unreliable but because any unreliability surrounding them will usually be adduced only through the accused's own testimony. Elements affecting a statement's reliability, when present, generally have the effect of forcing the accused into the witness stand and then, if this were to happen before the trier of fact, being subject to cross-examination at large. But this is equally so of other types of evidence and is not, nor should it be, reason in itself for excluding evidence. One surely cannot say that because the Crown is tendering as evidence a statement of alleged questionable reliability that it is, any more so than in the case of other types of evidence, indirectly transgressing the accused's right not to testify by forcing him to take the stand and to attack its reliability. But I think that such is the case if the Crown's agents are responsible by what they said or did for the possible presence of these elements of unreliability, whatever might those words or that conduct have been.

As a result a first conclusion may be drawn: a statement before being left to the trier of fact for consideration of its probative value should be the object of a *voir dire* in order to determine, not whether the statement is or is not reliable, but whether the authorities have done or said anything that could have induced the accused to make a statement which was or might be untrue. It is of the utmost importance to keep in mind that the inquiry is not concerned with reliability but with the authorities' conduct as regards reliability. In passing, I should like to mention that considering whether a confession, the reliability of which has been confirmed by real evidence, should be treated differently from others, whether an accused testifying on a *voir dire* should be asked questions relating to the statement's truthfulness, and indeed the very definition of a "person in authority", are matters that, given the opportunity to do so, should be considered in the light of that important distinction.

This first conclusion leads naturally to certain others: that reliability is not the rationale of the voluntariness test, also, that voluntariness, as Lord

preuve. Ce n'est pas parce qu'elles sont souvent peu fiables qu'il faut aborder les déclarations d'une façon particulière, mais parce que tout défaut de fiabilité les entourant ne pourra habituellement être révélé que par le propre témoignage de l'accusé. S'il s'en trouve, les éléments portant atteinte à la fiabilité d'une déclaration ont en général pour effet de forcer l'accusé à venir témoigner et, si cela se produit devant le juge des faits, de le soumettre à un contre-interrogatoire détaillé. Mais il en est également ainsi d'autres genres de preuves, et ce n'est pas ni ne doit être en soi un motif d'exclure une preuve. On ne peut sûrement pas dire que la poursuite, parce qu'elle met en preuve une déclaration dont la fiabilité peut être mise en doute, viole ainsi indirectement, plus que dans le cas d'autres genres de preuves, le droit de l'accusé de ne pas témoigner en le forçant à venir à la barre et à en attaquer la fiabilité. Mais je crois qu'il en est ainsi si les mandataires de la poursuite sont responsables, par ce qu'ils ont dit ou fait, de la présence possible de ces éléments qui en affectent la fiabilité et ce, peu importe ce qu'ils aient dit ou fait.

On peut par conséquent tirer une première conclusion: avant de permettre au juge des faits d'en examiner la valeur probante, une déclaration doit être soumise au *voir dire* en vue d'établir non pas si la déclaration est digne de foi, mais si les autorités ont fait ou dit une chose qui ait pu amener l'accusé à faire une déclaration qui soit ou qui puisse être fausse. Il importe au plus haut point de se rappeler que l'enquête ne porte pas sur la fiabilité mais sur la conduite des autorités relativement à la fiabilité. En passant, je veux souligner que le fait qu'une confession, dont la véracité a été confirmée par une preuve réelle, puisse être traitée différemment des autres, le fait de pouvoir poser à un accusé témoignant à un *voir dire* des questions relatives à la véracité de la déclaration et, bien sûr, la définition même d'une «personne en situation d'autorité» sont des questions qui, si on a l'occasion de le faire, devraient toutes être reconsidérées en fonction de cette importante distinction.

Cette première conclusion mène naturellement à certaines autres conclusions: que la fiabilité n'est pas la raison d'être du critère volontaire; aussi, que

Sumner himself recognized in *Ibrahim*, ("voluntariness" but "in the sense that it has not been obtained . . .") is not really the test.

The first rationale for the confession rule is the repression of conduct on the part of the authorities that indirectly frustrates an accused's right not to testify; the test that corresponds to this first rationale is whether the authorities did anything in eliciting those statements that might affect its reliability.

