

Her Majesty The Queen *Appellant*

v.

Richard Floyd Oickle *Respondent*

and

**The Attorney General for Ontario and the
Criminal Lawyers' Association
(Ontario)** *Interveners*

INDEXED AS: R. v. OICKLE

Neutral citation: 2000 SCC 38.

File No.: 26535.

1999: November 2; 2000 September 29.

Present: L'Heureux-Dubé, McLachlin, Iacobucci,
Major, Bastarache, Binnie and Arbour JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR
NOVA SCOTIA

Criminal law — Evidence — Admissibility — Confessions — Voluntariness — Common law limits on police interrogation — Proper scope of confessions rule — Police informing arson suspect that he had “failed” polygraph test — Suspect subsequently confessing to arson during skillful and lengthy interrogation — Whether police improperly induced suspect’s confession.

Criminal law — Evidence — Confessions — Voluntariness — Polygraph — Police informing arson suspect that he had “failed” polygraph test — Suspect subsequently confessing to arson during skillful and lengthy interrogation — Whether police’s failure to tell suspect that polygraph results inadmissible producing involuntary confession — Whether misleading of suspect concerning accuracy of polygraph rendered confession involuntary — Whether polygraph creating oppressive atmosphere — Whether tactical disadvantage to defence when suspect confessed following polygraph test relevant to voluntariness of confession.

Sa Majesté la Reine *Appelante*

c.

Richard Floyd Oickle *Intimé*

et

**Le procureur général de l’Ontario et la
Criminal Lawyers’ Association
(Ontario)** *Intervenants*

RÉPERTORIÉ: R. c. OICKLE

Citation neutre: 2000 CSC 38.

N° du greffe: 26535.

1999: 2 novembre; 2000: 29 septembre.

Présents: Les juges L'Heureux-Dubé, McLachlin,
Iacobucci, Major, Bastarache, Binnie et Arbour.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DE LA NOUVELLE-
ÉCOSSE

Droit criminel — Preuve — Admissibilité — Confessions — Caractère volontaire — Limites imposées par la common law aux interrogatoires policiers — Portée de la règle des confessions — Suspect dans une affaire d’incendie criminel informé par les policiers qu’il a «échoué» au test polygraphique — Confession subséquente du crime par le suspect au cours d’un interrogatoire long et habile — Les policiers ont-ils obtenu la confession du suspect de manière irrégulière?

Droit criminel — Preuve — Confessions — Caractère volontaire — Test polygraphique — Suspect dans une affaire d’incendie criminel informé par les policiers qu’il a «échoué» au test polygraphique — Confession subséquente du crime par le suspect au cours d’un interrogatoire long et habile — L’omission par les policiers d’informer le suspect de l’inadmissibilité des résultats du test polygraphique a-t-elle eu pour effet de rendre la confession involontaire? — Le fait d’avoir trompé le suspect quant à l’exactitude du test polygraphique a-t-elle rendu la confession involontaire? — Le test polygraphique crée-t-il une atmosphère oppressive? — Le fait que la défense subisse un désavantage d’ordre tactique si l’accusé fait une confession après avoir subi un test polygraphique est-il pertinent pour ce qui est du caractère volontaire de la confession?

Criminal law — Appeal — Court of Appeal — Standard of appellate review — Voluntariness of confessions — Court of Appeal disagreeing with trial judge as to weight to be given various pieces of evidence — Whether disagreement grounds to reverse trial judge's finding on voluntariness of confession.

During the police investigation of a series of eight fires, the accused agreed to submit to a polygraph. The test took place in a motel and the police audiotaped the events. The accused was informed of his rights to silence, to counsel, and to leave at any time. He was also informed that while the interpretation of the polygraph results was not admissible, anything he said was admissible. At the conclusion of the test, around 5 p.m., the officer conducting the test informed the accused that he had failed it. The accused was reminded of his rights and questioned for one hour. At 6:30 p.m., a second officer questioned the accused and, after 30 to 40 minutes, the accused confessed to setting the fire to his fiancée's car and provided the police with a statement. He appeared emotionally distraught at this time. The accused was arrested and warned of his rights. At the police station, he was placed in an interview room equipped with videotaping facilities where he was questioned about the other fires. Around 8:30 p.m. and 9:15 p.m., the accused indicated that he was tired and wanted to go home. He was informed that he was under arrest and he could call a lawyer but that he could not go home. A third officer took over the interrogation at 9:52 p.m. He questioned the accused until about 11:00 p.m., at which time the accused confessed to setting seven of the eight fires. The accused was then seen crying with his head in his hands. The police then took a written statement from the accused. He was placed in a cell to sleep at 2:45 a.m. At 6:00 a.m., a police officer noticed that the accused was awake and asked whether he would agree to a re-enactment. On the tape of the re-enactment, the accused was informed of his rights and was advised that he could stop the re-enactment at any time. The police drove the accused to the various fire scenes, where he described how he had set each fire. The accused was charged with seven counts of arson. The trial judge ruled on a *voir dire* that the accused's statements, including the video re-enactment, were voluntary and admissible, and subsequently convicted him on all

Droit criminel — Appel — Cour d'appel — Norme de contrôle en appel — Caractère volontaire des confessions — Désaccord entre la Cour d'appel et le juge du procès quant au poids à accorder aux différents éléments de preuve — Un tel désaccord justifie-t-il l'infirmité de la décision du juge du procès en ce qui concerne le caractère volontaire de la confession?

Au cours d'un interrogatoire policier portant sur une série de huit incendies, l'accusé a accepté de se soumettre à un test polygraphique. Le test a eu lieu dans un motel et les policiers ont enregistré sur bande audio ce qui s'y est déroulé. L'accusé a été informé de son droit de garder le silence, de son droit à l'assistance d'un avocat et de son droit de s'en aller en tout temps. Il a également été informé que, quoique l'interprétation des résultats du test polygraphique ne soit pas admissible en preuve, toute déclaration de sa part l'était. À la fin du test, vers 17 h, le policier chargé d'administrer le test a dit à l'accusé qu'il l'avait échoué. Après avoir rappelé à l'accusé ses droits, on l'a interrogé pendant une heure. À 18 h 30, un second policier a interrogé l'accusé et, après 30 à 40 minutes, celui-ci a avoué avoir incendié l'automobile de sa fiancée et fourni une déclaration à la police. L'accusé paraissait bouleversé à ce moment-là. Il a été arrêté et informé de ses droits. Au poste de police, l'accusé a été placé dans une salle d'entrevue dotée de matériel d'enregistrement magnétoscopique, où il a été interrogé sur les autres incendies. Vers 20 h 30 et 21 h 15, l'accusé a indiqué qu'il était fatigué et qu'il voulait rentrer à la maison. Il a été informé qu'il était en état d'arrestation et qu'il pouvait appeler un avocat, mais qu'il ne pouvait retourner chez lui. Un troisième policier a poursuivi l'interrogatoire à partir de 21 h 52. Il a interrogé l'accusé jusqu'à 23 h environ; à ce moment-là, l'accusé a avoué qu'il avait allumé sept des huit incendies. Il a été vu en larmes, la tête entre les mains. La police a ensuite recueilli une déclaration écrite de l'accusé. À 2 h 45, l'accusé a été enfermé dans une cellule pour qu'il puisse dormir. À 6 h, un policier s'est rendu compte que l'accusé était réveillé et il lui a demandé s'il consentait à prendre part à une reconstitution. L'enregistrement de la reconstitution révèle que l'accusé a été informé de ses droits et qu'il a été avisé qu'il pouvait en tout temps mettre fin à la reconstitution. Les policiers ont conduit l'accusé aux divers endroits où les incendies avaient eu lieu; là, l'accusé leur a décrit comment il avait allumé chaque incendie. Il a été accusé de sept chefs d'incendie criminel. Le juge du procès a, au terme d'un *voir-dire*, estimé que les déclarations de l'accusé, ainsi que la bande vidéo de la reconstitution, étaient volontaires et admissibles, et il a par la suite

counts. The Court of Appeal excluded the confessions and entered an acquittal.

Held (Arbour J. dissenting): The appeal should be allowed and the conviction restored.

Per L'Heureux-Dubé, McLachlin, Iacobucci, Major, Bastarache and Binnie JJ.: The confessions rule focuses not just on reliability but also on voluntariness broadly defined. The common law confessions rule can offer protections beyond those guaranteed by the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. While it may be appropriate in certain cases to interpret one in light of the other, it would be a mistake to assume one subsumes the other entirely. In defining the confessions rule it is important to keep in mind its twin goals of protecting the rights of the accused without unduly limiting society's need to investigate and solve crimes.

The application of the confessions rule is of necessity contextual. Hard and fast rules simply cannot account for the variety of circumstances that vitiate the voluntariness of a confession. When reviewing a confession, a trial judge should therefore consider all the relevant factors. The judge should strive to understand the circumstances surrounding the confession and ask if it gives rise to a reasonable doubt as to the confession's voluntariness, taking into account all the aspects of the rule. The relevant factors include threats or promises, oppression, the operating mind requirement and police trickery. While obviously imminent threats of torture will render a confession inadmissible, most cases will not be so clear. The use of veiled threats, for instance, requires close examination. The police may often offer some kind of inducement to the suspect to obtain a confession. This becomes improper only when the inducements, whether standing alone or in combination with other factors, are strong enough to raise a reasonable doubt about the voluntariness of the confession. An important consideration in all cases is to look for a *quid pro quo* offer by interrogators, regardless of whether it comes in the form of a threat or a promise. Oppressive conditions and circumstances clearly also have the potential to produce an involuntary confession. In assessing oppression, courts should consider whether a suspect was deprived of food, clothing, water, sleep, or medical attention; was denied access to counsel; was confronted with fabricated evidence; or was questioned aggressively for a prolonged period of time. The operat-

déclaré l'accusé coupable de tous les chefs d'accusation. La Cour d'appel a écarté les confessions et inscrit un acquittement.

Arrêt (le juge Arbour est dissident): Le pourvoi est accueilli et la déclaration de culpabilité est rétablie.

Les juges L'Heureux-Dubé, McLachlin, Iacobucci, Major, Bastarache et Binnie: La règle des confessions s'attache non seulement à la question de la fiabilité, mais également à la question du caractère volontaire, considérée au sens large. La règle des confessions de la common law peut établir d'autres garanties que celles prévues par la *Charte canadienne des droits et libertés*. Bien qu'il puisse être approprié, dans certains cas, d'interpréter un ensemble de droits au regard de l'autre, il serait erroné de présumer que l'un de ces ensembles subsume entièrement l'autre. En définissant la règle des confessions, il est important d'avoir à l'esprit le double objectif de cette règle, qui est de protéger les droits de l'accusé sans pour autant restreindre indûment la nécessaire faculté de la société d'enquêter sur les crimes et de les résoudre.

L'application de la règle des confessions est, par nécessité, contextuelle. Il n'y a tout simplement pas de règle simple et rigide qui permette de tenir compte des diverses circonstances susceptibles de vicier le caractère volontaire d'une confession. Le juge du procès doit tenir compte de tous les facteurs pertinents lorsqu'il examine une confession. Le juge doit s'efforcer de bien comprendre les circonstances de la confession et se demander si elles soulèvent un doute raisonnable quant au caractère volontaire de la confession, en tenant compte de tous les aspects de la règle. Parmi les facteurs pertinents, mentionnons les menaces ou les promesses, l'oppression, l'état d'esprit conscient et les ruses policières. Bien que des menaces de torture clairement imminente rendent une confession inadmissible, la plupart des affaires ne sont pas aussi nettes. Le recours à des menaces voilées, par exemple, doit faire l'objet d'un examen serré. Il peut souvent arriver que les policiers offrent une certaine forme d'encouragement au suspect en vue d'obtenir une confession. Cela ne devient inacceptable que lorsque les encouragements — à eux seuls ou combinés à d'autres facteurs — sont importants au point de soulever un doute raisonnable quant au caractère volontaire de la confession. Dans tous les cas, une question importante consiste à se demander si les interrogateurs ont offert une contrepartie, que ce soit sous forme de menaces ou de promesses. Il est clair que des conditions et des circonstances oppressives sont également susceptibles de donner lieu à des confessions involontaires. Le tribunal appelé à déterminer s'il y avait oppression doit exami-

ing mind doctrine only requires that the accused knows what he is saying and that it may be used to his detriment. Like oppression, the operating mind doctrine should not be understood as a discrete inquiry completely divorced from the rest of the confessions rule. The operating mind doctrine is just one application of the general rule that involuntary confessions are inadmissible. Lastly, the police use of trickery to obtain a confession must also be considered in determining whether a confession is voluntary or not. This doctrine is a distinct inquiry. While it is still related to voluntariness, its more specific objective is maintaining the integrity of the criminal justice system. There may be situations in which police trickery, though neither violating the right to silence nor undermining voluntariness *per se*, is so appalling as to shock the community. In such cases, the confessions should be excluded.

In sum, because of the criminal justice system's overriding concern not to convict the innocent, a confession will not be admissible if it is made under circumstances that raise a reasonable doubt as to voluntariness. Voluntariness is the touchstone of the confessions rule and a useful term to describe the various rationales underlying the rule. If the police interrogators subject the suspect to utterly intolerable conditions, or if they offer inducements strong enough to produce an unreliable confession, the trial judge should exclude it. Between these two extremes, oppressive conditions and inducements can operate together to exclude confessions. If the trial judge properly considers all the relevant circumstances, then a finding regarding voluntariness is essentially a factual one, and should only be overturned for some palpable and overriding error which affected the trial judge's assessment of the facts.

In this case, the Court of Appeal applied the wrong standard of appellate review. Determining whether or not a confession is voluntary is a question of fact, or of mixed law and fact. Therefore, a disagreement with the trial judge regarding the weight to be given various

ner si on a privé le suspect de nourriture, de vêtements, d'eau, de sommeil ou de soins médicaux, si on lui a refusé l'assistance d'un avocat, si on l'a mis en présence d'éléments de preuve fabriquée ou si on l'a interrogé de façon excessivement agressive pendant une période prolongée. La théorie de l'état d'esprit conscient exige seulement que l'accusé sache ce qu'il dit et que ses déclarations peuvent être utilisées contre lui. Tout comme l'oppression, la théorie de l'état d'esprit conscient ne doit pas être considérée comme une enquête distincte, complètement dissociée du reste de la règle des confessions. La théorie de l'état d'esprit conscient n'est qu'une application de la règle générale selon laquelle les confessions involontaires sont inadmissibles. Enfin, la question de savoir si les policiers ont utilisé des ruses en vue d'obtenir la confession doit également être prise en considération pour déterminer si une confession est volontaire ou non. Cette théorie établit une analyse distincte. Bien qu'elle soit elle aussi liée au caractère volontaire, elle vise plus précisément à préserver l'intégrité du système de justice pénale. Il peut survenir des situations où, quoique la ruse utilisée par les policiers ne porte pas atteinte au droit au silence ni ne mine le caractère volontaire de la confession comme tel, elle soit si odieuse qu'elle choque la collectivité. Dans de tels cas, les confessions doivent être écartées.

Pour résumer, comme le souci premier du système de justice pénale est d'éviter qu'un innocent soit déclaré coupable, une confession ne sera pas jugée admissible si elle a été faite dans des circonstances qui soulèvent un doute raisonnable quant à son caractère volontaire. Le caractère volontaire est la pierre d'assise de la règle des confessions et une expression utile pour décrire les divers fondements de cette règle. Si les policiers qui mènent l'interrogatoire soumettent le suspect à des conditions tout à fait intolérables ou s'ils lui donnent des encouragements assez importants pour qu'il fasse une confession non fiable, le juge du procès doit écarter cette confession. Entre ces deux extrêmes, l'existence d'une combinaison de conditions oppressives et d'encouragements peut avoir pour effet d'entraîner l'exclusion d'une confession. Si le juge du procès examine comme il se doit toutes les circonstances pertinentes, une conclusion à l'égard du caractère volontaire est essentiellement de nature factuelle et ne doit être infirmée que si le juge a commis une erreur manifeste et dominante qui a faussé son appréciation des faits.

En l'espèce, la Cour d'appel a appliqué la mauvaise norme de contrôle en appel. La question de savoir si une confession est volontaire ou non est soit une question de fait, soit une question mixte de fait et de droit. En conséquence, un désaccord avec le juge du procès relative-

pieces of evidence is not grounds to reverse a finding on voluntariness. The Court of Appeal also reached the wrong conclusion with regard to voluntariness. The police conducted a proper interrogation. The accused was fully apprised of his rights at all times. The police questioning, while persistent and often accusatorial, was never hostile, aggressive, or intimidating. In this context, the alleged inducements offered by the police do not raise a reasonable doubt as to the confession's voluntariness.

In particular, the police did not improperly offer leniency to the accused by minimizing the seriousness of his offences. While the police did minimize the moral significance of the crimes, they never suggested that a confession would minimize the legal consequences of the accused's crimes. As for the offers of psychiatric help, at no point did the police ever suggest that the accused could only get help if he confessed. There was never any insinuation of a *quid pro quo*. The police did suggest that confession would make the accused feel better, that his fiancée and members of the community would respect him for admitting his problem, and that he could better address his apparent pyromania if he confessed. However, read in context, none of these statements contained an implied threat or promise. As to the alleged threats against the accused's fiancée, there were moments when the police intimated that it might be necessary to question her to make sure she was not involved in the fires. The relationship the accused had with his fiancée was strong enough potentially to induce a false confession were she threatened with harm. However, no such threat ever occurred. The most they did was promise not to polygraph her if the accused confessed. Given the entire context, the most likely reason to polygraph her was not as a suspect, but as an alibi witness. This is not a strong enough inducement to raise a reasonable doubt as to the voluntariness of the accused's confession. The timing of the comments regarding his fiancée suggests that there was no causal connection between the police inducements and the subsequent confession. The police did not improperly abuse the accused's trust to obtain a confession. The Court of Appeal criticized the police for questioning the accused in such a gentle, reassuring manner that they gained his trust. This does not render a confession inadmissible. Lastly, to hold that the police conduct in this interrogation was oppressive would leave little scope for police interrogation. They were always courteous; they did not deprive the accused of food, sleep, or water; they never denied him access to the bathroom; they fully apprised

ment au poids qu'il convient d'accorder à divers éléments de preuve n'est pas un motif justifiant d'infirmier sa conclusion à l'égard du caractère volontaire. La Cour d'appel a en outre tiré la mauvaise conclusion en ce qui concerne le caractère volontaire. Les policiers ont mené l'interrogatoire de façon régulière. L'accusé a été pleinement informé de ses droits tout au long du processus. Les questions des policiers, bien que persistantes et souvent accusatrices, n'étaient jamais hostiles, agressives ou intimidantes. Dans ce contexte, les encouragements reprochés aux policiers ne soulèvent pas de doute raisonnable quant au caractère volontaire des confessions.

Plus particulièrement, les policiers n'ont pas irrégulièrement fait une offre de clémence à l'accusé en minimisant la gravité de ses infractions. Quoiqu'il soit vrai que les policiers ont minimisé la portée morale des crimes, ils n'ont jamais laissé entendre à l'accusé qu'une confession de sa part aurait pour effet d'atténuer les conséquences juridiques de ses crimes. Quant aux offres d'assistance psychiatrique, les policiers n'ont jamais laissé entendre à l'accusé qu'il obtiendrait de l'assistance uniquement s'il faisait une confession. Les policiers n'ont jamais évoqué la possibilité d'une contrepartie. Les policiers ont laissé entendre à l'accusé qu'il se sentirait mieux après avoir confessé ses crimes, que sa fiancée et les membres de la collectivité le respecteraient pour avoir admis qu'il avait un problème et qu'il pourrait plus facilement résoudre son problème évident de pyromanie s'il faisait une confession. Cependant, compte tenu du contexte dans lequel elles ont été faites, aucune de ces déclarations ne comportait de menace ou promesse implicite. Quant aux menaces qui auraient été faites concernant la fiancée de l'accusé, il y a eu des moments où les policiers ont laissé entendre qu'il pourrait être nécessaire d'interroger celle-ci pour s'assurer qu'elle n'était pas impliquée dans les incendies. Le lien qui existait entre l'accusé et sa fiancée était suffisamment fort pour inciter l'accusé à faire une fausse confession si elle était menacée de subir un préjudice. Cependant, une telle menace n'a jamais été faite. Les policiers ont tout au plus promis qu'ils ne lui feraient pas subir de test polygraphique si l'accusé faisait une confession. Compte tenu de l'ensemble du contexte, la raison la plus probable de lui faire subir le test polygraphique n'était pas en tant que suspect, mais plutôt comme témoin susceptible d'établir un alibi. Il ne s'agit pas d'un encouragement suffisamment important pour soulever un doute raisonnable en ce qui concerne le caractère volontaire de la confession de l'accusé. Le moment où les remarques concernant la fiancée de l'accusé ont été faites tend à indiquer qu'il n'y a pas de lien de causalité entre les encouragements des policiers et la

him of his rights at all times, and they did not fabricate evidence. While the re-enactment was admittedly done at a time when the accused had had little sleep, he was already awake when they approached him, and was told that he could stop at any time.

The mere failure to tell a suspect that the polygraph is inadmissible will not automatically produce an involuntary confession. Courts should engage in a two-step process. First, the confession should be excluded if the police deception shocks the community. Second, even if not rising to that level, the use of deception is a relevant factor in the overall voluntariness analysis. Here, the police made it abundantly clear to the accused just what was admissible and what was not. The accused was not confused on this point. Further, although the police exaggerated the accuracy of the polygraph, merely confronting a suspect with adverse evidence — even exaggerating its accuracy and reliability — will not, standing alone, render a confession involuntary. Finally, tactical disadvantage to the defence when a suspect confesses following a polygraph is not relevant to the voluntariness of the confession; instead, if anything, it simply suggests prejudicial effect. However, given the immense probative value of a voluntary confession, exclusion is inappropriate.