Would this then mean that voluntariness is of no relevance whatever? I think not. Clearly, the elicitation, against a suspect's will, of a statement usually will, though not always, be the result on the part of the authorities of conduct that will be such as might affect that statement's reliability. But what if not? What if, as in this case, the statement was the result of a ruse or again what if the authorities resorted to truth serum, or hypnotism, but did nothing to render that statement unreliable? As I have stated earlier, mere lack of voluntariness cannot as such be a reason for excluding a statement as there is no general right to no self-incrimination.

Now let us assume that the statement is unreliable, but through no fault on the part of the authorities; if at the same time it was extracted from the suspect against his will as a result of what the authorities have said or did, could it not be argued that, by eliciting the statement, the authorities, though not responsible for unreliable evidence going to the trier of fact, are none the less responsible for the accused's having to take the stand and that, as a result, all involuntary statements should be excluded as a breach by the Crown of the accused's right not to be compelled to testify?

It is of importance, before answering this question, to bear in mind the difference between the situation where the authorities will be responsible for the trier of fact being given a possible unreli-

le caractère volontaire, comme lord Sumner l'a reconnu lui-même dans l'arrêt *Ibrahim*, («volontaire» mais «c'est-à-dire qui n'a pas été obtenue . . .») n'est pas le véritable critère.

La première raison d'être d'une règle de recevabilité en matière de confession est la répression, chez les autorités, d'une conduite qui neutralise indirectement le droit d'un accusé à ne pas témoigner; le critère correspondant à cette première raison d'être est de savoir si les autorités ont, en obtenant ces déclarations, fait une chose qui puisse nuire à leur fiabilité.

Cela voudrait-il dire que le caractère volontaire n'a aucune pertinence? Je ne le crois pas. Il est clair que l'obtention d'une déclaration contre la volonté d'un suspect sera habituellement, bien que ce ne soit pas toujours le cas, la conséquence, de la part des autorités, d'une conduite susceptible de nuire à la fiabilité de cette déclaration. Mais qu'arrive-t-il si ce n'est pas le cas? Qu'arrive-t-il si, comme en l'espèce, la déclaration est obtenue par ruse ou encore, si les autorités ont recours au sérum de vérité, ou à l'hypnotisme mais ne font rien qui rende cette déclaration peu digne de foi? Comme je l'ai déjà dit, la simple absence du caractère volontaire ne peut en soi être un motif pour exclure une déclaration puisqu'il n'y a pas de droit général de ne pas s'incriminer.

Supposons maintenant que la déclaration ne soit pas digne de foi, mais sans qu'il y ait faute de la part des autorités. Si en même temps elle a été soutirée à un suspect contre sa volonté par suite de ce que les autorités ont dit ou ont fait, ne pourrait-on pas soutenir que, ayant provoqué la déclaration, et bien qu'elles ne soient pas responsables de la présentation d'une preuve peu digne de foi au juge des faits, les autorités sont néanmoins responsables de ce que l'accusé doit venir témoigner et que, par conséquent, toutes les déclarations involontaires doivent être exclues parce qu'elles constituent une violation, par la poursuite, du droit de l'accusé de ne pas être contraint à témoigner?

Avant de répondre à cette question, il importe de se rappeler la différence entre la situation suivant laquelle les autorités sont responsables d'avoir fourni au juge des faits une déclaration qui peut

able statement by conduct which is the very cause of such unreliability and that where they are responsible but only because they elicited such a statement against the accused's will.

Indeed, though we have shifted from considering conduct of the authorities that might affect the statement's reliability to that of considering their conduct which affects a suspect's free will, we have not changed the purpose for doing so, namely, the protection of the accused's right not to be compelled to testify at his trial; we are therefore concerned with his free will only to the extent its frustration has an adverse effect on that right. If lack of voluntariness, when considered in this way, were to result automatically in the exclusion of all unwilling statements this would then be, in my opinion, an overextension of the right of an accused to stand mute, and would amount to introducing indirectly into our system a facet of the general privilege of no self-incrimination we do not have in this country. Should this then mean that lack of voluntariness is but relevant if it is the result of conduct on the part of the authorities that might affect the statement's reliability? In fact, that voluntariness *per se* is irrelevant? And if this is so, would this necessarily mean that the reliability test is exhaustive.