Per Arbour J. (dissenting): There were improper inducements held out by police officers who interrogated the accused and these inducements, considered cumulatively and contextually in light of the “failed” polygraph test, require the exclusion of the accused’s statements. Moreover, the proximity and the causal con-

cession faite subséquemment. Les policiers n’ont pas indûment abusé de la confiance de l’accusé afin d’obtenir une confession. La Cour d’appel reproche aux policiers d’avoir interrogé l’accusé d’une façon si douce et rassurante qu’ils ont obtenu sa confiance. Cela ne rend pas une confession inadmissible. Finalement, conclure que la conduite des policiers au cours de cet interrogatoire était oppressive ne laisserait pas une grande marge de manœuvre aux policiers qui mènent des interrogatoires. Les policiers ont toujours été courtois; ils n’ont ni empêché l’accusé de dormir ni privé ce dernier d’eau ou de nourriture; ils ne l’ont jamais empêché d’aller à la toilette; ils l’ont pleinement informé de ses droits tout au long du processus et n’ont pas fabriqué de preuve. Bien qu’il faille reconnaître que la reconstitution a été faite à un moment où l’accusé avait peu dormi, ce dernier était déjà réveillé quand les policiers lui ont demandé s’il voulait se livrer à la reconstitution et ils l’ont avisé qu’il pouvait y mettre fin en tout temps.

Le simple fait d’omettre d’indiquer au suspect que les résultats du test polygraphique sont inadmissibles en preuve n’a pas automatiquement pour effet de rendre la confession involontaire. Les tribunaux doivent appliquer une démarche en deux étapes. Premièrement, la confession doit être écartée si le subterfuge des policiers choque la collectivité. Deuxièmement, même si le subterfuge n’atteint pas ce degré de gravité, l’utilisation du subterfuge est un facteur pertinent dans l’analyse globale du caractère volontaire. En l’espèce, les policiers ont très clairement indiqué à l’accusé ce qui était admissible et ce qui ne l’était pas. L’accusé n’était pas confus sur ce point. En outre, bien que les policiers aient exagéré l’exactitude du polygraphe, le simple fait de mettre un suspect en présence d’un élément de preuve défavorable — même en exagérant l’exactitude et la fiabilité de cet élément — ne rend pas à lui seul la confession involontaire. En dernier lieu, le fait que la défense subisse un désavantage d’ordre tactique si l’accusé fait une confession après avoir subi un test polygraphique n’est pas pertinent pour ce qui est du caractère volontaire de la confession; tout au plus suggère-t-il plutôt l’existence d’un effet préjudiciable. Cependant, vu l’immense valeur probante d’une confession volontaire, l’exclusion n’est pas une solution appropriée.

Le juge Arbour (dissidente): Les policiers qui ont interrogé l’accusé lui ont fait des incitations inacceptables qui, considérées cumulativement ainsi que contextuellement en tenant compte de l’«échec» au test polygraphique, requièrent l’exclusion des déclarations de l’accusé. De plus, le peu de temps écoulé et le lien de

nection between the “failed” polygraph test and the confession also compels this result. While some deference is always required because of the privileged position from which the trial judge assesses credibility, including on a *voir dire*, appeal courts must ensure that the question of the voluntariness of a confession was correctly decided by the trial judge, in accordance with the applicable law, and on a reasonable view of the facts.

The statements were obtained as a result of fear of prejudice or hope of advantage held out by persons in authority. Repeated threats and promises were made. They were often subtle, but against the backdrop of the polygraph procedure, they overwhelmed the free will of the accused. The overall interrogation strategy was sound, and although it relied on considerable deception on the part of the police, that in itself is neither illegal nor sufficient to vitiate the voluntary nature of a confession. The line is crossed when, as here, improper inducements are put forward by persons in authority in an oppressive atmosphere, undermining the interrogated person’s control over his mind and will. First, the promise of psychiatric help was improper. While it is true that the police did not explicitly tell the accused that the only way he could get psychiatric help was if he confessed, this was the clear implication of what was said. Second, after the accused’s initial confession, the police minimized the seriousness of the additional legal consequences that would flow from a confession to all the fires, suggesting to the accused that it made no difference whether he had set one or ten fires and that if he confessed, the other fires could be bundled with the car fire. This was clearly improper. Third, the threat to interrogate the accused’s fiancée clearly suggested that the accused could spare her his predicament by admitting his sole involvement in all the fires. The relationship between her and the accused was such that the threats to implicate her placed impermissible pressure on the accused to confess. The foregoing representations constituted threats, promises and inducements within the meaning of the confessions rule and, when combined with the prevalent ambiguity concerning just what was and was not admissible in court against the accused, as well as the oppressive atmosphere created by the “infallible” polygraph test, they are sufficient to raise a reasonable doubt as to voluntariness of the accused’s confessions. The combination of the lies and misrepresentations, which are not impermissible, with the inducements, which are, caused the accused to make involuntary admissions. At the very least, the trial judge

causalité entre le test polygraphique «échoué» et l’obtention de la confession exigent ce résultat. Bien qu’il faille toujours faire preuve d’un certain degré de retenue en raison de la position privilégiée à partir de laquelle le juge du procès évalue la crédibilité, entre autres à l’occasion d’un voir-dire, les tribunaux d’appel doivent s’assurer que le juge du procès a adéquatement décidé de la question du caractère volontaire d’une confession, conformément au droit applicable et selon une interprétation raisonnable des faits.

Les déclarations de l’accusé ont été obtenues par crainte d’un préjudice ou dans l’espoir d’un avantage dispensé ou promis par des personnes en situation d’autorité. Les policiers ont fait des menaces et des promesses de façon répétée. Elles étaient souvent subtiles, mais considérées avec la procédure polygraphique en arrière-plan, elles ont subjugué la volonté de l’accusé. La stratégie globale de l’interrogatoire était valable et, bien que les policiers aient eu abondamment recours au subterfuge, de telles manœuvres ne sont en soi ni illégales ni suffisantes pour vicier le caractère volontaire de l’aveu. La limite est franchie lorsque, comme en l’espèce, des personnes en situation d’autorité font des incitations inacceptables dans une atmosphère oppressive, minant ainsi la maîtrise que possède la personne interrogée de son esprit et de sa volonté. Premièrement, la promesse d’assistance psychiatrique était inappropriée. Bien qu’il soit vrai que les policiers n’ont pas dit expressément à l’accusé que la seule façon pour lui d’obtenir de l’assistance psychiatrique était de passer aux aveux, il n’en reste pas moins que c’était clairement ce qui était sous-entendu. Deuxièmement, après la confession initiale de l’accusé, les policiers ont minimisé la gravité des conséquences juridiques additionnelles qui découleraient d’une confession concernant tous les incendies, laissant entendre à l’accusé qu’il n’y avait aucune différence entre le fait d’allumer un incendie ou dix, et que s’il avouait, les incendies des immeubles pourraient être regroupés avec celui de la voiture. Cette suggestion était clairement inappropriée. Troisièmement, la menace d’interroger la fiancée de l’accusé laissait clairement entendre que l’accusé pouvait lui épargner la situation difficile qu’il vivait en avouant que lui seul était impliqué dans tous les incendies. La relation entre l’accusé et sa fiancée était telle que les menaces de la mêler à cette affaire ont exercé une pression inacceptable sur l’accusé pour qu’il fasse une confession. Ces affirmations constituaient des menaces, des promesses et des incitations au sens de la règle des confessions et, conjuguées à l’ambiguïté qui régnait relativement à ce qui était admissible ou non en cour contre l’accusé et à

had to have a reasonable doubt about the application of the classic voluntariness rule.

In addition, the statements are inadmissible on the basis that the manner in which they were obtained by the police places the accused in the unfair position of having to lead prejudicial, unreliable and inadmissible evidence against himself in order to impeach the veracity of the statements obtained. The admission into evidence of a confession, given in circumstances where it is intimately linked to a “failed” polygraph test, as it was in this case, is wholly inconsistent with the holding of this Court in *Béland* and severely, and unjustifiably, prejudices an accused’s fair trial interests. Since the confession and the polygraph are so intimately linked, the accused will unavoidably have to reveal having failed the polygraph if he wishes to cast doubt on the truthfulness of his confession. This comes at too high a cost to the accused’s fair trial interests. He is forced to incriminate himself by introducing an otherwise inadmissible piece of evidence which cannot help but strengthen what is often the sole evidence against him. Given the unparalleled weight attributed to confessions, the prejudicial effect that flows from an accused’s reference to his “failed” polygraph test is overwhelming. Therefore, confessions should be excluded where, as here, the accused, because of the intimate causal and temporal connection between a “failed” polygraph and a subsequent confession, is unable to demonstrate fully the impact of the circumstances surrounding its making without inevitably introducing the polygraph evidence.

Cases Cited

By Iacobucci J.

Applied: *R. v. Ewert*, [1992] 3 S.C.R. 161; *Ward v. The Queen*, [1979] 2 S.C.R. 30; *R. v. Fitton*, [1956] S.C.R. 958; *R. v. Murakami*, [1951] S.C.R. 801; **referred to:** *R. v. Nugent* (1988), 84 N.S.R. (2d) 191; *R. v. Hebert*, [1990] 2 S.C.R. 151; *Ibrahim v. The King*,

l’atmosphère oppressive créée par l’«infaillibilité» du test polygraphique, elles sont suffisantes pour soulever un doute raisonnable quant au caractère volontaire des confessions de l’accusé. L’effet conjugué des affirmations trompeuses et des mensonges qui ne sont pas interdits en soi d’une part, et des encouragements qui le sont d’autre part, a à mon avis poussé l’accusé à faire des aveux non volontaires. Le juge du procès aurait à tout le moins dû avoir un doute raisonnable quant à l’application de la règle classique du caractère volontaire.

En outre, les déclarations en question sont inadmissibles pour le motif que la manière dont elles ont été obtenues par les policiers place l’accusé dans une situation injuste, savoir qu’il doit produire un élément de preuve préjudiciable, peu fiable et inadmissible pour mettre en doute la véracité des déclarations obtenues. L’admission en preuve d’une confession, faite dans des circonstances où elle est intimement liée à un test polygraphique «échoué», comme ce fut le cas en l’espèce, est tout à fait incompatible avec la décision de notre Cour dans l’arrêt *Béland* et porte une atteinte grave et injustifiée au droit de l’accusé à un procès équitable. Lorsque l’aveu et le test polygraphique sont aussi étroitement liés, l’accusé devra inévitablement révéler qu’il a échoué au test s’il veut mettre en doute la véracité de sa confession. Cela crée un trop grand risque pour le droit de l’accusé à un procès équitable. L’accusé est forcé de s’incriminer en introduisant un élément de preuve qui serait autrement inadmissible et qui ne peut manquer de renforcer ce qui, bien souvent, est la seule preuve dont on dispose contre lui. Vu le poids exceptionnel qui est attribué aux confessions, l’effet préjudiciable de la mention par un accusé de son test polygraphique «échoué» est énorme. Par conséquent, une confession devrait être écartée dans les cas où, comme en l’espèce, l’accusé n’est pas en mesure de démontrer pleinement, en raison de la proximité dans le temps et du lien de causalité étroit qui existent entre le test polygraphique «échoué» et la confession subséquente, l’incidence des circonstances entourant la confession sans introduire inévitablement la preuve obtenue par polygraphe.

Jurisprudence

Citée par le juge Iacobucci

Arrêts appliqués: *R. c. Ewert*, [1992] 3 R.C.S. 161; *Ward c. La Reine*, [1979] 2 R.C.S. 30; *R. c. Fitton*, [1956] R.C.S. 958; *R. c. Murakami*, [1951] R.C.S. 801; **arrêts mentionnés:** *R. c. Nugent* (1988), 84 N.S.R. (2d) 191; *R. c. Hebert*, [1990] 2 R.C.S. 151; *Ibrahim c. The*

[1914] A.C. 599; *Prosko v. The King* (1922), 63 S.C.R. 226; *Boudreau v. The King*, [1949] S.C.R. 262; *R. v. Wray*, [1971] S.C.R. 272; *Rothman v. The Queen*, [1981] 1 S.C.R. 640; *Horvath v. The Queen*, [1979] 2 S.C.R. 376; *R. v. Whittle*, [1994] 2 S.C.R. 914; *Hobbins v. The Queen*, [1982] 1 S.C.R. 553; *R. v. Liew*, [1999] 3 S.C.R. 227; *R. v. Broyles*, [1991] 3 S.C.R. 595; *R. v. Stillman*, [1997] 1 S.C.R. 607; *R. v. Collins*, [1987] 1 S.C.R. 265; *R. v. Precourt* (1976), 18 O.R. (2d) 714; *R. v. Mills*, [1999] 3 S.C.R. 668; *R. v. Leipert*, [1997] 1 S.C.R. 281; *Reilly v. State*, 355 A.2d 324 (1976); *R. v. Kalashnikoff* (1981), 57 C.C.C. (2d) 481; *R. v. Lazure* (1959), 126 C.C.C. 331; *R. v. Ewert* (1991), 68 C.C.C. (3d) 207; *R. v. Jackson* (1977), 34 C.C.C. (2d) 35; *Commissioners of Customs and Excise v. Harz*, [1967] 1 A.C. 760; *R. v. Smith*, [1959] 2 Q.B. 35; *R. v. Desmeules*, [1971] R.L. 505; *Comeau v. The Queen* (1961), 131 C.C.C. 139; *R. v. Hanlon* (1958), 28 C.R. 398; *R. v. Puffer* (1976), 31 C.C.C. (2d) 81, aff'd [1980] 1 S.C.R. 321 (*sub nom. McFall v. The Queen*); *R. v. Hayes* (1982), 65 C.C.C. (2d) 294; *R. v. Rennie* (1981), 74 Cr. App. R. 207; *R. v. Hoilett* (1999), 136 C.C.C. (3d) 449; *R. v. Owen* (1983), 4 C.C.C. (3d) 538; *R. v. Serack*, [1974] 2 W.W.R. 377; *R. v. Clot* (1982), 69 C.C.C. (2d) 349; *Blackburn v. Alabama*, 361 U.S. 199 (1960); *Schwartz v. Canada*, [1996] 1 S.C.R. 254; *Stein v. The Ship "Kathy K"*, [1976] 2 S.C.R. 802; *R. v. James*, Ont. Ct. (Gen. Div.), January 25, 1991; *R. v. Ollerhead* (1990), 86 Nfld. & P.E.I.R. 38; *R. v. Fowler* (1979), 23 Nfld. & P.E.I.R. 255; *R. v. Alexis* (1994), 35 C.R. (4th) 117; *R. v. Béland*, [1987] 2 S.C.R. 398; *R. v. Amyot* (1990), 58 C.C.C. (3d) 312; *R. v. Romansky* (1981), 6 Man. R. (2d) 408; *R. v. Barton* (1993), 81 C.C.C. (3d) 574.

By Arbour J. (dissenting)

R. v. Fitton, [1956] S.C.R. 958; *R. v. Middleton* (1974), 59 Cr. App. R. 18; *R. v. Béland*, [1987] 2 S.C.R. 398; *Phillion v. The Queen*, [1978] 1 S.C.R. 18; *R. v. Marquard*, [1993] 4 S.C.R. 223; *R. v. Mohan*, [1994] 2 S.C.R. 9; *R. v. Amyot* (1990), 58 C.C.C. (3d) 312; *R. v. L.E.W.*, [1996] O.J. No. 753 (QL); *DeClercq v. The Queen*, [1968] S.C.R. 902; *R. v. Murray*, [1951] 1 K.B. 391; *R. v. Charrette*, [1994] O.J. No. 2509 (QL); *R. v. Whalen*, [1999] O.J. No. 3488 (QL); *Bigaouette v. The King* (1926), 46 C.C.C. 311; *R. v. Hodgson*, [1998] 2 S.C.R. 449; *R. v. Warickshall* (1783), 1 Leach 263, 168 E.R. 234; *R. v. Hardy* (1794), 24 St. Tr. 199; *R. v. Baldry* (1852), 2 Den. 430, 169 E.R. 568; *R. v. Guidice*, [1964] W.A.R. 128; *R. v. Egger*, [1993] 2 S.C.R. 451; *R. v. Thorne* (1988), 41 C.C.C. (3d) 344; *R. v. McIntosh*

King, [1914] A.C. 599; *Prosko c. The King* (1922), 63 R.C.S. 226; *Boudreau c. The King*, [1949] R.C.S. 262; *R. c. Wray*, [1971] R.C.S. 272; *Rothman c. La Reine*, [1981] 1 R.C.S. 640; *Horvath c. La Reine*, [1979] 2 R.C.S. 376; *R. c. Whittle*, [1994] 2 R.C.S. 914; *Hobbins c. La Reine*, [1982] 1 R.C.S. 553; *R. c. Liew*, [1999] 3 R.C.S. 227; *R. c. Broyles*, [1991] 3 R.C.S. 595; *R. c. Stillman*, [1997] 1 R.C.S. 607; *R. c. Collins*, [1987] 1 R.C.S. 265; *R. c. Precourt* (1976), 18 O.R. (2d) 714; *R. c. Mills*, [1999] 3 R.C.S. 668; *R. c. Leipert*, [1997] 1 R.C.S. 281; *Reilly c. State*, 355 A.2d 324 (1976); *R. c. Kalashnikoff* (1981), 57 C.C.C. (2d) 481; *R. c. Lazure* (1959), 126 C.C.C. 331; *R. c. Ewert* (1991), 68 C.C.C. (3d) 207; *R. c. Jackson* (1977), 34 C.C.C. (2d) 35; *Commissioners of Customs and Excise c. Harz*, [1967] 1 A.C. 760; *R. c. Smith*, [1959] 2 Q.B. 35; *R. c. Desmeules*, [1971] R.L. 505; *Comeau c. The Queen* (1961), 131 C.C.C. 139; *R. c. Hanlon* (1958), 28 C.R. 398; *R. c. Puffer* (1976), 31 C.C.C. (2d) 81, conf. par [1980] 1 R.C.S. 321 (*sub nom. McFall c. La Reine*); *R. c. Hayes* (1982), 65 C.C.C. (2d) 294; *R. c. Rennie* (1981), 74 Cr. App. R. 207; *R. c. Hoilett* (1999), 136 C.C.C. (3d) 449; *R. c. Owen* (1983), 4 C.C.C. (3d) 538; *R. c. Serack*, [1974] 2 W.W.R. 377; *R. c. Clot* (1982), 69 C.C.C. (2d) 349; *Blackburn c. Alabama*, 361 U.S. 199 (1960); *Schwartz c. Canada*, [1996] 1 R.C.S. 254; *Stein c. Le navire «Kathy K»*, [1976] 2 R.C.S. 802; *R. c. James*, C. Ont. (Div. gén.), 25 janvier 1991; *R. c. Ollerhead* (1990), 86 Nfld. & P.E.I.R. 38; *R. c. Fowler* (1979), 23 Nfld. & P.E.I.R. 255; *R. c. Alexis* (1994), 35 C.R. (4th) 117; *R. c. Béland*, [1987] 2 R.C.S. 398; *R. c. Amyot*, [1991] R.J.Q. 954; *R. c. Romansky* (1981), 6 Man. R. (2d) 408; *R. c. Barton* (1993), 81 C.C.C. (3d) 574.

Citée par le juge Arbour (dissidente)

R. c. Fitton, [1956] R.C.S. 958; *R. c. Middleton* (1974), 59 Cr. App. R. 18; *R. c. Béland*, [1987] 2 R.C.S. 398; *Phillion c. La Reine*, [1978] 1 R.C.S. 18; *R. c. Marquard*, [1993] 4 R.C.S. 223; *R. c. Mohan*, [1994] 2 R.C.S. 9; *R. c. Amyot*, [1991] R.J.Q. 954; *R. c. L.E.W.*, [1996] O.J. No. 753 (QL); *DeClercq c. The Queen*, [1968] R.C.S. 902; *R. c. Murray*, [1951] 1 K.B. 391; *R. c. Charrette*, [1994] O.J. No. 2509 (QL); *R. c. Whalen*, [1999] O.J. No. 3488 (QL); *Bigaouette c. The King* (1926), 46 C.C.C. 311; *R. c. Hodgson*, [1998] 2 R.C.S. 449; *R. c. Warickshall* (1783), 1 Leach 263, 168 E.R. 234; *R. c. Hardy* (1794), 24 St. Tr. 199; *R. c. Baldry* (1852), 2 Den. 430, 169 E.R. 568; *R. c. Guidice*, [1964] W.A.R. 128; *R. c. Egger*, [1993] 2 R.C.S. 451; *R. c. Thorne* (1988), 41 C.C.C. (3d) 344; *R. c. McIntosh*

(1999), 141 C.C.C. (3d) 97; *R. v. Terceira* (1998), 123 C.C.C. (3d) 1, aff'd [1999] 3 S.C.R. 866; *R. v. Nugent* (1988), 84 N.S.R. (2d) 191.

(1999), 141 C.C.C. (3d) 97; *R. c. Terceira* (1998), 123 C.C.C. (3d) 1, conf. par [1999] 3 R.C.S. 866; *R. c. Nugent* (1988), 84 N.S.R. (2d) 191.

Statutes and Regulations Cited

Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 7, 7 to 14, 10, 14, 24(2).
Police and Criminal Evidence Act 1984 (U.K.), 1984, c. 60, s. 76(8).

Lois et règlements cités

Charte canadienne des droits et libertés, art. 7, 7 à 14, 10, 14, 24(2).
Police and Criminal Evidence Act 1984 (R.-U.), 1984, ch. 60, art. 76(8).