One should expect but few of the guilty to admit spontaneously their wrongdoing and should recognize that such admissions when made in or out of court are, more often than not, the result of the effectiveness of the investigative forces. As I have said earlier, there is nothing inherently wrong in outsmarting criminals into admitting their guilt or into jeopardizing the liberty they might be tempted to take with the truth in the course of their trial. Our concern with voluntariness, apart from its aforementioned relation to unreliability, is part of, and, for that reason, in a sense limited to when it equates to, a more general concern we have for the integrity of the criminal justice system. As the criminal justice system exists for the protection of the values we cherish the most as a society, we

être fausse du fait d'une conduite qui soit la cause même de ce défaut de fiabilité, et celle suivant laquelle elles sont responsables uniquement parce qu'elles ont obtenu une déclaration contre la volonté de l'accusé.

En fait, même si nous sommes passés de l'examen de la conduite des autorités susceptible d'avoir des conséquences sur la fiabilité de la déclaration à l'examen de leur conduite qui agit sur le libre arbitre d'un accusé, nous n'avons pas modifié le motif de le faire, soit la protection du droit de l'accusé de ne pas être contraint à témoigner à son procès. Nous nous préoccupons donc de son libre arbitre uniquement dans la mesure où la frustration de son libre arbitre a des conséquences négatives sur ce droit. Si, vue sous cet angle, l'absence du caractère volontaire devait mener automatiquement à l'exclusion de toutes les déclarations qu'on n'a pas voulu faire, ce serait alors, à mon avis, accroître de façon démesurée le droit d'un accusé de garder le silence, et cela équivaudrait à introduire indirectement dans notre système un aspect du privilège général contre l'auto-incrimination que nous n'avons pas dans ce pays. Cela voudrait-il dire alors que l'absence du caractère volontaire n'est pertinente que si elle résulte d'une conduite, de la part des autorités, qui puisse porter atteinte à la fiabilité de la déclaration? Qu'en fait, le caractère volontaire n'est pas pertinent en soi? Et si c'est le cas, cela voudrait-il dire que le critère de la fiabilité est exhaustif?

On doit s'attendre à ce que peu de personnes coupables admettent spontanément leur méfait, et on doit reconnaître que de tels aveux, lorsqu'ils sont faits en cour ou hors de cour, sont, la plupart du temps, le résultat de l'efficacité des enquêteurs. Comme je l'ai déjà dit, il n'y a rien de mal en soi à amener, par ruse, les criminels à admettre leur culpabilité ou à compromettre les libertés qu'ils peuvent être tentés de prendre avec la vérité au cours de leur procès. La préoccupation que nous avons pour le caractère volontaire, mis à part son rapport avec le défaut de fiabilité déjà mentionné, est un élément de la préoccupation plus générale que nous avons pour l'intégrité du système de justice pénale; pour ce motif, elle se restreint en un sens à coïncider avec cette préoccupation plus

consider it counter-productive to the very aims and purposes of the system to admit as evidence against an accused a statement elicited by means that amount to a blatant disregard for those values and others of equal importance we are seeking to protect through the prosecution of his alleged crime. Lack of voluntariness (when not due to conduct by the authorities resulting in possible unreliability) will be of concern if the methods resorted to by the authorities in eliciting that unwilling statement have that negative effect.

générale. Comme le système de justice pénale existe pour protéger les valeurs que nous chérissons le plus en tant que société, nous estimons contraire aux buts et objectifs mêmes du système d'admettre en preuve contre un accusé une déclaration obtenue par des moyens qui équivalent à un manque d'égards criant pour ces valeurs et d'autres valeurs tout aussi importantes que nous cherchons à protéger en poursuivant le crime qu'on lui impute. On tiendra compte de l'absence du caractère volontaire (lorsqu'elle ne résulte pas d'un comportement des autorités qui aboutit à un possible défaut de fiabilité) si les moyens que les autorités ont employés pour obtenir cette déclaration non volontaire ont cet effet négatif.

This concern by the courts for the protection of the integrity of the system has always been present when defining voluntariness, its alleged (in my opinion wrongly so) rationale, and the existence of some residual discretion. Unfortunately, because this concern was not clearly identified and dealt with in an autonomous and comprehensive way, endeavours to rationalize the confession rule have given somewhat blurred results. This difficulty was compounded by the fact that we have tried to accommodate this concern within the two parameters of the *Ibrahim* pronouncement: voluntariness and reliability. As a result, the extent to which we have stretched the voluntariness test to deal on an *ad hoc* basis with statements that had to be excluded but could not be so through the reliability test has clashed with another quite legitimate concern we have also had not to jeopardize the police in their work. The reasons given by this Court in *Horvath* and indeed in many other cases by other courts amply illustrate the point. There are situations where it is desirable that a statement that is not voluntary be admitted, and there are other situations where it should certainly not—(I am speaking here of voluntariness in a wide sense and where lack of voluntariness is not the result of conduct by the authorities that would be dealt with through the reliability test). In fact there are situations where a statement, though given voluntarily in any sense one can reasonably give to that word and notwithstanding the absence of any conduct on the part of the authorities that might affect its reliability, should nevertheless be exclud-