Authors Cited

Bedau, Hugo Adam, and Michael L. Radelet. "Miscarriages of Justice in Potentially Capital Cases" (1987), 40 *Stan. L. Rev.* 21.
 Furedy, John J. "The 'control' question 'test' (CQT) polygrapher's dilemma: logico-ethical considerations for psychophysiological practitioners and researchers" (1993), 15 *Int. J. Psychophysiology* 263.
 Furedy, John J., and John Liss. "Countering Confessions Induced by the Polygraph: Of Confessionals and Psychological Rubber Hoses" (1986), 29 *Crim. L.Q.* 91.
 Gudjonsson, Gisli H., and James A. C. MacKeith. "A Proven Case of False Confession: Psychological Aspects of the Coerced-Compliant Type" (1990), 30 *Med. Sci. & L.* 329.
 Gudjonsson, Gisli H., and James A. C. MacKeith. "Retracted Confessions: Legal, Psychological and Psychiatric Aspects" (1988), 28 *Med. Sci. & L.* 187.
 Kassin, Saul M., and Lawrence S. Wrightsman. "Coerced Confessions, Judicial Instructions, and Mock Juror Verdicts" (1981), 11 *J. Applied Soc. Psychol.* 489.
 Kaufman, Fred. *The Admissibility of Confessions*, 3rd ed. Toronto: Carswell, 1979.
 Lykken, David T. *A Tremor in the Blood: Uses and Abuses of the Lie Detector*. New York: Plenum Trade, 1998.
 Marin, René J. *Admissibility of Statements*, 9th ed. Aurora, Ont.: Canada Law Book, 1996 (loose-leaf updated January 2000, release 4).
 Ofshe, Richard J., and Richard A. Leo. "The Consequences of False Confessions: Deprivations of Liberty and Miscarriages of Justice in the Age of Psychological Interrogation" (1998), 88 *J. Crim. L. & Criminology* 429.
 Ofshe, Richard J., and Richard A. Leo. "The Decision to Confess Falsely: Rational Choice and Irrational Action" (1997), 74 *Denv. U. L. Rev.* 979.

Doctrine citée

Bedau, Hugo Adam, and Michael L. Radelet. «Miscarriages of Justice in Potentially Capital Cases» (1987), 40 *Stan. L. Rev.* 21.
 Furedy, John J. «The 'control' question 'test' (CQT) polygrapher's dilemma: logico-ethical considerations for psychophysiological practitioners and researchers» (1993), 15 *Int. J. Psychophysiology* 263.
 Furedy, John J., and John Liss. «Countering Confessions Induced by the Polygraph: Of Confessionals and Psychological Rubber Hoses» (1986), 29 *Crim. L.Q.* 91.
 Gudjonsson, Gisli H., and James A. C. MacKeith. «A Proven Case of False Confession: Psychological Aspects of the Coerced-Compliant Type» (1990), 30 *Med. Sci. & L.* 329.
 Gudjonsson, Gisli H., and James A. C. MacKeith. «Retracted Confessions: Legal, Psychological and Psychiatric Aspects» (1988), 28 *Med. Sci. & L.* 187.
 Kassin, Saul M., and Lawrence S. Wrightsman. «Coerced Confessions, Judicial Instructions, and Mock Juror Verdicts» (1981), 11 *J. Applied Soc. Psychol.* 489.
 Kaufman, Fred. *The Admissibility of Confessions*, 3rd ed. Toronto: Carswell, 1979.
 Lykken, David T. *A Tremor in the Blood: Uses and Abuses of the Lie Detector*. New York: Plenum Trade, 1998.
 Marin, René J. *Admissibility of Statements*, 9th ed. Aurora, Ont.: Canada Law Book, 1996 (loose-leaf updated January 2000, release 4).
 Ofshe, Richard J., and Richard A. Leo. «The Consequences of False Confessions: Deprivations of Liberty and Miscarriages of Justice in the Age of Psychological Interrogation» (1998), 88 *J. Crim. L. & Criminology* 429.
 Ofshe, Richard J., and Richard A. Leo. «The Decision to Confess Falsely: Rational Choice and Irrational Action» (1997), 74 *Denv. U. L. Rev.* 979.

Ofshe, Richard J., and Richard A. Leo. "The Social Psychology of Police Interrogation: The Theory and Classification of True and False Confessions" (1997), 16 *Stud. L. Pol. & Soc.* 189.

Patrick, Christopher J., and William G. Iacono. "Validity of the Control Polygraph Test: The Problem of Sampling Bias" (1991), 76 *J. App. Psych.* 229.

Sopinka, John, Sidney N. Lederman and Alan W. Bryant. *The Law of Evidence in Canada*, 2nd ed. Toronto: Butterworths, 1999.

White, Welsh S. "False Confessions and the Constitution: Safeguards Against Untrustworthy Confessions" (1997), 32 *Harv. C.R.-C.L. L. Rev.* 105.

Wigmore, John Henry. *Evidence in Trials at Common Law*, vol. 3. Revised by James H. Chadbourn. Boston: Little, Brown, 1970.

APPEAL from a judgment of the Nova Scotia Court of Appeal (1998), 16 C.R. (5th) 29, 164 N.S.R. (2d) 342, 491 A.P.R. 342, 122 C.C.C. (3d) 506, [1998] N.S.J. No. 19 (QL), allowing the accused's appeal, setting aside the convictions and entering acquittals. Appeal allowed, Arbour J. dissenting.

William D. Delaney, for the appellant.

Arthur J. Mollon, Q.C., and *Marian Mancini*, for the respondent.

Gary T. Trotter, for the intervener the Attorney General for Ontario.

Michael Code and *John Norris*, for the intervener the Criminal Lawyers' Association (Ontario).

The judgment of L'Heureux-Dubé, McLachlin, Iacobucci, Major, Bastarache and Binnie JJ. was delivered by

IACOBUCCI J. —

I. Introduction

This appeal requires this Court to rule on the common law limits on police interrogation. Specifically, we are asked to decide whether the police improperly induced the respondent's confessions through threats or promises, an atmosphere of oppression, or any other tactics that could raise a

Ofshe, Richard J., and Richard A. Leo. «The Social Psychology of Police Interrogation: The Theory and Classification of True and False Confessions» (1997), 16 *Stud. L. Pol. & Soc.* 189.

Patrick, Christopher J., and William G. Iacono. «Validity of the Control Polygraph Test: The Problem of Sampling Bias» (1991), 76 *J. App. Psych.* 229.

Sopinka, John, Sidney N. Lederman and Alan W. Bryant. *The Law of Evidence in Canada*, 2nd ed. Toronto: Butterworths, 1999.

White, Welsh S. «False Confessions and the Constitution: Safeguards Against Untrustworthy Confessions» (1997), 32 *Harv. C.R.-C.L. L. Rev.* 105.

Wigmore, John Henry. *Evidence in Trials at Common Law*, vol. 3. Revised by James H. Chadbourn. Boston: Little, Brown, 1970.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de la Nouvelle-Écosse (1998), 16 C.R. (5th) 29, 164 N.S.R. (2d) 342, 491 A.P.R. 342, 122 C.C.C. (3d) 506, [1998] N.S.J. No. 19 (QL), qui a accueilli l'appel de l'accusé, annulé les déclarations de culpabilité et inscrit des acquittements. Pourvoi accueilli, le juge Arbour est dissidente.

William D. Delaney, pour l'appelante.

Arthur J. Mollon, c.r., et *Marian Mancini*, pour l'intimé.

Gary T. Trotter, pour l'intervenant le procureur général de l'Ontario.

Michael Code et *John Norris*, pour l'intervenante la Criminal Lawyers' Association (Ontario).

Version française du jugement des juges L'Heureux-Dubé, McLachlin, Iacobucci, Major, Bastarache et Binnie rendu par

LE JUGE IACOBUCCI —

I. Introduction

Pour trancher le présent pourvoi, notre Cour doit statuer sur les limites que la common law impose aux interrogatoires policiers. De façon plus particulière, on nous demande de décider si les policiers ont irrégulièrement obtenu les confessions de l'intimé en lui faisant des menaces ou des promes-

reasonable doubt as to the voluntariness of his confessions. I conclude that they did not. The trial judge's determination that the confessions at stake in this appeal were voluntarily given should not have been disturbed on appeal, and accordingly the appeal should be allowed.

2 In this case, the police conducted a proper interrogation. Their questioning, while persistent and often accusatorial, was never hostile, aggressive, or intimidating. They repeatedly offered the accused food and drink. They allowed him to use the bathroom upon request. Before his first confession and subsequent arrest, they repeatedly told him that he could leave at any time. In this context, the alleged inducements offered by the police do not raise a reasonable doubt as to the confessions' voluntariness. Nor do I find any fault with the role played by the polygraph test in this case. While the police admittedly exaggerated the reliability of such devices, the tactic of inflating the reliability of incriminating evidence is a common, and generally unobjectionable one. Whether standing alone, or in combination with the other mild inducements used in this appeal, it does not render the confessions involuntary.

II. Facts

3 The facts surrounding the respondent's interrogation are obviously central to the resolution of this appeal, and I will refer to them throughout my legal analysis. At this point, I will simply give an overview.

4 Between February 5, 1994 and April 4, 1995, a series of eight fires involving four buildings and two motor vehicles occurred in and around the community of Waterville, Nova Scotia. Most of the incidents occurred between 1:00 a.m. and 4:00 a.m. The vehicle fires involved a van belonging to

ses, en créant une atmosphère d'oppression ou en utilisant d'autres tactiques susceptibles de soulever un doute raisonnable quant au caractère volontaire des confessions. J'en arrive à la conclusion qu'ils n'ont rien fait de cela. La décision du juge du procès que les confessions en litige dans la présente affaire ont été faites volontairement n'aurait pas dû être infirmée en appel et, en conséquence, le présent pourvoi devrait être accueilli.

En l'espèce, les policiers ont régulièrement mené l'interrogatoire. Leurs questions, bien que persistantes et souvent accusatrices, n'étaient jamais hostiles, agressives ou intimidantes. Ils ont à plusieurs reprises offert à manger et à boire à l'accusé. Ils lui ont permis d'aller à la toilette lorsqu'il le demandait. Avant sa première confession et l'arrestation qui en a découlé, ils lui ont dit à maintes reprises qu'il pouvait s'en aller en tout temps. Dans ce contexte, les incitations ou encouragements reprochés aux policiers ne soulèvent pas de doute raisonnable quant au caractère volontaire des confessions. En outre, je n'estime pas que le rôle joué par le test (ou examen) polygraphique (aussi appelé test du détecteur de mensonges) puisse être critiqué en l'espèce. Bien qu'il faille reconnaître que les policiers ont exagéré la fiabilité de cet appareil, la tactique qui consiste à vanter la fiabilité d'une preuve incriminante est répandue et n'a généralement rien de répréhensible. Qu'on la considère isolément ou en conjugaison avec les autres légères mesures d'encouragement utilisées en l'espèce, cette tactique n'a pas pour effet de rendre les confessions involontaires.

II. Les faits

Les faits relatifs à l'interrogatoire de l'intimé ont de toute évidence une importance cruciale pour l'issue du présent pourvoi, et je vais m'y référer au fil de mon analyse juridique. À ce stade-ci, toutefois, je vais me contenter d'en donner un aperçu.

Du 5 février 1994 au 4 avril 1995, huit incendies touchant quatre immeubles et deux véhicules automobiles ont eu lieu à Waterville, en Nouvelle-Écosse, et dans les environs de cette localité. La plupart des événements sont survenus la nuit, entre 1 h et 4 h. Les véhicules incendiés étaient une

the respondent's father, and a car belonging to the respondent's fiancée, Tanya Kilcup. The building fires occurred relatively close to where the respondent had lived when the various fires occurred. The fires appeared to have been deliberately set, with the possible exception of Ms. Kilcup's vehicle. The respondent was a member of the Waterville Volunteer Fire Brigade, and had responded to each of the fires in that capacity.

The last fire involved Ms. Kilcup's vehicle. The car was parked in the driveway of the apartment building where the respondent and Ms. Kilcup lived. The fire was discovered by a passerby who extinguished it. The Fire Marshall investigated the fire and concluded that since the car was subject to a prior recall for a possible faulty ignition switch, the fire may have been accidental owing to an electrical fault.

The police also conducted an extensive investigation of the fires. To help narrow the list of possible suspects, they asked a total of seven or eight individuals to submit to polygraph tests. Five or six individuals did so, passed the test, and were effectively removed from the list of suspects. Another person had agreed to take a polygraph, but was not examined after the respondent confessed to the crimes. The respondent, after initial doubts, agreed to submit to a test. Around 3:00 p.m. on April 26, 1995, the respondent went to the Wandlyn Motel for the test, according to a prior arrangement. The police audiotaped the events at the motel. Sergeant Taker administered the polygraph test. The respondent was fully advised of his rights to silence, to a lawyer (including the availability of Legal Aid), and to leave at any time. Sergeant Taker also advised him that while Sergeant Taker's interpretation of the polygraph results was not admissible, anything said by the respondent was admissible. The respondent was given a pamphlet

fourgonnette appartenant au père de l'intimé et l'automobile de la fiancée de l'intimé, Tanya Kilcup. Les immeubles incendiés se trouvaient relativement près de l'endroit où l'intimé habitait à l'époque où les incendies se sont produits. Les incendies paraissaient avoir été allumés délibérément, sauf peut-être celui du véhicule de M^{me} Kilcup. L'intimé était membre de la brigade de pompiers volontaires de Waterville et il s'était rendu, à ce titre, sur les lieux de chacun des incendies.

Le dernier incendie a été celui du véhicule de M^{me} Kilcup. La voiture était stationnée sur la voie d'accès à l'immeuble résidentiel où vivaient l'intimé et M^{me} Kilcup. L'incendie a été découvert et éteint par un passant. Le commissaire aux incendies a fait enquête sur cet incendie et a estimé que, comme la voiture avait fait l'objet d'un rappel en raison d'un contact d'allumage possiblement défectueux, l'incendie pouvait avoir été accidentellement causé par une défectuosité électrique.

Les policiers ont également mené une enquête approfondie sur les incendies. Afin d'aider à réduire la liste des suspects, ils ont demandé à sept ou huit personnes de se soumettre à des tests polygraphiques. Cinq ou six de ces personnes ont accepté de subir le test et ont vu leur nom être rayé de la liste après l'avoir réussi. Une autre personne qui avait accepté de se soumettre au test n'a pas été interrogée après que l'intimé a confessé être l'auteur des crimes. Après quelques hésitations, l'intimé a accepté de subir le test. Vers 15 h, le 26 avril 1995, il s'est rendu comme convenu au motel Wandlyn pour y subir le test. Les policiers ont enregistré sur bande audio ce qui s'est déroulé au motel. C'est le sergent Taker qui a administré le test polygraphique. L'intimé a été informé de son droit de garder le silence, de son droit à l'assistance d'un avocat (y compris de la disponibilité des services d'aide juridique) et de son droit de s'en aller en tout temps. L'intimé a également été informé par le sergent Taker que l'interprétation que donnerait ce dernier des résultats du test polygraphique n'était pas admissible en preuve, mais que toute déclaration de l'intimé était admissible. On lui a remis une brochure expliquant le déroule-

5

6

to review, which discussed the polygraph procedures, and he signed a consent form.

7

Before conducting the test itself, Sergeant Taker conducted a lengthy “pre-test” interview, which involved a variety of questions, many of them personal in nature. This interview was designed to provide a basis for the polygraph test itself, to help Sergeant Taker compose “control questions” for the polygraph exam, and to foster a sense of intimacy between examiner and subject. An exculpatory statement, which formed the basis for the polygraph test itself, was taken at the conclusion of the pre-test. Sergeant Taker then conducted the polygraph exam, which lasted only a matter of minutes. During the test Sergeant Taker did not ask about any specific fire, but instead asked if the respondent’s earlier statement had been truthful. At the conclusion of the test, around 5:00 p.m., Taker checked the charts and informed the respondent that he had failed the test. He reminded the respondent that his rights were still in effect, and proceeded to question him for approximately one hour. At one point the respondent asked “What if I admit to the car? . . . Then I can walk out of here and it’s over.” Though Sergeant Taker replied “You can walk out at any time”, the respondent did not leave.

8

At 6:30 p.m. Sergeant Taker was relieved by Corporal Deveau, who reminded the respondent of his right to counsel. After 30 to 40 minutes, the respondent confessed to setting fire to his fiancée’s car. He appeared emotionally distraught at this time. After a recitation of his rights, and an acknowledgement that he understood them, the police took a written statement, in which he continued to deny any involvement in the other fires. The respondent was arrested, warned of his right to counsel, given the secondary police warning, and driven to the police station at 8:15 p.m. En route he was very upset and was crying. He was placed in an interview room equipped with videotaping facilities, which recorded the subsequent interrogation where Corporal Deveau questioned him about the other fires. Around 8:30 p.m. and 9:15 p.m. the

ment du test et il a signé un formulaire de consentement.

Avant d’administrer le test proprement dit, le sergent Taker a mené une longue entrevue «préliminaire» comportant diverses questions, dont bon nombre étaient de nature personnelle. Cette entrevue visait à jeter les bases du test lui-même, à permettre au sergent Taker d’établir des «questions de contrôle» pour le test et à favoriser l’établissement d’un lien d’intimité entre l’interrogateur et le sujet. Une déclaration disculpatoire, qui a constitué le fondement du test polygraphique proprement dit, a été recueillie à la fin de l’entrevue préliminaire. Le sergent Taker a ensuite administré le test, qui n’a duré que quelques minutes. Durant le test, le sergent Taker n’a pas posé de question sur un incendie en particulier, mais il a plutôt demandé à l’intimé si la déclaration qu’il avait faite plus tôt était véridique. À la fin du test, vers 17 h, Taker a consulté les résultats et avisé l’intimé qu’il avait échoué au test. Après avoir rappelé à l’intimé que ses droits s’appliquaient toujours, il l’a interrogé pendant environ une heure. À un certain moment, l’intimé lui a posé la question suivante: [TRADUCTION] «Et si je reconnais ma culpabilité à l’égard de l’automobile? [. . .] Je pourrai alors m’en aller et tout sera terminé». Bien que le sergent Taker lui ait répondu: [TRADUCTION] «Tu peux partir quand tu veux», l’intimé ne l’a pas fait.

À 18 h 30, le sergent Taker a été remplacé par le caporal Deveau, qui a rappelé à l’intimé son droit à l’assistance d’un avocat. Après une période de 30 à 40 minutes, l’intimé a avoué avoir incendié l’automobile de sa fiancée. Il paraissait bouleversé à ce moment-là. Après que l’intimé a été informé de ses droits et a déclaré qu’il les comprenait, le policier a recueilli une déclaration écrite de l’intimé dans laquelle celui-ci continuait de nier être impliqué dans les autres incendies. L’intimé a été arrêté, il a été informé de son droit à un avocat, il a reçu une mise en garde supplémentaire puis il a été conduit au poste de police à 20 h 15. En chemin, il était bouleversé et pleurait. On l’a amené à une salle d’entrevue dotée de matériel d’enregistrement magnétoscopique qui a servi à enregistrer son interrogatoire, au cours duquel le caporal Deveau

respondent indicated that he was tired, and wanted to go home to bed. He was informed that he was under arrest, and he could call a lawyer if he wanted, but that he could not go home. Questioning did not cease.

Constable Bogle took over the interrogation at 9:52 p.m., after giving the respondent the secondary police warning. Constable Bogle questioned the respondent until about 11:00 p.m., at which time the respondent confessed to setting seven of the eight fires. He denied any involvement in the fire in his father's van. At this time, Constable Bogle left the room, and the respondent was seen crying with his head in his hands. Constable Bogle returned with Corporal Deveau, and took a written statement. The respondent's *Charter* rights and the police warning were on the statement, and were acknowledged by the respondent. The police warning stated that "[y]ou need not say anything. You have nothing to hope from any promise or favour and nothing to fear from any threat whether or not you do say anything. Anything you do say may be used as evidence." The statement concluded at 1:10 a.m. on April 27. After the police attended to various administrative tasks, the respondent was placed in a cell to sleep at 2:45 a.m. At 6:00 a.m., Corporal Deveau noticed that the respondent was awake and asked whether he would agree to a re-enactment. On the tape of the re-enactment, the respondent was given a *Charter* warning, the secondary warning, and was advised that he could stop the re-enactment at any time. The police drove the respondent around Waterville to the various fire scenes, where he described how he had set each fire. The respondent was charged with seven counts of arson.

At trial, the trial judge held a *voir dire* to determine the admissibility of the respondent's statements, including the video re-enactment. The trial

l'a questionné sur les autres incendies. Vers 20 h 30 et 21 h 15, l'intimé a indiqué qu'il était fatigué et qu'il voulait aller dormir à la maison. Il a alors été informé qu'il était en état d'arrestation et qu'il pouvait appeler un avocat s'il le désirait, mais qu'il ne pouvait retourner chez lui. L'interrogatoire s'est poursuivi.