Les cours ont toujours eu cette préoccupation pour la protection de l'intégrité du système quand il s'est agi de définir le caractère volontaire, la raison d'être qu'on lui attribue (à tort à mon avis) et l'existence d'un pouvoir discrétionnaire résiduel. Malheureusement, parce que cette préoccupation n'a pas été identifiée clairement et traitée de façon autonome et complète, les efforts en vue de rationaliser la règle sur la recevabilité des confessions ont produit des résultats quelque peu confus. Cette difficulté était plus grande du fait que nous avons essayé d'adapter cette préoccupation dans le cadre des deux paramètres établis dans l'arrêt *Ibrahim*: le caractère volontaire et la fiabilité. Par conséquent, l'extension que nous avons donnée au critère du caractère volontaire pour exclure, dans chaque cas d'espèce, les déclarations qui devaient l'être mais qu'on ne pouvait exclure en utilisant le critère de la fiabilité, s'est heurtée à une autre préoccupation bien légitime que nous avions de ne pas compromettre le travail de la police. Les motifs que cette Cour a donnés dans l'arrêt *Horvath*, et que d'autres cours ont donnés dans de nombreux autres arrêts, illustrent ce point. Il y a des cas où il est souhaitable de recevoir une déclaration qui n'est pas volontaire, et il y en a d'autres où elle ne doit certainement pas l'être—(je parle ici du caractère volontaire au sens large, lorsque l'absence de ce caractère ne résulte pas d'une conduite des autorités qui serait sanctionnée au moyen du critère de la fiabilité). En fait, il y a des cas où une déclaration, même si elle est volontaire dans tous les sens qu'on peut raisonnablement attribuer à ce mot, et

ed as seriously damaging the system's respectability. Lack of voluntariness is but a symptom that might indicate, but not necessarily so, that the authorities have done something that could have induced the accused to make an unreliable statement or that the statement was elicited in a way damaging to the system's integrity. For this reason it is preferable that voluntariness not be referred to when enunciating the rule (nor indirectly so through the use of expressions such as—oppression—not the result of a free operating mind—the result of a complete emotional disintegration) as it is only one of the factors to be considered along with many others, when deciding if the tendering as evidence of a statement would damage the system's integrity or whether it would amount to a transgression of the accused's right not to testify.

As regards the reliability test, I find it convenient and appropriate to retain the *Alward* formulation since it seems to have already met with some approval in this Court, to which should be added, in order to deal with our concern for the integrity of the judicial process, a norm and its formulation that has already met with the approval of Parliament when enacting s. 178.16 of the *Criminal Code*:

178.16 (1) A private communication that has been intercepted is inadmissible as evidence against the originator of the communication or the person intended by the originator to receive it unless

- (a) the interception was lawfully made; or
- (b) the originator thereof or the person intended by the originator to receive it has expressly consented to the admission thereof;

but evidence obtained directly or indirectly as a result of information acquired by interception of a private communication is not inadmissible by reason only that the private communication is itself inadmissible as evidence.

(2) Notwithstanding subsection (1), the judge or magistrate presiding at any proceedings may refuse to admit evidence obtained directly or indirectly as a result of information acquired by interception of a private communication that is itself inadmissible as evidence

nonobstant l'absence d'une conduite, de la part des autorités, qui puisse porter atteinte à sa fiabilité, doit néanmoins être exclue parce qu'elle nuit gravement à la respectabilité du système. L'absence du caractère volontaire n'est qu'un indice qui peut révéler, bien que ce ne soit pas toujours le cas, que les autorités ont fait une chose qui aurait pu amener l'accusé à faire une déclaration peu digne de foi, ou que la déclaration a été obtenue d'une façon qui porte préjudice à l'intégrité du système. C'est pourquoi il est préférable, dans la formulation de la règle, de ne pas parler du caractère volontaire (ni d'en parler indirectement en employant des expressions telles—oppression—propos qui ne sont pas le produit d'un esprit totalement conscient—propos qui sont le produit d'un effondrement émotionnel complet), puisque ce n'est qu'un des nombreux facteurs dont il faut tenir compte pour décider si la production d'une déclaration en preuve peut porter atteinte à l'intégrité du système ou contrevienir au droit de l'accusé de ne pas témoigner.