L'agent Bogle a à son tour interrogé l'intimé, à partir de 21 h 52, après lui avoir donné une mise en garde supplémentaire. L'agent Bogle a interrogé l'intimé jusqu'à 23 h environ; à ce moment-là, l'intimé a avoué qu'il avait allumé sept des huit incendies. Il a nié toute participation à l'incendie de la fourgonnette de son père. L'agent Bogle a alors quitté la pièce, et l'intimé a été vu en pleurs, la tête entre les mains. L'agent Bogle est revenu avec le caporal Deveau et il a préparé une déclaration écrite. La description des droits garantis à l'intimé par la *Charte canadienne des droits et libertés* et le texte de la mise en garde figuraient sur la déclaration, et l'intimé a reconnu en avoir pris connaissance. Voici le texte de la mise en garde: [TRADUCTION] «Vous n'êtes pas obligé de dire quoi que ce soit. Vous n'avez rien à espérer d'aucune promesse ou faveur, ni rien à craindre d'aucune menace, que vous parliez ou non; mais tout ce que vous direz peut être retenu en preuve». La déclaration a pris fin à 1 h 10, le 27 avril. À 2 h 45, après avoir accompli diverses tâches administratives, les policiers ont enfermé l'intimé dans une cellule pour qu'il puisse dormir. À 6 h, le caporal Deveau s'est rendu compte que l'intimé était réveillé et il lui a demandé s'il consentait à prendre part à une reconstitution. L'enregistrement de la reconstitution révèle que l'intimé a reçu la mise en garde fondée sur la *Charte* et la mise en garde supplémentaire, et qu'il a été avisé qu'il pouvait en tout temps mettre fin à la reconstitution. Les policiers ont conduit l'intimé dans Waterville, aux divers endroits où les incendies avaient eu lieu. Là, l'intimé a décrit comment il avait allumé chaque incendie. L'intimé a été accusé de sept chefs d'incendie criminel.

Au procès, le juge du procès a tenu un *voir-dire* pour statuer sur l'admissibilité des déclarations de l'intimé, y compris sur la bande vidéo de la recons-

judge ruled that the statements were voluntary and admissible, and subsequently convicted him on all counts. However, the Nova Scotia Court of Appeal found that the statements were involuntary and thus inadmissible, and allowed the respondent's appeal. The Court of Appeal excluded the confessions, overturned the convictions, and entered acquittals.

III. Judicial Decisions

A. *Nova Scotia Provincial Court*

11 MacDonald Prov. Ct. J. concluded that the respondent's confessions were voluntary. First of all, there was no evidence that the respondent did not understand the police warnings. After reviewing the law, the trial judge concluded that the respondent had an operating mind, and was aware of the consequences of his actions. The respondent "appeared to be coherent, capable of understanding the questions that were put to him and to be in complete and total control of his faculties". Nor did the police unfairly deprive the respondent of his right to choose whether or not he wished to speak to the officers.

12 The trial judge also addressed the relevance of the polygraph test under the Nova Scotia Supreme Court — Appeal Division's decision in *R. v. Nugent* (1988), 84 N.S.R. (2d) 191. MacDonald Prov. Ct. J. found that the respondent clearly understood that while the results were not admissible, his statements were. There being no confusion over the role of the polygraph, MacDonald Prov. Ct. J. concluded that the use of a polygraph did not render the ensuing confessions involuntary or otherwise inadmissible.

13 Finally, the trial judge addressed the respondent's argument that the re-enactment was not voluntary because he was sleep-deprived at the time. The trial judge noted that the respondent appeared in full control of his faculties on the tape of the re-enactment. He was coherent. He understood what

titation. Le juge du procès a estimé que les déclarations avaient été volontaires et qu'elles étaient admissibles, et il a par la suite déclaré l'intimé coupable de tous les chefs d'accusation. Toutefois, la Cour d'appel de la Nouvelle-Écosse a jugé que les déclarations n'avaient pas été volontaires et qu'elles étaient, de ce fait, inadmissibles, et elle a accueilli l'appel formé par l'intimé. La Cour d'appel a écarté les confessions, annulé les déclarations de culpabilité et inscrit des acquittements.

III. L'historique des procédures

A. *La Cour provinciale de la Nouvelle-Écosse*

Le juge MacDonald de la Cour provinciale a conclu au caractère volontaire des confessions de l'intimé. Tout d'abord, il n'y avait aucune preuve que l'intimé n'avait pas compris les mises en garde des policiers. Après avoir examiné le droit applicable, le juge du procès a estimé que l'intimé avait eu un état d'esprit conscient et qu'il comprenait les conséquences de ses actes. L'intimé [TRADUCTION] «a paru cohérent, capable de comprendre les questions qui lui étaient posées et en pleine possession de ses moyens». Les policiers n'ont pas non plus privé l'intimé de son droit de décider de leur parler ou non.

Le juge du procès a également traité de la pertinence du test polygraphique au regard de la décision de la section d'appel de la Cour suprême de la Nouvelle-Écosse dans l'affaire *R. c. Nugent* (1988), 84 N.S.R. (2d) 191. Le juge MacDonald de la Cour provinciale a estimé que l'intimé avait clairement compris que les résultats du test n'étaient pas admissibles, mais que ses déclarations, elles, l'étaient. Vu l'absence de confusion quant au rôle du polygraphe, le juge MacDonald a décidé que l'utilisation du polygraphe ne rendait pas les confessions subséquentes involontaires ou inadmissibles pour quelque autre raison.

Enfin, le juge du procès a examiné l'argument de l'intimé selon lequel la reconstitution n'était pas volontaire parce que ce dernier souffrait de manque de sommeil lorsqu'elle a eu lieu. Le juge du procès a souligné que l'intimé paraissait en pleine possession de ses moyens sur l'enregistre-

was being asked of him. There was no evidence to suggest that the re-enactments were anything but voluntary. MacDonald Prov. Ct. J. therefore admitted the statements and re-enactment into evidence.

B. *Nova Scotia Court of Appeal* (1998), 164 N.S.R. (2d) 342 (*Pugsley and Cromwell J.J.A., Flinn J.A. concurring*)

Pugsley and Cromwell J.J.A. recognized that their role as an appellate court was not to retry the case or overturn the trial judge's findings of fact. The decision of the trial judge should not be set aside unless she made a wrong assessment of the evidence, failed to consider the relevant circumstances, or failed to apply the correct legal principle.

The court first addressed the admissibility of the respondent's initial confession to lighting the fire in Ms. Kilcup's car. Confessions will only be admissible if the Crown proves, beyond a reasonable doubt, that they were made voluntarily. A statement will be involuntary if it is the result of either "fear of prejudice" or "hope of advantage" held out by persons in authority. Vigorous and skillful questioning, misstatements of fact by the police, and appeals to the conscience of the accused do not necessarily make a resulting statement inadmissible. The statement will not be excluded simply because the accused believes it will be to his or her advantage to confess. It is only when this belief is induced or confirmed by persons in authority that the statements should be excluded.

Turning to the facts of this case, the court found that the police did not advise the respondent that the results of the polygraph were not admissible as evidence. Sergeant Taker should also have advised the respondent that the polygraph was not infallible. The accused's ensuing confusion about the significance of his failure of the test was an impor-

ment vidéo de la reconstitution. Il était cohérent. Il comprenait ce qu'on lui demandait de faire. Il n'y avait aucune preuve tendant à indiquer que les reconstitutions n'étaient pas volontaires. Le juge MacDonald de la Cour provinciale a donc admis en preuve les déclarations et la reconstitution.

B. *La Cour d'appel de la Nouvelle-Écosse* (1998), 164 N.S.R. (2d) 342 (*les juges Pugsley et Cromwell, avec l'appui du juge Flinn*)

Les juges Pugsley et Cromwell ont reconnu que leur rôle en tant que cour d'appel ne consistait pas à instruire l'affaire de nouveau ou à infirmer les conclusions de fait du juge du procès. La décision de la juge qui avait présidé le procès ne devait être annulée que si elle avait mal apprécié la preuve ou si elle avait omis de tenir compte des circonstances pertinentes ou d'appliquer le bon principe juridique.

La cour s'est d'abord penchée sur l'admissibilité de la confession initiale de l'intimé dans laquelle il disait avoir allumé l'incendie dans la voiture de M^{me} Kilcup. Les confessions ne sont admissibles que si le ministère public prouve hors de tout doute raisonnable qu'elles étaient volontaires. Une déclaration est involontaire si elle résulte soit de «la crainte de subir un préjudice» aux mains de personnes en situation d'autorité, soit de «l'espoir d'obtenir un avantage» de telles personnes. Un interrogatoire vigoureux et habile, de fausses déclarations de la police à l'égard des faits et des appels à la conscience de l'accusé ne rendent pas nécessairement inadmissible la déclaration qui en résulte. Une déclaration ne sera pas écartée du seul fait que l'accusé estimait qu'il avait avantage à faire une confession. Ce n'est que lorsque cette opinion est créée ou confirmée par des personnes en situation d'autorité que les déclarations doivent être écartées.

Examinant les faits de la présente affaire, la cour a jugé que les autorités policières n'avaient pas indiqué à l'intimé que les résultats du polygraphe n'étaient pas admissibles en preuve. Le sergent Taker aurait également dû dire à l'intimé que le polygraphe n'était pas infallible. La confusion subséquente de l'intimé relativement à la portée de

14

15

16

tant aspect of the overall context that had to be considered in deciding whether the statements were voluntary.

17 Against the backdrop of the polygraph examination, the police questioning developed other themes that, in light of all the other circumstances, constituted improper inducements to confess. While any one of these might not be sufficient to produce doubt about the voluntariness of the statements, their cumulative effect was overwhelming. Shortly after the polygraph results were given to the respondent, Sergeant Taker suggested that confessing would prevent him from getting into any more trouble than he was already in, and that confessing would allow him to get the help he needed if he had done these things. The police also minimized the seriousness of the offence, and warned that they might have to interrogate Ms. Kilcup. These actions, where they result in a confession, are improper inducements.

18 Another factor was the police's abuse of their relationship with the respondent. After gaining the respondent's trust, Sergeant Taker and Corporal Deveau breached that trust by unfairly and aggressively exploiting the results of the test as a confession-inducing instrument. Immediately before the first confession, Deveau said to the respondent that he was probably his "best friend right now". This statement was an abuse of confidence.

19 The court also disagreed with the trial judge's conclusion that the respondent appeared coherent and in control of his faculties on the videotape. The court felt that the transcript of the audiotape revealed that the respondent did not appreciate the role the equipment played in the process, and the separate role played by Sergeant Taker in his role as interpreter of the result. The conclusions of the trial judge failed to take into account several comments of Sergeant Taker wherein he assured the respondent that the polygraph machine was reliable.

son échec au test était un aspect important du contexte global qui devait être pris en compte pour décider si les déclarations étaient volontaires.

Dans le contexte du test polygraphique, l'interrogatoire des policiers a porté sur d'autres sujets qui, compte tenu de toutes les autres circonstances, ont constitué des encouragements inacceptables donnés à l'intimé afin qu'il fasse une confession. Bien que, considérés individuellement, ces encouragements puissent être insuffisants pour semer le doute quant au caractère volontaire des déclarations, leur effet cumulatif était irrésistible. Peu de temps après que les résultats du test polygraphique ont été communiqués à l'intimé, le sergent Taker lui a laissé entendre qu'en faisant une confession, il éviterait d'aggraver sa situation et il pourrait obtenir l'aide dont il avait besoin s'il avait commis les actes en question. Les policiers ont également minimisé la gravité de l'infraction, en plus de prévenir l'intimé qu'ils pourraient être obligés d'interroger M^{me} Kilcup. Lorsque de tels actes donnent lieu à une confession, ils constituent des encouragements inacceptables.

Un autre facteur dont il fallait tenir compte est le fait que les policiers ont abusé de la confiance de l'intimé. En effet, après avoir gagné la confiance de l'intimé, le sergent Taker et le caporal Deveau ont abusé de cette confiance en utilisant de façon injuste et agressive les résultats du test comme moyen de soutirer une confession. Tout juste avant que l'intimé fasse sa première confession, le caporal Deveau lui a dit qu'il était probablement son [TRADUCTION] «meilleur ami à l'heure actuelle». Cette déclaration était un abus de confiance.

De plus, la cour n'a pas souscrit à la conclusion du juge du procès que l'intimé paraissait cohérent et en possession de ses moyens sur la bande vidéo. La cour a estimé qu'il ressortait de la transcription de la bande audio que l'intimé n'appréciait ni le rôle que jouait l'équipement dans le processus, ni le rôle distinct que jouait le sergent Taker en tant qu'interprète des résultats. Les conclusions du juge du procès ne tenaient pas compte de plusieurs remarques du sergent Taker dans lesquelles celui-ci avait assuré l'intimé que le polygraphe était fiable.

Although none of the inducements on their own would require exclusion, taken cumulatively and in light of the use of the polygraph test, the statements were clearly involuntary and should have been excluded.

The court allowed the appeal. Since the statements were the only evidence that directly implicated the respondent, and without them, no reasonable trier of fact could convict, the convictions were set aside and acquittals entered.

IV. Analysis

A. *Standard of Review for Voluntariness*

While determining the appropriate legal test is of course a question of law, applying this test to determine whether or not a confession is voluntary is a question of fact, or of mixed law and fact. See *R. v. Ewert*, [1992] 3 S.C.R. 161, at p. 161; *Ward v. The Queen*, [1979] 2 S.C.R. 30, at p. 42 (*per* Spence J.); *R. v. Fitton*, [1956] S.C.R. 958, at pp. 983-84 (*per* Fauteux J.); *R. v. Murakami*, [1951] S.C.R. 801, at p. 803 (*per* Rand J., Locke J. concurring). Therefore, as this Court held in *Ewert*, a disagreement with the trial judge regarding the weight to be given various pieces of evidence is not grounds to reverse a finding on voluntariness. Respectfully, I believe that the Court of Appeal did just that. Therefore, following *Ewert*, the appeal must be allowed.

While the foregoing might suffice technically to dispose of this appeal, I believe it is important to take this opportunity to set out the proper scope of the confessions rule. There was much argument among the parties and interveners in this appeal on this point, and this Court has not directly addressed the issue since the introduction of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. Because of this lack of clarity, it has been often difficult to discern in various cases what standards have been applied.

Même si, individuellement, aucun des encouragements ne commandait l'exclusion des déclarations, compte tenu de leur effet cumulatif et de l'utilisation du test polygraphique, les déclarations étaient clairement non volontaires et auraient dû être écartées.

La cour a accueilli l'appel. Puisque les déclarations étaient les seuls éléments de preuve impliquant directement l'intimé et que, sans elles, aucun juge des faits raisonnable ne pourrait conclure à la culpabilité, les déclarations de culpabilité ont été annulées et des acquittements ont été inscrits.

IV. L'analyse

A. *La norme de contrôle du caractère volontaire*

Bien que la détermination du critère juridique approprié soit évidemment une question de droit, l'application de ce critère pour décider si un aveu était volontaire ou non est soit une question de fait, soit une question mixte de fait et de droit. Voir *R. c. Ewert*, [1992] 3 R.C.S. 161, à la p. 161; *Ward c. La Reine*, [1979] 2 R.C.S. 30, à la p. 42 (le juge Spence); *R. c. Fitton*, [1956] R.C.S. 958, aux pp. 983 et 984 (le juge Fauteux); *R. c. Murakami*, [1951] R.C.S. 801, à la p. 803 (le juge Rand, avec l'appui du juge Locke). En conséquence, conformément à la conclusion de notre Cour dans *Ewert*, un désaccord avec le juge du procès relativement au poids qu'il convient d'accorder à divers éléments de preuve n'est pas un motif justifiant d'infirmer sa conclusion à l'égard du caractère volontaire d'une confession. En toute déférence, j'estime que c'est précisément ce qu'a fait la Cour d'appel. Par conséquent, suivant l'arrêt *Ewert*, j'estime que le pourvoi doit être accueilli.

Ce qui précède pourrait en principe suffire pour trancher le présent pourvoi, mais je crois cependant qu'il est important de saisir cette occasion pour délimiter le champ d'application de la règle des confessions. Dans le présent pourvoi, les parties et les intervenants ont abondamment débattu entre eux cette question, que notre Cour n'a pas examinée directement depuis l'adoption de la *Charte canadienne des droits et libertés*. En raison de ce manque de clarté, il s'est souvent avéré diffi-

20

21

22

23

In addition, several arguments not addressed by the trial judge were raised before our Court. It is therefore necessary to broaden the discussion to deal with these issues.

B. *The Development of the Confessions Rule*

1. Two Elements of the Rule

24 As indicated by McLachlin J. (as she then was), in *R. v. Hebert*, [1990] 2 S.C.R. 151, there are two main strands to this Court's jurisprudence under the confessions rule. One approach is narrow, excluding statements only where the police held out explicit threats or promises to the accused. The definitive statement of this approach came in *Ibrahim v. The King*, [1914] A.C. 599 (P.C.), 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.

This Court adopted the “*Ibrahim* rule” in *Prosko v. The King* (1922), 63 S.C.R. 226, and subsequently applied it in cases like *Boudreau v. The King*, [1949] S.C.R. 262, *Fitton, supra*, *R. v. Wray*, [1971] S.C.R. 272, and *Rothman v. The Queen*, [1981] 1 S.C.R. 640.

25 The *Ibrahim* rule gives the accused only “a negative right — the right not to be tortured or coerced into making a statement by threats or promises held out by a person who is and whom he subjectively believes to be a person in authority”: *Hebert, supra*, at p. 165. However, *Hebert* also recognized a second, “much broader” approach, according to which “[t]he absence of violence, threats and promises by the authorities does not necessarily mean that the resulting statement is

cile de déterminer, dans certaines affaires, quelles normes avaient été appliquées. De plus, plusieurs arguments dont le juge du procès n’a pas traité ont été présentés à notre Cour. Il est donc nécessaire d’élargir notre analyse afin de traiter de ces questions.

B. *L’élaboration de la règle des confessions*

1. Les deux éléments de la règle

Comme l’a indiqué le juge McLachlin (maintenant Juge en chef du Canada), dans *R. c. Hebert*, [1990] 2 R.C.S. 151, deux courants principaux se dégagent de la jurisprudence de notre Cour en ce qui concerne la règle des confessions. Selon l’approche étroite, une déclaration n’est écartée que dans les cas où les autorités policières ont explicitement fait des menaces ou des promesses à l’accusé. L’énoncé classique de cette approche a été formulé dans *Ibrahim c. The King*, [1914] A.C. 599 (C.P.), 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.

Notre Cour a adopté la «règle de l’arrêt *Ibrahim*» dans *Prosko c. The King* (1922), 63 R.C.S. 226, puis l’a appliquée par la suite dans des affaires telles *Boudreau c. The King*, [1949] R.C.S. 262, *Fitton*, précitée, *R. c. Wray*, [1971] R.C.S. 272, et *Rothman c. La Reine*, [1981] 1 R.C.S. 640.

La règle de l’arrêt *Ibrahim* ne confère à la personne accusée qu’«un droit négatif — le droit de ne pas être torturée ni forcée de faire une déclaration sous l’effet de menaces ou de promesses d’une personne qui est et que l’auteur de la déclaration croit subjectivement être une personne en autorité»: *Hebert*, précité, à la p. 165. Cependant, cet arrêt reconnaît également une approche «beaucoup plus large», suivant laquelle: «[l]’absence de violence, de menaces et de promesses de la part des autorités ne signifie pas nécessairement que la déclaration qui résulte est volontaire si l’élément

voluntary, if the necessary mental element of deciding between alternatives is absent” (p. 166).

While not always followed, McLachlin J. noted at p. 166 that this aspect of the confessions rule “persists as part of our fundamental notion of procedural fairness”. This approach is most evident in the so-called “operating mind” doctrine, developed by this Court in *Ward, supra, Horvath v. The Queen*, [1979] 2 S.C.R. 376, and *R. v. Whittle*, [1994] 2 S.C.R. 914. In those cases the Court made “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”: *Ward, supra*, at p. 40. The “operating mind” doctrine dispelled once and for all the notion that the confessions rule is concerned solely with whether or not the confession was induced by any threats or promises.

These cases focused not just on reliability, but on voluntariness conceived more broadly. None of the reasons in *Ward* or *Horvath* ever expressed any doubts about the reliability of the confessions in issue. Instead, they focused on the lack of voluntariness, whether the cause was shock (*Ward*), hypnosis (*Horvath, per Beetz J.*), or “complete emotional disintegration” (*Horvath, supra*, at p. 400, *per Spence J.*). Similarly, in *Hobbins v. The Queen*, [1982] 1 S.C.R. 553, at pp. 556-57, Laskin C.J. noted that in determining the voluntariness of a confession, courts should be alert to the coercive effect of an “atmosphere of oppression”, even though there was “no inducement held out of hope of advantage or fear of prejudice, and absent any threats of violence or actual violence”; see also *R. v. Liew*, [1999] 3 S.C.R. 227, at para. 37. Clearly, the confessions rule embraces more than the narrow *Ibrahim* formulation; instead, it is concerned with voluntariness, broadly understood.

psychologique nécessaire de la décision entre des options est absent» (p. 166).

Bien que cette conception de la règle des confessions ne soit pas toujours suivie, le juge McLachlin a souligné, aux pp. 166 et 167, qu’elle «continue de faire partie de nos notions fondamentales d’équité procédurale». Cette conception ressort clairement de la règle dite de «l’état d’esprit conscient», élaborée par notre Cour dans les arrêts *Ward*, précité, *Horvath c. La Reine*, [1979] 2 R.C.S. 376, et *R. c. Whittle*, [1994] 2 R.C.S. 914. Il ressort de ces arrêts qu’«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»: *Ward*, précité, à la p. 40. La règle de «l’état d’esprit conscient» a écarté une fois pour toutes l’idée que la règle des confessions ne vise que la question de savoir si la confession a été obtenue par suite de menaces ou de promesses.

26

Ces arrêts se sont attaché non seulement à la fiabilité des confessions, mais également à leur caractère volontaire de façon générale. Nulle part dans les motifs exposés dans *Ward* et dans *Horvath* n’a-t-on exprimé de doutes quant à la fiabilité des confessions en litige. On a plutôt insisté sur l’absence de caractère volontaire de celle-ci, que ce soit en raison d’un choc (*Ward*), de l’hypnose (*Horvath, le juge Beetz*) ou encore d’un «effondrement émotionnel complet» (*Horvath, à la p. 400, le juge Spence*). De même, dans *Hobbins c. La Reine*, [1982] 1 R.C.S. 553, aux pp. 556 et 557, le juge en chef Laskin a souligné que les tribunaux appelés à statuer sur le caractère volontaire d’une confession doivent être conscients de l’effet coercitif que peut avoir une «atmosphère d’intimidation», même s’il n’y a pas eu «d’encouragement sous forme de l’espoir d’un avantage ou de la crainte d’un préjudice et en l’absence même de toute menace de violence ou de tout acte de violence»: voir également *R. c. Liew*, [1999] 3 R.C.S. 227, au par. 37. Il est clair que la règle des confessions vise davantage que le principe étroit formulé dans l’arrêt *Ibrahim*; elle s’attache plutôt à la question du caractère volontaire, considérée au sens large.

27

2. The Charter Era

28 The *Charter* constitutionalized a new set of protections for accused persons, contained principally in ss. 7 to 14 thereof. The entrenchment of these rights answered certain questions that had once been asked under the aegis of the confessions rule. For example, while the confessions rule did not exclude statements elicited by undercover officers in jail cells (*Rothman, supra*), such confessions can violate the *Charter*: see *Hebert, supra*, and *R. v. Broyles*, [1991] 3 S.C.R. 595.

29 In *Hebert, supra*, McLachlin J. interpreted the right to silence in light of existing common law protections, such as the confessions rule. However, given the focus of that decision on defining constitutional rights, it did not decide the inverse question: namely, the scope of the common law rules in light of the *Charter*. One possible view is that the *Charter* subsumes the common law rules.

30 But I do not believe that this view is correct, for several reasons. First, the confessions rule has a broader scope than the *Charter*. For example, the protections of s. 10 only apply “on arrest or detention”. By contrast, the confessions rule applies whenever a person in authority questions a suspect. Second, the *Charter* applies a different burden and standard of proof from that under the confessions rule. Under the former, the burden is on the accused to show, on a balance of probabilities, a violation of constitutional rights. Under the latter, the burden is on the prosecution to show beyond a reasonable doubt that the confession was voluntary. Finally, the remedies are different. The *Charter* excludes evidence obtained in violation of its provisions under s. 24(2) only if admitting the evidence would bring the administration of justice into disrepute: see *R. v. Stillman*, [1997] 1 S.C.R. 607, *R. v. Collins*, [1987] 1 S.C.R. 265, and the

2. L'ère de la Charte

La *Charte* a constitutionnalisé de nouvelles garanties en faveur des personnes accusées de crimes, garanties énoncées principalement aux art. 7 à 14. L'inscription de ces droits dans la Constitution a répondu à certaines questions qui s'étaient déjà posées eu égard à la règle des confessions. Par exemple, même si la règle des confessions n'entraîne pas l'exclusion des déclarations obtenues par des agents en civil dans des cellules de prison (*Rothman, précité*), de telles confessions peuvent porter atteinte aux droits garantis par la *Charte*: voir *Hebert, précité*, et *R. c. Broyles*, [1991] 3 R.C.S. 595.

Dans l'arrêt *Hebert, précité*, le juge McLachlin a interprété le droit de garder le silence à la lumière des garanties existantes prévues par la common law, telle la règle des confessions. Cependant, comme cet arrêt portait principalement sur la définition de certains droits constitutionnels, il n'a pas tranché la question inverse, savoir la portée des règles de common law au regard de la *Charte*. Une interprétation possible est que la *Charte* subsume ces règles.

Cependant, je ne crois pas que cette interprétation soit fondée, et ce pour plusieurs raisons. Premièrement, la règle des confessions a une portée plus grande que les droits garantis par la *Charte*. Par exemple, les garanties prévues par l'art. 10 ne s'appliquent qu'«en cas d'arrestation ou de détention». Par comparaison, la règle des confessions s'applique chaque fois qu'une personne en situation d'autorité interroge un suspect. Deuxièmement, le fardeau de la preuve et la norme de preuve ne sont pas les mêmes pour l'application de la *Charte* que pour la règle des confessions. Dans le cas de la *Charte*, il incombe à l'accusé d'établir, selon la prépondérance des probabilités, qu'il y a eu atteinte à des droits constitutionnels, alors que dans le cas de la règle des confessions, il incombe à la poursuite d'établir, hors de tout doute raisonnable, que l'aveu était volontaire. Enfin, les réparations diffèrent dans l'un et l'autre cas. En vertu du par. 24(2) de la *Charte*, le tribunal peut écarter des éléments de preuve obtenus en violation des dispositions de la *Charte*, mais seulement si leur utilis-

related jurisprudence. By contrast, a violation of the confessions rule always warrants exclusion.

These various differences illustrate that the *Charter* is not an exhaustive catalogue of rights. Instead, it represents a bare minimum below which the law must not fall. A necessary corollary of this statement is that the law, whether by statute or common law, can offer protections beyond those guaranteed by the *Charter*. The common law confessions rule is one such doctrine, and it would be a mistake to confuse it with the protections given by the *Charter*. While obviously it may be appropriate, as in *Hebert, supra*, to interpret one in light of the other, it would be a mistake to assume one subsumes the other entirely.

C. *The Confessions Rule Today*

As previously mentioned, this Court has not recently addressed the precise scope of the confessions rule. Instead, we have refined several elements of the rule, without ever integrating them into a coherent whole. I believe it is important to restate the rule for two reasons. First is the continuing diversity of approaches as evidenced by the courts below in this appeal. Second, and perhaps more important, is our growing understanding of the problem of false confessions. As I will discuss below, the confessions rule is concerned with voluntariness, broadly defined. One of the predominant reasons for this concern is that involuntary confessions are more likely to be unreliable. The confessions rule should recognize which interrogation techniques commonly produce false confessions so as to avoid miscarriages of justice.

tion est susceptible de déconsidérer l'administration de la justice: voir *R. c. Stillman*, [1997] 1 R.C.S. 607, *R. c. Collins*, [1987] 1 R.C.S. 265, et la jurisprudence connexe. À l'opposé, la violation de la règle des confessions commande dans tous les cas l'exclusion des éléments de preuve.

Ces différences illustrent bien le fait que la *Charte* n'englobe pas exhaustivement tous les droits. Au contraire, elle représente le strict minimum que le droit doit respecter. Le corollaire nécessaire de cette affirmation est que le droit peut établir, soit au moyen de dispositions législatives ou de règles de common law, d'autres garanties que celles prévues par la *Charte*. La règle des confessions de la common law constitue un tel principe, et il serait erroné de le confondre avec les garanties offertes par la *Charte*. Bien qu'il puisse certes être approprié, comme l'a fait notre Cour dans *Hebert*, précité, d'interpréter un ensemble de droits au regard de l'autre, il serait erroné de présumer que l'un de ces ensembles subsume entièrement l'autre.

C. *La règle des confessions aujourd'hui*

Comme il a été mentionné, notre Cour n'a pas examiné récemment la portée précise de la règle des confessions. Nous avons plutôt précisé plusieurs éléments de la règle, sans jamais toutefois les intégrer en un tout cohérent. J'estime qu'il est important de reformuler la règle, et ce pour deux raisons. La première est la diversité des approches qui continuent d'être suivies, comme en témoignent les décisions des juridictions inférieures en l'espèce. La deuxième raison, qui est peut-être aussi la plus importante, est notre meilleure compréhension du problème des fausses confessions. Comme je vais l'expliquer plus loin, la règle des confessions s'attache à la question du caractère volontaire, considérée au sens large. Une des principales raisons de cette préoccupation est le fait que les confessions non volontaires risquent davantage que les autres de ne pas être fiables. La règle des confessions devrait tenir compte des techniques d'interrogatoire qui produisent généralement de fausses confessions, afin d'éviter les erreurs judiciaires en découlant.

31

32

33 In defining the confessions rule, it is important to keep in mind its twin goals of protecting the rights of the accused without unduly limiting society's need to investigate and solve crimes. Martin J.A. accurately delineated this tension in *R. v. Precourt* (1976), 18 O.R. (2d) 714 (C.A.), at p. 721:

Although improper police questioning may in some circumstances infringe the governing [confessions] rule it is essential to bear in mind that the police are unable to investigate crime without putting questions to persons, whether or not such persons are suspected of having committed the crime being investigated. Properly conducted police questioning is a legitimate and effective aid to criminal investigation. . . . On the other hand, statements made as the result of intimidating questions, or questioning which is oppressive and calculated to overcome the freedom of will of the suspect for the purpose of extracting a confession are inadmissible. . . .

All who are involved in the administration of justice, but particularly courts applying the confessions rule, must never lose sight of either of these objectives.

1. The Problem of False Confessions

34 The history of police interrogations is not without its unsavoury chapters. Physical abuse, if not routine, was certainly not unknown. Today such practices are much less common. In this context, it may seem counterintuitive that people would confess to a crime that they did not commit. And indeed, research with mock juries indicates that people find it difficult to believe that someone would confess falsely. See S. M. Kassin and L. S. Wrightsman, "Coerced Confessions, Judicial Instructions, and Mock Juror Verdicts" (1981), 11 *J. Applied Soc. Psychol.* 489.

35 However, this intuition is not always correct. A large body of literature has developed documenting hundreds of cases where confessions have been proven false by DNA evidence, subsequent confessions by the true perpetrator, and other such

En définissant la règle des confessions, il est important d'avoir à l'esprit le double objectif de cette règle, qui est de protéger les droits de l'accusé sans pour autant restreindre indûment la nécessaire faculté de la société d'enquêter sur les crimes et de les résoudre. Le juge Martin de la Cour d'appel de l'Ontario a bien décrit le tiraillement entre ces deux objectifs dans *R. c. Precourt* (1976), 18 O.R. (2d) 714 (C.A.), à la p. 721:

[TRADUCTION] Même si des interrogatoires policiers irréguliers peuvent, dans certaines circonstances, porter atteinte à la règle [des confessions] applicable, il est essentiel de se rappeler que les autorités policières sont incapables de mener des enquêtes sur des crimes sans interroger des personnes, que ces personnes soient ou non soupçonnées d'avoir commis le crime faisant l'objet de l'enquête. Un interrogatoire policier régulièrement mené est un outil légitime et efficace d'enquêtes criminelles. [. . .] Par contre, les déclarations faites à la suite de questions intimidantes ou d'un interrogatoire oppressant et destiné à subjuguier la volonté du suspect afin de lui soutirer une confession sont inadmissibles. . . .

Tous ceux qui participent à l'administration de la justice, mais particulièrement les tribunaux qui appliquent la règle des confessions, ne doivent jamais perdre de vue ces objectifs.

1. Le problème des fausses confessions

L'histoire des interrogatoires policiers n'est pas exempt d'épisodes plutôt répugnants. S'ils n'étaient pas monnaie courante, les sévices physiques n'étaient certes pas un phénomène inconnu. De telles pratiques sont aujourd'hui beaucoup moins courantes. Dans ce contexte, il peut sembler paradoxal que des individus confessent des crimes qu'ils n'ont pas commis. D'ailleurs, des études menées avec des jurys simulés indiquent que les gens ont du mal à croire qu'une personne puisse faire une fausse confession. Voir S. M. Kassin et L. S. Wrightsman, «Coerced Confessions, Judicial Instructions, and Mock Juror Verdicts» (1981), 11 *J. Applied Soc. Psychol.* 489.

Toutefois, cette intuition n'est pas toujours fondée. Il existe une abondante littérature documentant des centaines de cas de confessions dont la fausseté a été établie par une preuve génétique, par la confession ultérieure du véritable auteur du

independent sources of evidence. See, e.g., R. A. Leo and R. J. Ofshe, "The Consequences of False Confessions: Deprivations of Liberty and Miscarriages of Justice in the Age of Psychological Interrogation" (1998), 88 *J. Crim. L. & Criminology* 429 (hereinafter Leo & Ofshe (1998)); R. J. Ofshe and R. A. Leo, "The Social Psychology of Police Interrogation: The Theory and Classification of True and False Confessions" (1997), 16 *Stud. L. Pol. & Soc.* 189 (hereinafter Ofshe & Leo (1997)); R. J. Ofshe and R. A. Leo, "The Decision to Confess Falsely: Rational Choice and Irrational Action" (1997), 74 *Denv. U. L. Rev.* 979 (hereinafter Ofshe & Leo (1997a)); W. S. White, "False Confessions and the Constitution: Safeguards Against Untrustworthy Confessions" (1997), 32 *Harv. C.R.-C.L. L. Rev.* 105; G. H. Gudjonsson and J. A. C. MacKeith, "A Proven Case of False Confession: Psychological Aspects of the Coerced-Compliant Type" (1990), 30 *Med. Sci. & L.* 329 (hereinafter Gudjonsson & MacKeith (1990)); G. H. Gudjonsson and J. A. C. MacKeith, "Retracted Confessions: Legal, Psychological and Psychiatric Aspects" (1988), 28 *Med. Sci. & L.* 187 (hereinafter Gudjonsson & MacKeith (1988)); H. A. Bedau and M. L. Radelet, "Miscarriages of Justice in Potentially Capital Cases" (1987), 40 *Stan. L. Rev.* 21.

One of the overriding concerns of the criminal justice system is that the innocent must not be convicted: see, e.g., *R. v. Mills*, [1999] 3 S.C.R. 668, at para. 71; *R. v. Leipert*, [1997] 1 S.C.R. 281, at para. 4. Given the important role of false confessions in convicting the innocent, the confessions rule must understand why false confessions occur. Without suggesting that any confession involving elements discussed below should automatically be excluded, I hope to provide a background for my synthesis of the confessions rule in the next section.

Ofshe & Leo (1997), *supra*, at p. 210, provide a useful taxonomy of false confessions. They suggest that there are five basic kinds: voluntary,

crime ou d'autres sources indépendantes de preuve de cette nature. Voir, par exemple, R. A. Leo et R. J. Ofshe, «The Consequences of False Confessions: Deprivations of Liberty and Miscarriages of Justice in the Age of Psychological Interrogation» (1998), 88 *J. Crim. L. & Criminology* 429 (ci-après Leo & Ofshe (1998)); R. J. Ofshe et R. A. Leo, «The Social Psychology of Police Interrogation: The Theory and Classification of True and False Confessions» (1997), 16 *Stud. L. Pol. & Soc.* 189 (ci-après Ofshe & Leo (1997)); R. J. Ofshe et R. A. Leo, «The Decision to Confess Falsely: Rational Choice and Irrational Action» (1997), 74 *Denv. U. L. Rev.* 979 (ci-après Ofshe & Leo (1997a)); W. S. White, «False Confessions and the Constitution: Safeguards Against Untrustworthy Confessions» (1997), 32 *Harv. C.R.-C.L. L. Rev.* 105; G. H. Gudjonsson et J. A. C. MacKeith, «A Proven Case of False Confession: Psychological Aspects of the Coerced-Compliant Type» (1990), 30 *Med. Sci. & L.* 329 (ci-après Gudjonsson & MacKeith (1990)); G. H. Gudjonsson et J. A. C. MacKeith, «Retracted Confessions: Legal, Psychological and Psychiatric Aspects» (1988), 28 *Med. Sci. & L.* 187 (ci-après Gudjonsson & MacKeith (1988)); H. A. Bedau et M. L. Radelet, «Miscarriages of Justice in Potentially Capital Cases» (1987), 40 *Stan. L. Rev.* 21.

L'une des préoccupations dominantes du système de justice pénale est d'éviter qu'une personne innocente soit déclarée coupable: voir, par exemple, *R. c. Mills*, [1999] 3 R.C.S. 668, au par. 71; *R. c. Leipert*, [1997] 1 R.C.S. 281, au par. 4. Compte tenu du rôle important que jouent les fausses confessions lorsque des innocents sont déclarés coupables, la règle des confessions doit tenir compte des raisons pour lesquelles de fausses confessions sont faites. Sans suggérer que toute confession faisant intervenir les éléments dont je vais parler ci-après devrait automatiquement être écartée, je vais m'efforcer de bien situer le contexte de la synthèse de la règle des confessions que je fais dans la prochaine section.

Dans Ofshe & Leo (1997), *loc. cit.*, à la p. 210, les auteurs donnent une taxinomie utile des fausses confessions. Selon eux, il en existe fondamentale-

stress-compliant, coerced-compliant, non-coerced-persuaded, and coerced-persuaded. Voluntary confessions *ex hypothesi* are not the product of police interrogation. It is therefore the other four types of false confessions that are of interest.

38 According to Ofshe & Leo (1997), *supra*, at p. 211, stress-compliant confessions occur “when the aversive interpersonal pressures of interrogation become so intolerable that [suspects] comply in order to terminate questioning”. They are elicited by “exceptionally strong use of the aversive stressors typically present in interrogations”, and are “given knowingly *in order to escape* the punishing experience of interrogation” (emphasis in original). See also Gudjonsson & MacKeith (1990), *supra*. Another important factor is confronting the suspect with fabricated evidence in order to convince him that protestations of innocence are futile: see *ibid.*; Ofshe & Leo (1997a), *supra*, at p. 1040.

39 Somewhat different are coerced-compliant confessions. These confessions are the product of “the classically coercive influence techniques (e.g., threats and promises)”, with which the *Ibrahim* rule is concerned: Ofshe & Leo (1997), *supra*, at p. 214. As Gudjonsson & MacKeith (1988), *supra*, suggest at p. 191, “most cases of false confession that come before the courts are of the compliant-coerced type”. See also White, *supra*, at p. 131.

40 A third kind of false confession is the non-coerced-persuaded confession. In this scenario, police tactics cause the innocent person to “become confused, doubt his memory, be temporarily persuaded of his guilt and confess to a crime he did not commit”: Ofshe & Leo (1997), *supra*, at p. 215. For an example, see *Reilly v. State*, 355 A.2d 324 (Conn. Super. Ct. 1976); Ofshe & Leo

ment cinq types: volontaires, induites par stress, induites par coercition, induites par persuasion sans coercition et induites par persuasion avec coercition. Par hypothèse, les confessions volontaires ne découlent pas d’interrogatoires policiers. Ce sont donc les quatre autres types de fausses confessions qui nous intéressent.

Selon Ofshe & Leo (1997), *loc. cit.*, à la p. 211, les fausses confessions induites par stress surviennent [TRADUCTION] «lorsque les pressions interpersonnelles aversives de l’interrogatoire deviennent à ce point intolérables que les [suspects] cèdent pour mettre fin à l’interrogatoire». Ces fausses confessions sont soutirées par [TRADUCTION] «une utilisation exceptionnellement marquée des facteurs de stress aversifs habituellement présents au cours d’interrogatoires», et elles [TRADUCTION] «sont faites sciemment *dans le but de mettre fin* à l’exténuante expérience que constitue l’interrogatoire» (en italique dans l’original). Voir également Gudjonsson & MacKeith (1990), *loc. cit.* Un autre facteur important est le fait de mettre le suspect en présence d’éléments de preuve fabriquée afin de le convaincre de la futilité de ses protestations d’innocence: voir *ibid.*; Ofshe & Leo (1997a), *loc. cit.*, à la p. 1040.

Les fausses confessions induites par coercition diffèrent quelque peu de celles induites par stress, puisqu’elles sont le produit des [TRADUCTION] «techniques classiques de coercition (par exemple des menaces et des promesses)» qui sont l’objet de la règle de l’arrêt *Ibrahim* (Ofshe & Leo (1997), *loc. cit.*, à la p. 214). Comme l’affirment Gudjonsson & MacKeith (1988), *loc. cit.*, à la p. 191, [TRADUCTION] «la plupart des cas de fausses confessions dont les tribunaux sont saisis sont des confessions induites par coercition». Voir également White, *loc. cit.*, à la p. 131.

Le troisième type de fausses confessions est la fausse confession induite par persuasion sans coercition. Dans ce scénario, les tactiques policières utilisées ont pour effet d’amener la personne innocente à [TRADUCTION] «devenir confuse, à douter de sa mémoire, à être temporairement persuadée de sa culpabilité et à confesser un crime qu’elle n’a pas commis»: Ofshe & Leo (1997), *loc. cit.*, à la

(1997), *supra*, at pp. 231-34. The use of fabricated evidence can also help convince an innocent suspect of his or her own guilt.

A final type of false confession is the coerced-persuaded confession. This is like the non-coerced-persuaded, except that the interrogation also involves the classically coercive aspects of the coerced-compliant confession: see Ofshe & Leo (1997), *supra*, at p. 219.

From this discussion, several themes emerge. One is the need to be sensitive to the particularities of the individual suspect. For example, White, *supra*, at p. 120, notes the following:

False confessions are particularly likely when the police interrogate particular types of suspects, including suspects who are especially vulnerable as a result of their background, special characteristics, or situation, suspects who have compliant personalities, and, in rare instances, suspects whose personalities make them prone to accept and believe police suggestions made during the course of the interrogation.

And indeed, this is consistent with the reasons of Rand J. in *Fitton*, *supra*, at p. 962:

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.

Ward, *supra*, and *Horvath*, *supra*, similarly recognized the particular circumstances of the suspects that rendered them unable to confess voluntarily: in *Ward*, the accused's state of shock, and in *Horvath*, the psychological fragility that precipitated his hypnosis and "complete emotional disintegration" (p. 400).

p. 215. Pour un exemple, voir *Reilly c. State*, 355 A.2d 324 (Conn. Super. Ct. 1976); Ofshe & Leo (1997), *loc. cit.*, aux pp. 231 à 234. L'utilisation de preuve fabriquée peut également contribuer à convaincre un suspect innocent de sa culpabilité.