Quant au critère de la fiabilité, j'estime utile et approprié de conserver la formulation de larrêt *Alward* qui semble avoir déjà reçu une certaine approbation de cette Cour, à laquelle il faudrait ajouter, afin de tenir compte de notre préoccupation à l'égard de l'intégrité du processus judiciaire, une norme dont la formulation a déjà reçu l'approbation du Parlement lorsqu'il a adopté l'art. 178.16 du *Code criminel*:

178.16 (1) Une communication privée qui a été interceptée est inadmissible en preuve contre son auteur ou la personne à laquelle son auteur la destinait à moins

- a) que l'interception n'ait été faite légalement, ou
- b) que l'auteur de la communication privée ou la personne à laquelle son auteur la destinait n'ait expressément consenti à ce qu'elle soit admise en preuve,

toutefois les preuves découlant directement ou indirectement de l'interception d'une communication privée ne sont pas inadmissibles du seul fait que celle-ci l'est.

(2) Par dérogation au paragraphe (1), le juge ou le magistrat qui préside à une instance quelconque peut refuser d'admettre en preuve des preuves découlant directement ou indirectement de l'interception d'une communication privée qui est elle-même inadmissible s'il

where he is of the opinion that the admission thereof would bring the administration of justice into disrepute. [The underlining is mine.]

Therefore, the rules regarding the admissibility of statements by an accused to persons in authority may be enunciated in the following manner:

1. A statement made by the accused to a person in authority is inadmissible if tendered by the prosecution in a criminal proceeding unless the judge is satisfied beyond a reasonable doubt that nothing said or done by any person in authority could have induced the accused to make a statement which was or might be untrue;
2. A statement made by the accused to a person in authority and tendered by the prosecution in a criminal proceeding against him, though elicited under circumstances which would not render it inadmissible, shall nevertheless be excluded if its use in the proceedings would, as a result of what was said or done by any person in authority in eliciting the statement, bring the administration of justice into disrepute.

I would emphasize that under the above mentioned second rule the judge is not exercising a pure discretion to exclude, as is the case under s. 178.16(2) of the *Criminal Code*, and that his finding is to be dealt with in appeal as any other finding, subject to the differences and limits of the Appeal Court's jurisdiction as defined by ss. 603 and 605 of the *Criminal Code*.

I hasten to say also that, if the second portion of the rule is not a true discretion, it is even less a blanket discretion given judges to repudiate through an exclusionary rule any conduct on the part of the authorities a given judge might consider somewhat unfortunate, distasteful or inappropriate. There first must be a clear connection between the obtaining of the statement and the conduct; furthermore that conduct must be so shocking as to justify the judicial branch of the criminal justice system in feeling that, short of disassociating itself from such conduct through rejection of the statement, its reputation and, as a result, that of the whole criminal justice system, would be brought into disrepute.

est d'avis que leur admission en preuve ternirait l'image de la justice. [C'est moi qui souligne.]

Par conséquent, les règles concernant la recevabilité des déclarations que fait un accusé à des personnes en situation d'autorité peuvent être énoncées de la façon suivante:

1. Une déclaration que fait un accusé à une personne en situation d'autorité est irrecevable de la part de la poursuite dans une instance criminelle à moins que le juge soit convaincu hors de tout doute raisonnable qu'aucune personne en situation d'autorité n'a fait ou dit quoi que ce soit qui ait pu inciter l'accusé à faire une déclaration qui soit ou puisse être fausse;
2. Une déclaration que fait l'accusé à une personne en situation d'autorité, même si elle a été obtenue dans des circonstances qui ne la rendent pas irrecevable de la part de la poursuite dans une instance criminelle, doit néanmoins être exclue si, par suite de ce qu'aurait pu dire ou faire une personne en situation d'autorité dans le but d'obtenir la déclaration, l'utilisation qu'on en ferait dans l'instance ternirait l'image de la justice.