Le dernier type de fausses confessions est la fausse confession induite par persuasion avec coercition. Ces confessions sont semblables aux fausses confessions induites par persuasion sans coercition, sauf que l'interrogatoire comporte également les aspects classiques de coercition des fausses confessions induites par coercition: voir Ofshe & Leo (1997), *loc. cit.*, à la p. 219.

Plusieurs thèmes se dégagent de cette analyse, notamment la nécessité d'être attentif aux particularités du suspect en cause. À titre d'exemple, White, *loc. cit.*, à la p. 120, fait la remarque suivante:

[TRADUCTION] Des fausses confessions risquent particulièrement d'être faites lorsque les policiers interrogent certains types de suspects, notamment des suspects particulièrement vulnérables en raison de leur vécu, de caractéristiques spéciales ou de la situation, des suspects qui ont une personnalité complaisante et, dans de rares cas, des suspects qui de leur personnalité sont enclins à accepter et à croire les suggestions faites par les policiers pendant l'interrogatoire.

D'ailleurs, cette constatation est compatible avec les motifs exposés par le juge Rand dans l'arrêt *Fitton*, précité, à la p. 962:

[TRADUCTION] 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.

Dans les arrêts *Ward* et *Horvath*, précités, on a également reconnu les circonstances particulières dans lesquelles se trouvaient les suspects, et qui les avaient rendus incapables de faire une confession volontaire: dans *Ward* il s'agissait de l'état de choc de l'accusé, alors que dans *Horvath* il s'agissait de la fragilité psychologique de l'accusé, fragilité qui avait précipité son hypnose et son «effondrement émotionnel complet» (p. 400).

41

42

- 43 Another theme is the danger of using non-existent evidence. Presenting a suspect with entirely fabricated evidence has the potential either to persuade the susceptible suspect that he did indeed commit the crime, or at least to convince the suspect that any protestations of innocence are futile.
- 44 Finally, the literature bears out the common law confessions rule's emphasis on threats and promises. Coerced-compliant confessions are the most common type of false confessions. These are classically the product of threats or promises that convince a suspect that in spite of the long-term ramifications, it is in his or her best interest in the short- and intermediate-term to confess.
- 45 Fortunately, false confessions are rarely the product of proper police techniques. As Leo & Ofshe (1998), *supra*, point out at p. 492, false confession cases almost always involve "shoddy police practice and/or police criminality". Similarly, in Ofshe & Leo (1997), *supra*, at pp. 193-96, they argue that in most cases, "eliciting a false confession takes strong incentives, intense pressure and prolonged questioning. . . . Only under the rarest of circumstances do an interrogator's ploys persuade an innocent suspect that he is in fact guilty and has been caught."
- 46 Before turning to how the confessions rule responds to these dangers, I would like to comment briefly on the growing practice of recording police interrogations, preferably by videotape. As pointed out by J. J. Furedy and J. Liss in "Countering Confessions Induced by the Polygraph: Of Confessionals and Psychological Rubber Hoses" (1986), 29 *Crim. L.Q.* 91, at p. 104, even if "notes were accurate concerning the *content* of what was said . . . , the notes cannot reflect the *tone* of what was said and any body language that may have
- Un autre thème est le danger que pose l'utilisation d'éléments de preuve qui n'existent pas. Présenter au suspect une preuve fabriquée de toutes pièces pourra le persuader, s'il est impressionnable, qu'il a effectivement commis le crime, ou à tout le moins que toute protestation d'innocence est futile.
- Enfin, la littérature sur la question confirme l'importance que la règle des confessions de la common law attribue aux menaces et promesses. Les fausses confessions induites par coercition constituent le type le plus répandu de fausses confessions. Ces confessions sont habituellement le fruit de menaces ou de promesses qui convainquent le suspect que, malgré les conséquences que sa décision pourrait avoir à long terme, il est dans son intérêt, à court et à moyen terme, de faire une confession.
- Heureusement, les fausses confessions découlent rarement de l'application de techniques policières régulières. Comme l'ont souligné Leo & Ofshe (1998), *loc. cit.*, à la p. 492, les affaires de fausses confessions comportent presque toujours [TRADUCTION] «des pratiques policières répréhensibles, de la criminalité policière, ou les deux». De même, dans Ofshe & Leo (1997), *loc. cit.*, aux pp. 193 à 196, les auteurs soutiennent que, dans la plupart des cas, [TRADUCTION] «pour soutirer une fausse confession il faut recourir à des mesures incitatives importantes, exercer une pression intense et mener un interrogatoire prolongé. [. . .] Ce n'est que dans de très rares circonstances que les stratagèmes d'un interrogateur persuaderont un suspect innocent qu'en fait il est coupable et qu'il s'est fait prendre».
- Avant de voir comment la règle des confessions répond à ces dangers, j'aimerais commenter brièvement la pratique, de plus en plus répandue, qui consiste à enregistrer les interrogatoires policiers, de préférence sur bande vidéo. Comme l'ont souligné J. J. Furedy et J. Liss dans «Countering Confessions Induced by the Polygraph: Of Confessionals and Psychological Rubber Hoses» (1986), 29 *Crim. L.Q.* 91, à la p. 104, même si [TRADUCTION] «des notes rapportent avec précision la *teneur* de ce qui a été dit [. . .], ces notes ne

been employed” (emphasis in original). White, *supra*, at pp. 153-54, similarly offers four reasons why videotaping is important:

First, it provides a means by which courts can monitor interrogation practices and thereby enforce the other safeguards. Second, it deters the police from employing interrogation methods likely to lead to untrustworthy confessions. Third, it enables courts to make more informed judgments about whether interrogation practices were likely to lead to an untrustworthy confession. Finally, mandating this safeguard accords with sound public policy because the safeguard will have additional salutary effects besides reducing untrustworthy confessions, including more net benefits for law enforcement.

This is not to suggest that non-recorded interrogations are inherently suspect; it is simply to make the obvious point that when a recording is made, it can greatly assist the trier of fact in assessing the confession.

2. The Contemporary Confessions Rule

The common law confessions rule is well-suited to protect against false confessions. While its overriding concern is with voluntariness, this concept overlaps with reliability. A confession that is not voluntary will often (though not always) be unreliable. The application of the rule will by necessity be contextual. Hard and fast rules simply cannot account for the variety of circumstances that vitiate the voluntariness of a confession, and would inevitably result in a rule that would be both over- and under-inclusive. A trial judge should therefore consider all the relevant factors when reviewing a confession.

peuvent refléter le *ton* des propos de même que le langage corporel qui a pu être utilisé» (en italique dans l’original). De même, White, *loc. cit.*, aux pp. 153 et 154, avance quatre raisons pour lesquelles l’enregistrement des interrogatoires sur bande vidéo est une mesure importante:

[TRADUCTION] Premièrement, une telle mesure donne aux tribunaux un moyen de contrôler les pratiques en matière d’interrogatoire et, ainsi, de faire respecter les autres garanties. Deuxièmement, elle dissuade les autorités policières d’utiliser des méthodes d’interrogatoire susceptibles de donner lieu à des confessions qui ne sont pas dignes de foi. Troisièmement, elle permet aux tribunaux de rendre des jugements plus éclairés sur la question de savoir si des pratiques particulières en matière d’interrogatoire étaient susceptibles d’entraîner une confession qui n’est pas digne de foi. Enfin, le fait d’imposer cette garantie constitue une politique d’intérêt général judiciaire puisque, en plus de réduire le nombre de confessions qui ne sont pas dignes de foi, elle aura d’autres effets salutaires y compris des avantages nets pour les responsables de l’application de la loi.

Cela ne veut pas dire que les interrogatoires qui ne sont pas enregistrés sont intrinsèquement suspects, mais simplement que, de toute évidence, l’existence d’un enregistrement peut grandement aider le juge des faits à apprécier la confession.

2. La règle des confessions contemporaine

La règle des confessions de la common law offre une protection efficace contre les fausses confessions. Bien que cette règle s’attache principalement au caractère volontaire des confessions, ce concept chevauche celui de la fiabilité. Une confession non volontaire est souvent (mais pas toujours) peu fiable. L’application de la règle est, par nécessité, contextuelle. Il n’y a tout simplement pas de règle simple et rigide qui permette de tenir compte des diverses circonstances susceptibles de vicier le caractère volontaire d’une confession; il en résulterait inévitablement une règle dont la portée serait à la fois trop large et trop restreinte. Par conséquent, le juge du procès doit tenir compte de tous les facteurs pertinents lorsqu’il examine une confession.

(a) *Threats or Promises*

48

This is of course the core of the confessions rule from *Ibrahim, supra*. It is therefore important to define precisely what types of threats or promises will raise a reasonable doubt as to the voluntariness of a confession. While obviously imminent threats of torture will render a confession inadmissible, most cases will not be so clear.

49

As noted above, in *Ibrahim* the Privy Council ruled that statements would be inadmissible if they were the result of “fear of prejudice or hope of advantage”. The classic “hope of advantage” is the prospect of leniency from the courts. It is improper for a person in authority to suggest to a suspect that he or she will take steps to procure a reduced charge or sentence if the suspect confesses. Therefore in *Nugent, supra*, the court excluded the statement of a suspect who was told that if he confessed, the charge could be reduced from murder to manslaughter. See also *R. v. Kalashnikoff* (1981), 57 C.C.C. (2d) 481 (B.C.C.A.); *R. v. Lazure* (1959), 126 C.C.C. 331 (Ont. C.A.); R. J. Marin, *Admissibility of Statements* (9th ed. (loose-leaf)), at p. 1–15. Intuitively implausible as it may seem, both judicial precedent and academic authority confirm that the pressure of intense and prolonged questioning may convince a suspect that no one will believe his or her protestations of innocence, and that a conviction is inevitable. In these circumstances, holding out the possibility of a reduced charge or sentence in exchange for a confession would raise a reasonable doubt as to the voluntariness of any ensuing confession. An explicit offer by the police to procure lenient treatment in return for a confession is clearly a very strong inducement, and will warrant exclusion in all but exceptional circumstances.

a) *Menaces ou promesses*

Il s’agit là évidemment de l’essence de la règle des confessions énoncée dans l’arrêt *Ibrahim*, précité. Il importe donc de définir précisément quels types de menaces ou de promesses soulèvent un doute raisonnable quant au caractère volontaire d’une confession. Bien que des menaces de torture clairement imminente rendent une confession inadmissible, la plupart des affaires ne sont pas aussi nettes.

Comme il a été souligné plus tôt, le Conseil privé a jugé, dans *Ibrahim*, que des déclarations sont inadmissibles si elles ont été obtenues «par crainte d’un préjudice ou dans l’espoir d’un avantage». L’exemple classique d’«espoir d’un avantage» est la perspective de clémence de la part du tribunal. Il est inacceptable qu’une personne en situation d’autorité laisse entendre à un suspect qu’elle fera des démarches pour obtenir une réduction de l’accusation ou de la peine si le suspect fait une confession. En conséquence, dans l’arrêt *Nugent*, précité, la cour a écarté la déclaration d’un suspect à qui l’on avait dit que, s’il faisait une confession, il serait accusé d’homicide involontaire coupable au lieu de meurtre. Voir également *R. c. Kalashnikoff* (1981), 57 C.C.C. (2d) 481 (C.A.C.-B.); *R. c. Lazure* (1959), 126 C.C.C. 331 (C.A. Ont.); R. J. Marin, *Admissibility of Statements* (9^e éd. (feuilles mobiles)), à la p. 1–15. Aussi peu plausible que cela puisse intuitivement sembler, tant la jurisprudence que la doctrine confirment que la pression découlant d’un interrogatoire intense et prolongé peut convaincre un suspect que personne ne croira ses protestations d’innocence et qu’il sera inévitablement déclaré coupable. Dans de telles circonstances, faire miroiter à un suspect la possibilité d’une réduction de l’accusation ou de la peine en échange d’une confession soulèverait un doute raisonnable quant au caractère volontaire de l’aveu qui s’ensuivrait. Le fait pour les policiers d’offrir explicitement au suspect de lui obtenir un traitement clément en retour d’une confession est manifestement un encouragement très puissant et justifiera l’exclusion de la confession, sauf dans des circonstances exceptionnelles.

Another type of inducement relevant to this appeal is an offer of psychiatric assistance or other counselling for the suspect in exchange for a confession. While this is clearly an inducement, it is not as strong as an offer of leniency and regard must be had to the entirety of the circumstances. A good example of this comes from *R. v. Ewert* (1991), 68 C.C.C. (3d) 207 (B.C.C.A.). In that case, the police made what Hinkson J.A. at the Court of Appeal described as a “bold offer to the accused to help him, in the sense of providing psychiatric help, if he told them what had happened” (p. 216). Reversing the Court of Appeal, this Court upheld the trial judge’s conclusion that, while the police conduct was an inducement, it was not a factor in the suspect’s decision to confess. *Ewert* thus recognizes the importance of a contextual approach.

Threats or promises need not be aimed directly at the suspect for them to have a coercive effect. For example, in *R. v. Jackson* (1977), 34 C.C.C. (2d) 35 (B.C.C.A.), McIntyre J.A. (as he then was) addressed a confession obtained in a case where the accused and his friend Winn had robbed and murdered a hitchhiker. The police suspected the murder was Jackson’s doing, and urged him to confess, lest his friend Winn be unjustly convicted of murder. The trial judge had concluded that:

[The police] were exerting a subtle form of pressure on Jackson, they were appealing to his concept of right and wrong. . . . They indicated that unless they got to the truth of the matter, it might be necessary to charge both, and this too was a very likely possibility. The officers were completely frank with him. The officers hoped that when Jackson was faced with what they had, and what might transpire if he didn’t speak up, that he would take Winn off the hook and confess. That is exactly what he did. I can see nothing in what they said or in what they

Un autre type d’encouragement pertinent en ce qui concerne le présent pourvoi est le fait d’offrir au suspect de l’assistance psychiatrique ou d’autres formes de counselling en échange d’une confession. Bien qu’il s’agisse clairement d’un encouragement, une telle offre n’a pas autant de poids qu’une offre de clémence et il faut, dans un tel cas, tenir compte de l’ensemble des circonstances. L’affaire *R. c. Ewert* (1991), 68 C.C.C. (3d) 207 (C.A.C.-B.) est un bon exemple de ce genre de situation. Dans cette affaire, les autorités policières ont fait ce que le juge Hinkson de la Cour d’appel a décrit comme [TRADUCTION] «une offre d’aide audacieuse à l’accusé, savoir qu’ils lui procureraient de l’aide psychiatrique s’il leur racontait ce qui était arrivé» (p. 216). Infirmant l’arrêt de la Cour d’appel, notre Cour a confirmé la conclusion du juge du procès que, bien que la conduite des policiers ait constitué un encouragement, ce facteur n’a pas joué dans la décision du suspect de faire une confession. L’arrêt *Ewert* reconnaît donc l’importance d’une approche contextuelle.

Il n’est pas nécessaire que les menaces ou les promesses visent directement le suspect pour avoir un effet coercitif. Par exemple, dans *R. c. Jackson* (1977), 34 C.C.C. (2d) 35 (C.A.C.-B.), le juge McIntyre (plus tard juge de notre Cour) a examiné une confession obtenue dans une affaire où l’accusé et son ami Winn avaient volé et assassiné un auto-stoppeur. Les policiers, qui soupçonnaient Jackson d’avoir commis le meurtre, l’ont exhorté à faire une confession, à défaut de quoi son ami Winn serait injustement déclaré coupable de meurtre. Le juge du procès avait tiré la conclusion suivante:

[TRADUCTION] [Les policiers] exerçaient une forme de pression subtile sur Jackson, faisant appel à son concept du bien et du mal. [. . .] Ils lui ont dit que s’ils ne parvenaient pas à faire la lumière sur l’affaire, il pourrait s’avérer nécessaire de porter des accusations contre les deux, et qu’il s’agissait d’une très forte possibilité. Les agents ont été très francs avec lui. Ils espéraient que Jackson, confronté avec les éléments de preuve qu’ils avaient et les conséquences de son silence, tirerait Winn d’affaire et passerait aux aveux. C’est exactement ce qu’il a fait. À mon avis, ils n’ont rien dit ni fait qui puisse être interprété par Jackson comme faisant miroi-

did that can be construed by Jackson as holding out the possibility of any benefit to him should he confess.

McIntyre J.A. agreed that no hope of advantage that would render a confession inadmissible had been held out to the accused. He then presented the following very helpful analysis of the law (at p. 38):

[Cases] must be considered in relation to their own facts. It is my opinion that for a promised benefit to a person other than the accused to vitiate a confession, the benefit must be of such a nature that when considered in the light of the relationship between the person and the accused, and all the surrounding circumstances of the confession, it would tend to induce the accused to make an untrue statement, for it is the danger that a person may be induced by promises to make such a statement which lies at the root of this exclusionary rule.

52

McIntyre J.A. offered, as examples of improper inducements, telling a mother that her daughter would not be charged with shoplifting if the mother confessed to a similar offence (see *Commissioners of Customs and Excise v. Harz*, [1967] 1 A.C. 760 (H.L.), at p. 821), or a sergeant-major keeping a company on parade until he learned who was responsible for a stabbing (see *R. v. Smith*, [1959] 2 Q.B. 35). In *Jackson*, by contrast, the accused had merely known Winn for a year in prison. The offence occurred a few days after their release. Neither testified to a relationship such that “the immunity of one was of such vital concern to the other that he would untruthfully confess to preserve it” (p. 39). The confession was therefore admissible.

53

The *Ibrahim* rule speaks not only of “hope of advantage”, but also of “fear of prejudice”. Obviously, any confession that is the product of outright violence is involuntary and unreliable, and therefore inadmissible. More common, and more challenging judicially, are the more subtle, veiled threats that can be used against suspects. The Honourable Fred Kaufman, in the third edition of

ter la possibilité qu’il obtiendrait un avantage s’il faisait une confession.

Le juge McIntyre a lui aussi estimé qu’on n’avait pas fait miroiter à l’accusé l’espoir d’un avantage qui aurait rendu la confession inadmissible. Il a ensuite fait une analyse très utile du droit (à la p. 38):

[TRADUCTION] [Chaque affaire] doit être examinée à la lumière des faits qui lui sont propres. À mon avis, pour qu’un avantage promis à une personne autre que l’accusé vicié une confession, l’avantage doit être d’une nature telle que, envisagé à la lumière du lien qui existe entre cette personne et l’accusé, et de toutes les circonstances de la confession, il tendrait à amener l’accusé à faire une fausse déclaration, car c’est le danger qu’une personne puisse être incitée, par des promesses, à faire une telle déclaration qui est à l’origine de la règle de l’exclusion.

Le juge McIntyre a mentionné, à titre d’exemples d’encouragements inacceptables, le fait de dire à une mère que sa fille ne serait pas accusée de vol à l’étalage si la mère avouait avoir commis une infraction similaire (voir *Commissioners of Customs and Excise c. Harz*, [1967] 1 A.C. 760 (H.L.), à la p. 821), ou le fait pour un sergent-major d’avoir fait parader une compagnie de soldats jusqu’à ce qu’on lui dise qui était le responsable d’une agression à coups de couteau (voir *R. c. Smith*, [1959] 2 Q.B. 35). Dans *Jackson*, par contraste, l’accusé avait rencontré Winn en prison et ne le connaissait que depuis un an. L’infraction avait été commise quelques jours après leur libération. Ni l’un ni l’autre n’a témoigné de l’existence entre eux d’une relation telle que [TRADUCTION] «l’immunité de l’un était d’une importance si cruciale aux yeux de l’autre qu’il ferait une fausse confession pour la préserver» (p. 39). La confession a donc été jugée admissible.

La règle de l’arrêt *Ibrahim* parle non seulement de «l’espoir d’un avantage», mais également de «la crainte d’un préjudice». Il va de soi que toute confession résultant de violence pure et simple est involontaire, non fiable et, par conséquent, inadmissible. Les menaces voilées, plus subtiles, qui peuvent être proférées contre des suspects sont plus répandues et posent un plus grand défi aux

The Admissibility of Confessions (1979), at p. 230, provides a useful starting point:

Threats come in all shapes and sizes. Among the most common are words to the effect that “it would be better” to tell, implying thereby that dire consequences might flow from a refusal to talk. Maule J. recognized this fact, and said that “there can be no doubt that such words, if spoken by a competent person, have been held to exclude a confession at least 500 times” (*R. v. Garner* (1848), 3 Cox C.C. 175, at p. 177).

Courts have accordingly excluded confessions made in response to police suggestions that it would be better if they confessed. See *R. v. Desmeules*, [1971] R.L. 505 (Que. Ct. Sess. P.); *Comeau v. The Queen* (1961), 131 C.C.C. 139 (N.S.S.C.); *Lazure, supra*; *R. v. Hanlon* (1958), 28 C.R. 398 (Nfld. C.A.), at p. 401; *White, supra*, at p. 129.

However, phrases like “it would be better if you told the truth” should not automatically require exclusion. Instead, as in all cases, the trial judge must examine the entire context of the confession, and ask whether there is a reasonable doubt that the resulting confession was involuntary. Freedman C.J.M. applied this approach correctly in *R. v. Puffer* (1976), 31 C.C.C. (2d) 81 (Man. C.A.). In that case a suspect in a robbery and murder asked to meet with two police officers of his acquaintance. At this meeting, one officer said: “The best thing you can do is come in with us and tell the truth” (p. 95). Freedman C.J.M. held that while the officer’s language was “unfortunate”, it did not require exclusion (at p. 95): “McFall *wanted* to talk, he *wanted* to give the police his version of what had occurred, and above all he did not want

tribunaux. Dans la troisième édition de son ouvrage intitulé *The Admissibility of Confessions* (1979), l’honorable Fred Kaufman expose un point de départ utile, à la p. 230:

[TRADUCTION] Les menaces peuvent prendre toutes sortes de formes. Parmi les plus répandues, mentionnons les expressions comme «il vaudrait mieux» que tu te mettes à table, qui impliquent que le refus de le faire pourrait avoir des conséquences terribles. Le juge Maule a reconnu ce fait, et il a dit qu’«il ne fait pas de doute que de telles paroles, si elles sont prononcées par une personne en situation d’autorité, ont déjà justifié à au moins 500 reprises l’exclusion d’une confession» (*R. c. Garner* (1848), 3 Cox C.C. 175, à la p. 177).

Les tribunaux ont donc déjà écarté des confessions faites en réponse aux suggestions faites par les policiers aux suspects qu’il vaudrait mieux que ces derniers passent aux aveux. Voir *R. c. Desmeules*, [1971] R.L. 505 (C.S.P. Qué.); *Comeau c. The Queen* (1961), 131 C.C.C. 139 (C.S.N.-É.); *Lazure*, précité; *R. c. Hanlon* (1958), 28 C.R. 398 (C.A.T.-N.), à la p. 401; *White, loc. cit.*, à la p. 129.

Cependant, le fait que des expressions du genre «il vaudrait mieux que vous disiez la vérité» aient été utilisées ne doit pas d’office entraîner l’exclusion d’une confession. Dans de telles situations, le juge du procès doit plutôt, comme dans tous les cas, examiner le contexte global de la confession et se demander s’il existe un doute raisonnable que la confession qui en a résulté était involontaire. Le juge en chef Freedman du Manitoba a bien appliqué cette approche dans *R. c. Puffer* (1976), 31 C.C.C. (2d) 81 (C.A. Man.). Dans cette affaire, une personne soupçonnée de vol qualifié et de meurtre a demandé à rencontrer deux policiers qu’elle connaissait. Durant cette rencontre, un des agents a dit: [TRADUCTION] «La meilleure chose que tu puisses faire, c’est nous accompagner et nous dire la vérité» (p. 95). Le juge en chef Freedman a estimé que, quoique les paroles de l’agent aient été «mal choisies», elles n’entraînent pas l’exclusion (à la p. 95): [TRADUCTION] «McFall *voulait* parler, il *voulait* donner sa version des faits aux policiers, et il ne voulait surtout pas que Puffer et Kizyma se tirent d’affaire, le laissant ainsi seul

Puffer and Kizyma to get away, leaving him to face the music alone” (emphasis in original).

55

In his reasons, Freedman C.J.M. referred to a passage from an article he had written earlier, “Admissions and Confessions”, published in Salhany and Carter, eds., *Studies in Canadian Criminal Evidence* (1972), at pp. 110-11, where he stated the following:

Risky though it be for a policeman to use words like “better tell us everything”— and an experienced and conscientious officer will shun them like the plague — their consequences will not always be fatal. There have been some instances where words of that type have been employed, and yet a confession following thereon has been admitted. That may occur when the court is satisfied that the offending words, potentially perilous though they be, did not in fact induce the accused to speak. In other words, he would have confessed in any event, the court’s enquiry on the point establishing that his statement was indeed voluntarily made. It is scarcely necessary to emphasize, however, that cases of the kind just mentioned will confront a prosecuting counsel with special difficulty. For words like “better tell the truth” carry the mark of an inducement on their very face, and a resultant confession may well find itself battling against the stream.

This Court upheld the Court of Appeal’s ruling. See *McFall v. The Queen*, [1980] 1 S.C.R. 321; see also *R. v. Hayes* (1982), 65 C.C.C. (2d) 294 (Alta. C.A.), at pp. 296-97. I agree that “it would be better” comments require exclusion only where the circumstances reveal an implicit threat or promise.

56

A final threat or promise relevant to this appeal is the use of moral or spiritual inducements. These inducements will generally not produce an involuntary confession, for the very simple reason that the inducement offered is not in the control of the police officers. If a police officer says “If you don’t confess, you’ll spend the rest of your life in jail. Tell me what happened and I can get you a lighter sentence”, then clearly there is a strong, and improper, inducement for the suspect to confess.

pour faire face à la musique» (en italique dans l’original).

Dans ses motifs, le juge en chef Freedman s’est référé à un passage d’un article qu’il avait écrit, «Admissions and Confessions», qui avait été publié dans Salhany et Carter, dir., *Studies in Canadian Criminal Evidence* (1972), aux pp. 110 et 111, et où il avait dit ce qui suit:

[TRADUCTION] Aussi risqué que puisse être le fait pour un policier d’utiliser des expressions du genre «il vaut mieux tout nous dire» — que les agents expérimentés et consciencieux éviteront comme la peste — les conséquences de ces expressions ne seront pas toujours fatales. Dans certains cas, de telles expressions ont été utilisées et, pourtant, l’aveu qui a suivi a été admis. Cela peut se produire lorsque le tribunal est convaincu que — bien que potentiellement périlleuses — les expressions attentatoires n’ont pas, dans les faits, amené l’accusé à parler. Autrement dit, il aurait fait une confession de toute façon, l’examen du tribunal ayant établi que sa déclaration était effectivement volontaire. Il est à peine besoin de souligner, cependant, que les affaires de ce type poseront une difficulté particulière aux avocats chargés des poursuites, car les expressions du genre «il vaut mieux dire la vérité» suggèrent à première vue un encouragement, et le procureur pourrait fort bien devoir lutter pour faire admettre une confession résultant de leur utilisation.

Notre Cour a confirmé la décision de la Cour d’appel. Voir *McFall c. La Reine*, [1980] 1 R.C.S. 321; voir également *R. c. Hayes* (1982), 65 C.C.C. (2d) 294 (C.A. Alb.), aux pp. 296 et 297. Je suis d’accord avec l’opinion selon laquelle les remarques du type «il vaudrait mieux» ne commandent l’exclusion de la confession que dans les cas où les circonstances révèlent une menace ou promesse implicite.

Un dernier type de menace ou de promesse pertinent dans le cadre du présent pourvoi est l’utilisation d’encouragements moraux ou spirituels. De tels encouragements ne donneront généralement pas lieu à un aveu involontaire, pour la raison bien simple que la concrétisation de l’objet de l’encouragement est indépendante de la volonté des policiers. Lorsqu’un policier dit «si vous ne confessez pas, vous passerez le reste de vos jours en prison. Dites-moi ce qui s’est produit et je pourrai vous

The officer is offering a *quid pro quo*, and it raises the possibility that the suspect is confessing not because of any internal desire to confess, but merely in order to gain the benefit offered by the interrogator. By contrast, with most spiritual inducements the interrogator has no control over the suggested benefit. If a police officer convinces a suspect that he will feel better if he confesses, the officer has not offered anything. I therefore agree with Kaufman, *supra*, who summarized the jurisprudence as follows at p. 186:

We may therefore conclude that, as a general rule, *confessions which result from spiritual exhortations or appeals to conscience and morality, are admissible in evidence, whether urged by a person in authority or by someone else.* [Emphasis in original.]

In summary, courts must remember that the police may often offer some kind of inducement to the suspect to obtain a confession. Few suspects will spontaneously confess to a crime. In the vast majority of cases, the police will have to somehow convince the suspect that it is in his or her best interests to confess. This becomes improper only when the inducements, whether standing alone or in combination with other factors, are strong enough to raise a reasonable doubt about whether the will of the subject has been overborne. On this point I found the following passage from *R. v. Rennie* (1981), 74 Cr. App. R. 207 (C.A.), at p. 212, particularly apt:

Very few confessions are inspired solely by remorse. Often the motives of an accused are mixed and include a hope that an early admission may lead to an earlier release or a lighter sentence. If it were the law that the mere presence of such a motive, even if promoted by something said or done by a person in authority, led inexorably to the exclusion of a confession, nearly every confession would be rendered inadmissible. This is not the law. In some cases the hope may be self-generated. If so, it is irrelevant, even if it provides the dominant motive for making the confession. In such a case the

obtenir une peine moins lourde», il est clair qu'il encourage fortement et de façon inacceptable le suspect à faire une confession. En effet, l'agent offre une contrepartie, ce qui soulève la possibilité que le suspect confesse un crime non pas parce que, dans son for intérieur, il souhaite le faire, mais plutôt afin de tirer parti de l'avantage que lui offre l'interrogateur. Par contraste, dans le cas des encouragements spirituels, la réalisation de l'avantage évoqué est indépendante de la volonté de l'interrogateur. Le policier qui convainc un suspect qu'il se sentira mieux après avoir fait une confession n'offre rien à ce dernier. Je suis donc d'accord avec Kaufman, *op. cit.*, qui a résumé ainsi la jurisprudence, à la p. 186:

[TRADUCTION] Nous pouvons donc conclure que, en règle générale, *les aveux qui résultent d'exhortations spirituelles ou d'appels à la conscience et à la moralité sont admissibles en preuve, qu'ils aient été proférés par une personne en situation d'autorité ou par une autre personne.* [En italique dans l'original.]

En résumé, les tribunaux doivent avoir à l'esprit qu'il peut souvent arriver que les policiers offrent une certaine forme d'encouragement au suspect en vue d'obtenir une confession. Peu de suspects confesseront spontanément un crime. Dans la très grande majorité des cas, les policiers devront d'une façon ou d'une autre convaincre le suspect qu'il est dans son intérêt de faire une confession. Cela ne devient inacceptable que lorsque les encouragements — à eux seuls ou combinés à d'autres facteurs — sont importants au point de soulever un doute raisonnable quant à la question de savoir si on a subjugué la volonté du suspect. Sur ce point, j'estime particulièrement à propos le passage suivant de l'affaire *R. c. Rennie* (1981), 74 Cr. App. R. 207 (C.A.), à la p. 212:

[TRADUCTION] Très peu de confessions sont inspirées exclusivement par le remords. Il arrive souvent qu'un accusé soit animé par divers motifs, y compris l'espoir qu'un aveu hâtif puisse se traduire par une libération anticipée ou une peine moins sévère. Si, en droit, la règle était que la seule présence d'un tel motif, même s'il découle de paroles ou d'actes d'une personne en autorité, mène inexorablement à l'exclusion d'une confession, pratiquement toutes les confessions seraient jugées inadmissibles. Cela n'est pas le droit applicable. Dans certains cas, il se peut que l'espoir ait pris nais-

confession will not have been obtained by anything said or done by a person in authority. More commonly the presence of such a hope will, in part at least, owe its origin to something said or done by such a person. There can be few prisoners who are being firmly but fairly questioned in a police station to whom it does not occur that they might be able to bring both their interrogation and their detention to an earlier end by confession.

The most important consideration in all cases is to look for a *quid pro quo* offer by interrogators, regardless of whether it comes in the form of a threat or a promise.

(b) *Oppression*

58 There was much debate among the parties, interveners, and courts below over the relevance of “oppression” to the confessions rule. Oppression clearly has the potential to produce false confessions. If the police create conditions distasteful enough, it should be no surprise that the suspect would make a stress-compliant confession to escape those conditions. Alternately, oppressive circumstances could overbear the suspect’s will to the point that he or she comes to doubt his or her own memory, believes the relentless accusations made by the police, and gives an induced confession.

59 A compelling example of oppression comes from the Ontario Court of Appeal’s recent decision in *R. v. Hoilett* (1999), 136 C.C.C. (3d) 449. The accused, charged with sexual assault, was arrested at 11:25 p.m. while under the influence of crack cocaine and alcohol. After two hours in a cell, two officers removed his clothes for forensic testing. He was left naked in a cold cell containing only a metal bunk to sit on. The bunk was so cold he had to stand up. One and one-half hours later, he was provided with some light clothes, but no underwear and ill-fitting shoes. Shortly thereafter, at about 3:00 a.m., he was awakened for the purpose of interviewing. In the course of the interrogation, the accused nodded off to sleep at least five times.

sance chez l’accusé lui-même. Dans ces cas, il n’est pas pertinent, même s’il constitue le motif dominant pour lequel l’accusé a confessé le crime. La confession n’aura pas été obtenue par suite de quelque acte d’une personne en situation d’autorité. Il arrive plus souvent que la présence d’un tel espoir tire son origine, du moins en partie, d’actes ou de paroles d’une telle personne. Il y a peu de prisonniers auxquels il ne vient pas à l’esprit, au cours d’un interrogatoire serré mais équitable dans un poste de police, de mettre fin rapidement à leur interrogatoire et à leur détention en faisant une confession.

Dans tous les cas, la question la plus importante consiste à se demander si les interrogateurs ont offert une contrepartie, que ce soit sous forme de menaces ou de promesses.

b) *L’oppression*

Les parties, les intervenants et les juridictions inférieures saisies de la présente affaire ont abondamment débattu la pertinence de l’«oppression» dans la règle des confessions. Il est clair que l’existence d’un climat d’oppression est susceptible de produire de fausses confessions. Si les policiers créent des conditions suffisamment désagréables, il n’y a rien d’étonnant à ce que le suspect fasse une fausse confession induite par stress pour échapper à ces conditions. Par ailleurs, un climat oppressif pourrait ébranler la volonté du suspect au point de l’amener à douter de sa propre mémoire, à croire les accusations incessantes des policiers et à faire une confession induite.

L’arrêt récent de la Cour d’appel de l’Ontario *R. c. Hoilett* (1999), 136 C.C.C. (3d) 449, est un exemple frappant d’une situation oppressive. L’accusé, qui était inculpé d’agression sexuelle, avait été arrêté à 23 h 25 pendant qu’il était sous l’effet du crack et de l’alcool. Après avoir passé deux heures dans une cellule, deux agents lui ont retiré ses vêtements aux fins d’analyses médico-légales. On l’a laissé nu dans une cellule froide ne contenant qu’une couchette de métal où il pouvait s’asseoir. Cette couchette était si froide qu’il devait se tenir debout. Une heure et demie plus tard, on lui a fourni des vêtements légers — mais pas de sous-vêtements — de même que des souliers qui ne lui faisaient pas. Peu de temps après, vers 3 h, on a

He requested warmer clothes and a tissue to wipe his nose, both of which were refused. While he admitted knowing that he did not have to talk, and that the officers had made no explicit threats or promises, he hoped that if he talked to the police they would give him some warm clothes and cease the interrogation.

Under these circumstances, it is no surprise that the Court of Appeal concluded the statement was involuntary. Under inhumane conditions, one can hardly be surprised if a suspect confesses purely out of a desire to escape those conditions. Such a confession is not voluntary. For similar examples of oppressive circumstances, see *R. v. Owen* (1983), 4 C.C.C. (3d) 538 (N.S.S.C., App. Div.); *R. v. Serack*, [1974] 2 W.W.R. 377 (B.C.S.C.). Without trying to indicate all the factors that can create an atmosphere of oppression, such factors include depriving the suspect of food, clothing, water, sleep, or medical attention; denying access to counsel; and excessively aggressive, intimidating questioning for a prolonged period of time.

A final possible source of oppressive conditions is the police use of non-existent evidence. As the discussion of false confessions, *supra*, revealed, this ploy is very dangerous: see Ofshe & Leo (1997a), *supra*, at pp. 1040-41; Ofshe & Leo (1997), *supra*, at p. 202. The use of false evidence is often crucial in convincing the suspect that protestations of innocence, even if true, are futile. I do not mean to suggest in any way that, standing alone, confronting the suspect with inadmissible or even fabricated evidence is necessarily grounds for excluding a statement. However, when combined with other factors, it is certainly a relevant consideration in determining on a *voir dire* whether a confession was voluntary.

réveillé l'accusé afin de l'interroger. Ce dernier s'est endormi au moins cinq fois pendant l'interrogatoire. Il a vainement demandé des vêtements plus chauds et un mouchoir pour s'essuyer le nez. Quoiqu'il ait reconnu qu'il savait qu'il n'était pas tenu de dire quoi que ce soit et que les agents ne lui avaient pas explicitement fait de menaces ni de promesses, il espérait qu'en parlant aux policiers ceux-ci lui donneraient des vêtements chauds et mettraient fin à l'interrogatoire.

Dans ces circonstances, il n'est pas étonnant que la Cour d'appel ait conclu que la déclaration n'avait pas été volontaire. Dans des conditions inhumaines, on peut difficilement s'étonner qu'un suspect fasse une confession dans le seul but d'échapper à ces conditions. Une telle confession n'est pas volontaire. Pour des exemples similaires de situations oppressives, voir *R. c. Owen* (1983), 4 C.C.C. (3d) 538 (C.S.N.-É., Div. app.); *R. c. Serack*, [1974] 2 W.W.R. 377 (C.S.C.-B.). Sans vouloir énumérer tous les facteurs susceptibles de créer un climat d'oppression, mentionnons le fait de priver le suspect de nourriture, de vêtements, d'eau, de sommeil ou de soins médicaux, de lui refuser l'accès à un avocat et de l'interroger de façon excessivement agressive pendant une période prolongée.

Une dernière source possible de conditions oppressives est l'utilisation, par les policiers, d'éléments de preuve inexistantes. Comme il est ressorti de l'analyse qui a été faite des fausses confessions plus tôt, ce stratagème est très dangereux: voir Ofshe & Leo (1997a), *loc. cit.*, aux pp. 1040 et 1041; Ofshe & Leo (1997), *loc. cit.*, à la p. 202. L'utilisation de faux éléments de preuve est souvent un moyen crucial de convaincre le suspect que ses protestations d'innocence, même si elles sont vraies, sont futiles. Je ne veux d'aucune façon laisser entendre que le seul fait de mettre le suspect en présence d'éléments de preuve inadmissibles, ou même fabriqués, constitue nécessairement une raison d'écarter une déclaration. Cependant, lorsqu'elle s'ajoute à d'autres facteurs, cette considération est certes pertinente pour déterminer, dans le cadre d'un *voir-dire*, si la confession était volontaire.

60

61

62 England has also recognized the role of oppression. Section 76(8) of the *Police and Criminal Evidence Act 1984* (U.K.), 1984, c. 60, states that a confession must not be the product of “oppression”, which is defined to include “torture, inhuman or degrading treatment, and the use or threat of violence (whether or not amounting to torture)”. The Code of Practice for the Detention, Treatment and Questioning of Persons by Police Officers goes on to offer examples of what may amount to oppression, which are similar to what I described above.

(c) *Operating Mind*

63 This Court recently addressed this aspect of the confessions rule in *Whittle, supra*, and I need not repeat that exercise here. Briefly stated, Sopinka J. explained that the operating mind requirement “does not imply a higher degree of awareness than knowledge of what the accused is saying and that he is saying it to police officers who can use it to his detriment” (p. 936). I agree, and would simply add that, like oppression, the operating mind doctrine should not be understood as a discrete inquiry completely divorced from the rest of the confessions rule. Indeed, in his reasons in *Horvath, supra*, at p. 408, Spence J. perceived the operating mind doctrine as but one application of the broader principle of voluntariness: statements are inadmissible if they are “not voluntary in the ordinary English sense of the word because they were induced by other circumstances such as existed in the present case”.

64 Similarly, in concluding that the confessions rule cannot be limited to the negative inquiry of whether there were any explicit threats or promises, Beetz J. offered the following explanation of the rule, at pp. 424-25:

Furthermore, the principle which inspires the rule remains a positive one; it is the principle of voluntariness. The principle always governs and may justify an extension of the rule to situations where involuntariness

L'Angleterre a également reconnu le rôle que joue l'oppression. En effet, le paragraphe 76(8) de la loi intitulée *Police and Criminal Evidence Act 1984* (R.-U.), 1984, ch. 60, précise que la confession ne doit pas découler d'«oppression», qui est définie comme visant notamment [TRADUCTION] «la torture, les traitements inhumains ou dégradants et le recours ou la menace de recours à la violence (qu'elle équivaille ou non à de la torture)». Le Code of Practice for the Detention, Treatment and Questioning of Persons by Police Officers donne des exemples de situations pouvant constituer des conditions oppressives similaires à celles que j'ai décrites plus tôt.

c) *L'état d'esprit conscient*

Notre Cour a récemment traité de cet aspect de la règle des confessions dans l'arrêt *Whittle*, précité, et il n'est pas nécessaire que je le refasse. En résumé, le juge Sopinka a expliqué que la théorie de l'état d'esprit conscient «n'implique pas un degré de conscience plus élevé que la connaissance de ce que l'accusé dit et qu'il le dit à des policiers qui peuvent s'en servir contre lui» (p. 936). Je souscris à cette explication et j'ajouterais simplement que, tout comme l'oppression, la théorie de l'état d'esprit conscient ne doit pas être considérée comme une enquête distincte, complètement dissociée du reste de la règle des confessions. De fait, dans les motifs qu'il a exposés dans l'arrêt *Horvath*, précité, à la p. 408, le juge Spence a considéré que la théorie de l'état d'esprit conscient n'était qu'une application du principe plus large du caractère volontaire: la déclaration est inadmissible si elle «n'est [. . .] pas volontaire au sens ordinaire de ce terme en anglais parce qu'elle [a été provoquée] par d'autres circonstances comme c'est le cas en l'espèce».

De même, estimant que la règle des confessions ne saurait se limiter à une analyse négative, c'est-à-dire à déterminer si des menaces ou promesses explicites ont été faites, le juge Beetz a expliqué ainsi la règle, aux pp. 424 et 425:

En outre, le principe qui a inspiré la règle est positif; c'est le principe du caractère volontaire. Ce principe vaut dans tous les cas et peut justifier l'extension de la règle aux cas où l'extorsion d'une déclaration a une

has been caused otherwise than by promises, threats, hope or fear, if it is felt that other causes are as coercive as promises or threats, hope or fear and serious enough to bring the principle into play.