Je soulignerai qu'en vertu de la seconde règle mentionnée ci-dessus, le pouvoir d'exclure une déclaration n'est pas purement discrétionnaire, comme c'est le cas en vertu du par. 178.16(2) du *Code criminel*, et que cette décision est susceptible d'appel comme toute autre décision, sous réserve des différences et des restrictions afférentes à la compétence de la Cour d'appel comme le prévoient les art. 603 et 605 du *Code criminel*.

Je m'empresse également d'ajouter que, si la seconde partie de la règle ne confère pas un véritable pouvoir discrétionnaire, elle confère encore moins aux juges un pouvoir général de désavouer, au moyen d'une règle d'exclusion, toute conduite des autorités qu'un d'entre eux pourrait estimer regrettable, répugnante ou inconvenante. Il doit y avoir d'abord un lien étroit entre l'obtention de la déclaration et la conduite; en outre, cette conduite doit être si indigne que la magistrature qui administre la justice criminelle soit justifiée de croire que, à moins de se dissocier de cette conduite en rejetant la déclaration, sa réputation et, par conséquent, celle de tout le système judiciaire, sera ternie.

The judge, in determining whether under the circumstances the use of the statement in the proceedings would bring the administration of justice into disrepute, should consider all of the circumstances of the proceedings, the manner in which the statement was obtained, the degree to which there was a breach of social values, the seriousness of the charge, the effect the exclusion would have on the result of the proceedings. It must also be borne in mind that the investigation of crime and the detection of criminals is not a game to be governed by the Marquess of Queensbury rules. The authorities, in dealing with shrewd and often sophisticated criminals, must sometimes of necessity resort to tricks or other forms of deceit and should not through the rule be hampered in their work. What should be repressed vigorously is conduct on their part that shocks the community. That a police officer pretend to be a lock-up chaplain and hear a suspect's confession is conduct that shocks the community; so is pretending to be the duty legal-aid lawyer eliciting in that way incriminating statements from suspects or accused; injecting Pentothal into a diabetic suspect pretending it is his daily shot of insulin and using his statement in evidence would also shock the community; but generally speaking, pretending to be a hard drug addict to break a drug ring would not shock the community; nor would, as in this case, pretending to be a truck driver to secure the conviction of a trafficker; in fact, what would shock the community would be preventing the police from resorting to such a trick.

Pour décider si, dans les circonstances, l'utilisation de la déclaration dans l'instance ternirait l'image de la justice, le juge doit tenir compte de toutes les circonstances de l'instance, de la façon dont la déclaration a été obtenue, de la mesure dans laquelle on a porté atteinte aux valeurs sociales, de la gravité de l'accusation, de l'effet qu'aurait l'exclusion sur l'issue des procédures. Il faut aussi se rappeler qu'une enquête en matière criminelle et la recherche des criminels ne sont pas un jeu qui doive obéir aux règles du marquis de Queensbury. Les autorités, qui ont affaire à des criminels rusés et souvent sophistiqués, doivent parfois user d'artifices et d'autres formes de supercherie, et ne devraient pas être entravées dans leur travail par l'application de la règle. Ce qu'il faut réprimer avec vigueur, c'est, de leur part, une conduite qui choque la collectivité. Qu'un policier prétende être l'aumônier d'un centre de détention et entende la confession d'un suspect, c'est là une conduite qui choque la collectivité; il en est de même du fait de se présenter comme avocat d'office de l'aide juridique pour obtenir ainsi des suspects ou des accusés des déclarations incriminantes; donner une injection de pentotal à un suspect atteint de diabète en prétendant lui administrer sa dose quotidienne d'insuline et utiliser sa déclaration en preuve choquerait aussi la collectivité. Mais en général, se prétendre toxicomane pour démanteler un réseau de drogue ne choquerait pas, pas plus que se prétendre, comme en l'espèce, conducteur de camion pour obtenir la condamnation d'un trafiquant; en fait, ce qui choquerait la collectivité serait d'empêcher la police d'utiliser un tel artifice.

It must be remembered that the first part of the rule, the reliability test, will have dealt with most of the situations and that the second part of the rule would come into operation on very rare occasions since such conduct would usually have some effect on the reliability of the statement. Nevertheless, it is in my opinion all the more important to have a rule that is available to deal with those situations which, thanks to the high standard of conduct of the vast majority of our police officers, will be very few but for that reason all the more deserving of immediate and vigorous rebuke.

Il faut se rappeler que la première partie de la règle, le critère de la fiabilité, réglera la plupart des cas et que la seconde partie ne s'appliquera qu'en de très rares occasions puisque la conduite réprimée aura habituellement eu un effet sur la fiabilité de la déclaration. Néanmoins, il importe au plus haut point, à mon avis, d'avoir une règle qu'on peut utiliser dans ces cas qui, grâce au niveau élevé de conduite de la grande majorité des policiers, ne seront pas nombreux mais exigeront par conséquent, et d'autant plus, une réprimande immédiate et vigoureuse.

Applying the rule to this case, the trial judge had to ask himself if he was satisfied beyond a reasonable doubt that the lie by Constable McKnight to the accused could not have induced him into making a statement that might be untrue. It appears from what he said that he was satisfied that the lie did not have that effect. Applying the rule in the *Ibrahim* formulation he said (A.C., at p. 31):

In the instant case I am satisfied that what Rothman said to Const. Earl Grant McKnight, and I might add, who was acting in the performance of his duty, would seem to have been free of both fear and prejudice, and free as well of hope of advantage by reason of the facts that he had been mislead or tricked into believing that he was speaking to a person actually held in custody.

But, he then went on to say:

However, in light of the facts of this particular case, I believe that continuation of the intent to obtain a statement by this disguise puts into doubt whether the inculpatory statement had been properly elicited, and I feel that in the circumstances that I must rule against admissibility herein.

In coming to this last conclusion he committed in my opinion an error in law by applying the wrong test. To exclude the statement it was not sufficient that the judge have a doubt that it was elicited improperly; he had to find that the improper conduct on the part of the police, that is, to use his words, the "continuation of the intent to obtain a statement by this disguise", would bring the administration of justice into disrepute.

Applying that test, I cannot but come to the conclusion that there was no impropriety committed on the part of the police that would result in bringing the administration of justice into disrepute. I, therefore, agree with the majority of the Court of Appeal that the trial judge erred in law and that a new trial should be ordered.

I would therefore dismiss the appeal.

Appeal dismissed, LASKIN C.J. and ESTEY J. dissenting.

Solicitor for the appellant: Scott T. Milloy, Ottawa.

Solicitor for the respondent: R. Tassé, Ottawa.

En appliquant la règle en l'espèce, le juge du procès devait se demander s'il était convaincu hors de toute doute raisonnable que le mensonge de l'agent McKnight à l'accusé ne pouvait avoir amené ce dernier à faire une déclaration qui puisse être fausse. Ce qu'il a dit indique qu'il était convaincu que le mensonge n'a pas eu cet effet. En appliquant la règle telle que formulée dans l'arrêt *Ibrahim*, il a dit (d.c., à la p. 31):

[TRADUCTION] En l'espèce, je suis convaincu que la déclaration de Rothman à l'agent Earl Grant McKnight qui, je pourrais ajouter, agissait dans l'exécution de ses fonctions, ne semble pas être inspirée par la crainte d'un préjudice, ni par l'espoir d'un avantage du fait qu'il ait été induit en erreur ou amené à croire par la ruse qu'il parlait à un codétenu.

Mais il a ajouté:

[TRADUCTION] Cependant, compte tenu des faits en l'espèce, je suis d'avis que la continuité de l'intention d'obtenir une déclaration au moyen de ce déguisement fait douter que la déclaration incriminante ait été correctement obtenue, et dans les circonstances j'estime devoir conclure qu'elle est irrecevable ici.

Pour en arriver à cette dernière conclusion, je suis d'avis qu'il a commis une erreur de droit en appliquant le mauvais critère. Pour exclure la déclaration, il ne suffisait pas que le juge se doute qu'elle ait été obtenue incorrectement; il devait conclure que la conduite répréhensible de la part des policiers, c'est-à-dire, pour reprendre ses mots, la «continuité de l'intention d'obtenir une déclaration au moyen de ce déguisement», ternirait l'image de la justice.

Appliquant ce critère, je ne peux faire autrement que conclure que la police n'a rien fait qui puisse tenir l'image de la justice. Par conséquent, je souscris à l'opinion majoritaire de la Cour d'appel que le juge du procès a commis une erreur de droit et qu'il y a lieu d'ordonner un nouveau procès.

Je suis d'avis de rejeter le pourvoi.

Pourvoi rejeté, le juge en chef LASKIN et le juge ESTEY étant dissidents.

Procureur de l'appelant: Scott T. Milloy, Ottawa.

Procureur de l'intimée: R. Tassé, Ottawa.