As these passages make clear, the operating mind doctrine is just one application of the general rule that involuntary confessions are inadmissible.

(d) *Other Police Trickery*

A final consideration in determining whether a confession is voluntary or not is the police use of trickery to obtain a confession. Unlike the previous three headings, this doctrine is a distinct inquiry. While it is still related to voluntariness, its more specific objective is maintaining the integrity of the criminal justice system. Lamer J.'s concurrence in *Rothman, supra*, introduced this inquiry. In that case, the Court admitted a suspect's statement to an undercover police officer who had been placed in a cell with the accused. In concurring reasons, Lamer J. emphasized that reliability was not the only concern of the confessions rule; otherwise the rule would not be concerned with whether the inducement was given by a person in authority. He summarized the correct approach at p. 691:

[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.

Lamer J. was also quick to point out that courts should be wary not to unduly limit police discretion (at p. 697):

[T]he investigation of crime and the detection of criminals is not a game to be governed by the Marquess

autre cause que les promesses, les menaces, l'espoir ou la crainte, si l'on estime que d'autres causes ont un effet aussi coercitif que les promesses ou les menaces, l'espoir ou la crainte et sont assez graves pour faire jouer le principe.

Comme l'indiquent clairement ces extraits, la théorie de l'état d'esprit conscient n'est qu'une application de la règle générale selon laquelle les confessions involontaires sont inadmissibles.

d) *Les autres ruses policières*

Le dernier élément dont il faut tenir compte pour déterminer si une confession est volontaire ou non est la question de savoir si les policiers ont utilisé des ruses en vue d'obtenir la confession. Contrairement aux théories qui ont fait l'objet des trois dernières rubriques, cette théorie établit une analyse distincte. Bien qu'elle soit elle aussi liée au caractère volontaire, elle vise plus précisément à préserver l'intégrité du système de justice pénale. Cette analyse a été introduite par le juge Lamer, dans les motifs concordants qu'il a exposés dans l'arrêt *Rothman*, précité. Dans cette affaire, la Cour a admis la déclaration qu'avait faite le suspect à un policier en civil qui partageait sa cellule. Dans ses motifs, le juge Lamer a souligné que la fiabilité n'était pas le seul aspect auquel s'attache la règle des confessions, car autrement la règle ne s'intéresserait pas à la question de savoir si l'encouragement a été donné par une personne en situation d'autorité. Il a résumé ainsi l'approche qu'il convient d'appliquer, à la p. 691:

[A]vant 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.

Le juge Lamer s'est également empressé de souligner que les tribunaux doivent se garder de ne pas limiter indûment le pouvoir discrétionnaire des policiers (à la p. 697):

[U]ne enquête en matière criminelle et la recherche des criminels ne sont pas un jeu qui doive obéir aux règles

65

66

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. [Emphasis added.]

As examples of what might “shock the community”, Lamer J. suggested a police officer pretending to be a chaplain or a legal aid lawyer, or injecting truth serum into a diabetic under the pretense that it was insulin. Lamer J.’s discussion on this point was adopted by the Court in *Collins, supra*, at pp. 286-87; see also *R. v. Clot* (1982), 69 C.C.C. (2d) 349 (Que. Sup. Ct.).

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. [Je souligne.]

À titre d’exemples de comportement susceptibles de «choquer la collectivité», le juge Lamer a mentionné un policier qui soit se ferait passer pour un aumônier ou un avocat de l’aide juridique, soit donnerait une injection de penthotal à un suspect diabétique en prétendant lui administrer de l’insuline. L’analyse du juge Lamer sur ce point a été adoptée par notre Cour dans l’arrêt *Collins*, précité, aux pp. 286 et 287; voir également *R. c. Clot* (1982), 69 C.C.C. (2d) 349 (C.S. Qué.).

⁶⁷ In *Hebert, supra*, this Court overruled the result in *Rothman* based on the *Charter*’s right to silence. However, I do not believe that this renders the “shocks the community” rule redundant. There may be situations in which police trickery, though neither violating the right to silence nor undermining voluntariness *per se*, is so appalling as to shock the community. I therefore believe that the test enunciated by Lamer J. in *Rothman*, and adopted by the Court in *Collins*, is still an important part of the confessions rule.

(e) *Summary*

⁶⁸ While the foregoing might suggest that the confessions rule involves a panoply of different considerations and tests, in reality the basic idea is quite simple. First of all, because of the criminal justice system’s overriding concern not to convict the innocent, a confession will not be admissible if it is made under circumstances that raise a reasonable doubt as to voluntariness. Both the traditional, narrow *Ibrahim* rule and the oppression doctrine recognize this danger. If the police interrogators subject the suspect to utterly intolerable conditions, or if they offer inducements strong enough to produce an unreliable confession, the trial judge should exclude it. Between these two extremes,

Dans l’arrêt *Hebert*, précité, notre Cour a renversé le résultat de l’arrêt *Rothman* en se fondant sur le droit au silence garanti par la *Charte*. Toutefois, je n’estime pas que cela rende inutile la règle du «choc de la collectivité». Il peut survenir des situations où, quoique la ruse utilisée par les policiers ne porte pas atteinte au droit au silence ni ne mine le caractère volontaire de la confession comme tel, elle soit si odieuse qu’elle choque la collectivité. Je suis donc d’avis que le critère énoncé par le juge Lamer dans *Rothman* et adopté par notre Cour dans *Collins* demeure un élément important de la règle des confessions.

e) *Résumé*

Bien que ce qui précède puisse sembler indiquer que la règle des confessions comporte toute une panoplie de facteurs et critères, l’idée de base est en réalité assez simple. Premièrement, comme le souci premier du système de justice pénale est d’éviter qu’un innocent soit déclaré coupable, une confession ne sera pas jugée admissible si elle a été faite dans des circonstances qui soulèvent un doute raisonnable quant à son caractère volontaire. Tant la règle étroite traditionnelle qui a été énoncée dans l’arrêt *Ibrahim* que la théorie de l’oppression reconnaissent ce danger. Si les policiers qui mènent l’interrogatoire soumettent le suspect à des conditions tout à fait intolérables ou s’ils lui don-

oppressive conditions and inducements can operate together to exclude confessions. Trial judges must be alert to the entire circumstances surrounding a confession in making this decision.

The doctrines of oppression and inducements are primarily concerned with reliability. However, as the operating mind doctrine and Lamer J.'s concurrence in *Rothman, supra*, both demonstrate, the confessions rule also extends to protect a broader conception of voluntariness "that focuses on the protection of the accused's rights and fairness in the criminal process": J. Sopinka, S. N. Lederman and A. W. Bryant, *The Law of Evidence in Canada* (2nd ed. 1999), at p. 339. Voluntariness is the touchstone of the confessions rule. Whether the concern is threats or promises, the lack of an operating mind, or police trickery that unfairly denies the accused's right to silence, this Court's jurisprudence has consistently protected the accused from having involuntary confessions introduced into evidence. If a confession is involuntary for any of these reasons, it is inadmissible.

Wigmore perhaps summed up the point best when he said that voluntariness is "shorthand for a complex of values": *Wigmore on Evidence* (Chadbourn rev. 1970), vol. 3, § 826, at p. 351. I also agree with Warren C.J. of the United States Supreme Court, who made a similar point in *Blackburn v. Alabama*, 361 U.S. 199 (1960), at p. 207:

[N]either the likelihood that the confession is untrue nor the preservation of the individual's freedom of will is the sole interest at stake. As we said just last Term, "The abhorrence of society to the use of involuntary confessions . . . also turns on the deep-rooted feeling that the police must obey the law while enforcing the law; that

nent des encouragements assez importants pour qu'il fasse une confession non fiable, le juge du procès doit écarter cette confession. Entre ces deux extrêmes, l'existence d'une combinaison de conditions oppressives et d'encouragements peut également avoir pour effet d'entraîner l'exclusion d'une confession. Le juge du procès doit, lorsqu'il rend sa décision, tenir compte de toutes les circonstances dans lesquelles la confession a été faite.

La théorie de l'oppression et celle des encouragements s'attachent principalement à la fiabilité. Cependant, comme le démontrent la théorie de l'état d'esprit conscient et les motifs concordants du juge Lamer dans *Rothman*, précité, la règle des confessions vise également à protéger une conception plus large du caractère volontaire [TRADUCTION] «qui met l'accent sur la protection des droits de l'accusé et l'équité du processus pénal»: J. Sopinka, S. N. Lederman et A. W. Bryant, *The Law of Evidence in Canada* (2^e éd. 1999), à la p. 339. Le caractère volontaire est la pierre d'assise de la règle des confessions. Qu'il ait été question de menaces ou de promesses, de l'absence d'un état d'esprit conscient ou encore de ruses policières qui privent injustement l'accusé de son droit de garder le silence, la jurisprudence de notre Cour a invariablement protégé l'accusé contre l'admission en preuve d'une confession non volontaire. Si la confession est involontaire pour l'une ou l'autre de ces raisons, elle est inadmissible.

Wigmore est peut-être celui qui a le mieux résumé la question lorsqu'il a dit que le caractère volontaire était [TRADUCTION] «la formulation synthétique d'un faisceau de valeurs»: *Wigmore on Evidence* (Chadbourn rev. 1970), vol. 3, § 826, à la p. 351. Je suis également d'accord avec le juge en chef Warren de la Cour suprême des États-Unis, qui a exprimé un point de vue similaire dans l'arrêt *Blackburn c. Alabama*, 361 U.S. 199 (1960), à la p. 207:

[TRADUCTION] Le seul intérêt en jeu n'est ni la probabilité que la confession soit fausse, ni la sauvegarde de la liberté de choix de l'individu. Comme nous l'avons dit au cours de la toute dernière session: «La répugnance de la société à utiliser des confessions involontaires [. . .] vient également du sentiment, profondément ancré, que

69

70

in the end life and liberty can be as much endangered from illegal methods used to convict those thought to be criminals as from the actual criminals themselves.” . . . Thus a complex of values underlies the stricture against use by the state of confessions which, by way of convenient shorthand, this Court terms involuntary, and the role played by each in any situation varies according to the particular circumstances of the case.

See *Hebert, supra*. While the “complex of values” relevant to voluntariness in Canada is obviously not identical to that in the United States, I agree with Warren C.J. that “voluntariness” is a useful term to describe the various rationales underlying the confessions rule that I have addressed above.

71

Again, I would also like to emphasize that the analysis under the confessions rule must be a contextual one. In the past, courts have excluded confessions made as a result of relatively minor inducements. At the same time, the law ignored intolerable police conduct if it did not give rise to an “inducement” as it was understood by the narrow *Ibrahim* formulation. Both results are incorrect. Instead, a court should strive to understand the circumstances surrounding the confession and ask if it gives rise to a reasonable doubt as to the confession’s voluntariness, taking into account all the aspects of the rule discussed above. Therefore a relatively minor inducement, such as a tissue to wipe one’s nose and warmer clothes, may amount to an impermissible inducement if the suspect is deprived of sleep, heat, and clothes for several hours in the middle of the night during an interrogation: see *Hoilett, supra*. On the other hand, where the suspect is treated properly, it will take a stronger inducement to render the confession involuntary. If a trial court properly considers all the relevant circumstances, then a finding regarding voluntariness is essentially a factual one, and should only be overturned for “some palpable and overriding error which affected [the trial judge’s] assessment of the facts”: *Schwartz v. Canada*, [1996] 1 S.C.R. 254, at p. 279 (quoting *Stein v.*

les policiers doivent respecter la loi quand ils l’appliquent, qu’en bout de ligne, la vie et la liberté peuvent être autant menacées par l’utilisation de méthodes illégales pour faire condamner les personnes soupçonnées de crimes que par les vrais criminels eux-mêmes». [. . .] En conséquence, un ensemble de valeurs sous-tend la limitation imposée à l’État en matière d’utilisation de confessions, ensemble que notre Cour décrit au moyen d’un terme commode, «involontaires», et le rôle que joue chacune de celles-ci varie en fonction des circonstances particulières de l’affaire en cause.

Voir l’arrêt *Hebert*, précité. Bien que l’«ensemble de valeurs» pertinent en ce qui concerne le caractère volontaire au Canada ne soit manifestement pas identique à celui qui existe aux États-Unis, je conviens avec le juge en chef Warren que le «caractère volontaire» est une expression utile pour décrire les divers fondements de la règle des confessions dont j’ai traité précédemment.

Encore une fois, je tiens à souligner que l’analyse qui doit être faite en application de la règle des confessions est une analyse contextuelle. Les tribunaux ont déjà écarté des confessions faites par suite d’encouragements relativement faibles. Par ailleurs, le droit faisait abstraction des comportements policiers intolérables si ceux-ci ne se traduisaient pas par un «encouragement» au sens de la formulation étroite de la règle énoncée dans l’arrêt *Ibrahim*. Les deux résultats sont erronés. Les tribunaux doivent plutôt s’efforcer de bien comprendre les circonstances de la confession et se demander si elles soulèvent un doute raisonnable quant au caractère volontaire de la confession, en tenant compte de tous les aspects de la règle que j’ai déjà analysés plus tôt. En conséquence, un encouragement relativement faible, tels un mouchoir pour s’essuyer le nez ou des vêtements chauds, peut constituer un encouragement inadmissible si le suspect est privé de sommeil, de chauffage et de vêtements pendant plusieurs heures en plein milieu de la nuit durant un interrogatoire: voir *Hoilett*, précité. Par contre, dans les cas où le suspect est traité convenablement, il faudra un encouragement plus fort pour que la confession soit jugée involontaire. Si le tribunal de première instance examine comme il se doit toutes les circonstances pertinentes, une conclusion à l’égard du

The Ship “Kathy K”, [1976] 2 S.C.R. 802, at p. 808) (emphasis in *Schwartz*).

D. *Application to the Present Appeal*

Applying the foregoing law to the facts of this appeal, and having viewed the relevant video- and audiotapes, I find no fault with the trial judge’s conclusion that the respondent’s confession was voluntary and reliable. The respondent was fully apprised of his rights at all times; he was never subjected to harsh, aggressive, or overbearing interrogation; he was not deprived of sleep, food, or drink; and he was never offered any improper inducements that undermined the reliability of the confessions. As the Court of Appeal reached a contrary conclusion with respect to a number of these issues, I will address them in turn.

1. Minimizing the Seriousness of the Crimes

The Court of Appeal concluded that the police improperly offered leniency to the respondent by minimizing the seriousness of his offences and suggesting “that the same punishment would likely be given whether he confessed to one or a number of fires” (para. 156). This, in their opinion, was an improper inducement (at para. 126):

In the beginning, it was suggested that “there isn’t much in a car fire”. Once the admission relating to the car was obtained, then the suggestion was made — and on several occasions — that the accused was not really a criminal and that the police did not want to treat him as a criminal. In addition, it was stated to the accused — again more than once — that there was little difference between being found guilty of one fire as compared to 10.

Insofar as the police simply downplayed the moral culpability of the offence, their actions were

caractère volontaire est essentiellement de nature factuelle et ne doit être infirmée que si «le juge du procès a commis une erreur manifeste et dominante qui a faussé son appréciation des faits»: *Schwartz c. Canada*, [1996] 1 R.C.S. 254, à la p. 279 (citant *Stein c. Le navire «Kathy K»*, [1976] 2 R.C.S. 802, à la p. 808) (passage souligné dans *Schwartz*).

D. *L’application au présent pourvoi*

Appliquant les règles de droit que je viens de décrire aux faits du présent pourvoi, après examen des bandes vidéo et audio pertinentes, j’estime que le juge du procès n’a pas commis d’erreur lorsqu’il a conclu que la confession de l’intimé était volontaire et fiable. L’intimé a été pleinement informé de ses droits tout au long du processus; il n’a jamais été interrogé de façon rude, agressive ou autoritaire; il n’a pas été privé de sommeil ou de choses à boire ou à manger; et aucun encouragement inacceptable qui aurait pu miner la fiabilité de son aveu ne lui a été proposé. Comme la Cour d’appel a tiré une conclusion contraire en ce qui concerne un certain nombre de ces questions, je vais les examiner à tour de rôle.

1. Minimisation de la gravité des crimes

La Cour d’appel a jugé que les policiers avaient irrégulièrement fait une offre de clémence à l’intimé en minimisant la gravité de ses infractions et en indiquant [TRADUCTION] «qu’on lui infligerait probablement la même peine, qu’il confesse être l’auteur d’un seul incendie ou de plusieurs» (par. 156). De l’avis de la cour, il s’agissait d’un encouragement inacceptable (au par. 126):

[TRADUCTION] Au début, les policiers ont laissé entendre qu’«incendier une voiture n’est pas très grave». Après avoir obtenu la confession concernant la voiture, on a laissé entendre à l’accusé — et ce à plusieurs reprises — qu’il n’était pas vraiment un criminel et que la police ne voulait pas le traiter comme tel. En outre, on a dit à l’accusé — également plus d’une fois — qu’il y avait peu de différence entre le fait d’être reconnu coupable d’un seul incendie ou de 10.

Dans la mesure où les policiers ne faisaient que minimiser la culpabilité morale liée à l’infraction,

72

73

74

not problematic. As even the Court of Appeal recognized (at para. 126), “minimizing the moral significance of the offence is a common and usually unobjectionable feature of police interrogation”. Instead, the real concern is whether the police suggested that “confession will result in the legal consequences being minimal” (para. 126). As discussed above, this is inappropriate.

leurs actes ne posaient pas problème. Comme l’a elle-même reconnu la Cour d’appel (au par. 126), [TRADUCTION] «le fait de minimiser la portée morale de l’infraction est un aspect courant et habituellement acceptable des interrogatoires policiers». La vraie question est plutôt de savoir si les policiers ont laissé entendre à l’accusé que [TRADUCTION] «la confession entraînera des conséquences juridiques minimales» (par. 126). Comme il a été expliqué plus tôt, un tel comportement est inapproprié.

75

However, and with the greatest respect to the Court of Appeal, I believe they have mischaracterized the police interrogators’ words. The offending passages are well represented by the following excerpt (A.R. at p. 552), made shortly after the respondent arrived at the police station subsequent to his initial confession:

If you done the other ones this — or some of the other ones this is the time — this is the time to just get them off your chest. This is the perfect opportunity because of what you’ve already told us, okay. And everybody can see this, that it’s — You didn’t do one fire and then years down the road you did — this is a series of fires we’ve been having in Waterville. So we can look at it — we look at it as a one-package type of thing. Okay. And it’s — if you had a problem, I don’t know what it is yet. Maybe we’ll find out what it is, maybe you can help us on this. It’s not unrealistic that you would set some more things on fire especially when you would do your girlfriend’s vehicle, your fiancée’s vehicle but you don’t know why. So there’s something that — there’s something that triggers you into setting that fire. [Emphasis added.]

Cependant, en toute déférence pour l’opinion des juges de la Cour d’appel, j’estime que ceux-ci ont mal qualifié les paroles des policiers qui ont mené l’interrogatoire. Les propos suivants (D.A., à la p. 552), tenus peu de temps après l’arrivée de l’intimé au poste de police à la suite de sa confession initiale, illustre bien les passages attentatoires:

[TRADUCTION] Si tu es responsable des autres, c’est — ou de certains des autres, c’est le temps — c’est le temps de soulager ta conscience. C’est l’occasion idéale de le faire, à cause de ce que tu nous as déjà dit, d’accord. Et tout le monde comprend cela, que c’est — Tu n’as pas allumé un incendie et puis dix ans après tu as — c’est toute une série d’incendies que nous avons eus à Waterville. De sorte que nous pouvons envisager cela — nous pouvons envisager cela comme un tout unique. O.K. Et c’est — si tu avais un problème, j’ignore toujours de quoi il s’agissait. Peut-être que nous découvrirons ce que c’est, peut-être peux-tu nous aider à cet égard. Il n’est pas impensable que tu ais pu incendier autres choses, surtout après avoir incendié le véhicule de ta petite amie, le véhicule de ta fiancée, sans savoir pourquoi. Donc, il y a quelque chose qui — quelque chose qui t’a incité à allumer cet incendie. [Je souligne.]

76

The Court of Appeal focused on the underlined passage to suggest that the police were offering a “package deal”, whereby the respondent would not be charged with multiple crimes if he confessed to them all. However, as the rest of the passage makes clear, the police were doing nothing of the sort. Instead, they were simply pointing out their reasons for believing that he was responsible for all the fires, not just one: namely, that it was a series of fires in issue, not isolated incidents. The police therefore treated the fires as a

La Cour d’appel s’est appuyée sur le passage souligné pour affirmer que les policiers proposaient à l’intimé un «marché global», selon lequel il ne serait pas accusé d’une série de crimes s’il confessait les avoir tous commis. Cependant, comme l’indique clairement le reste de l’extrait, les policiers ne proposaient rien de la sorte. Ils exposaient plutôt simplement les raisons pour lesquelles ils croyaient que l’intimé était responsable de tous les incendies et non d’un seul, savoir qu’il s’agissait d’une série d’incendies liés et non d’inci-

“package”, all of which were likely set by the same person.

This interpretation is confirmed by the police’s consistent refusal to accept Oickle’s own suggestions of a “package deal”. Shortly before confessing to the vehicle fire, the following exchange took place between the respondent and Corporal Deveau (A.R. at pp. 519-20):

A: No, hang on, hang on. If [I] admit to her car and are the other ones looked at too?

Q: Richard, all I can tell you now is I want the truth out. I don’t want — you said, “If I admit to her car,” which leads me to believe that maybe you’re involved in that.

A: Um.

Q: Well, if you’re involved in it, tell me the truth and then we’ll look — you know, if — I don’t think for one minute that you’re involved in everything. Okay? But if you did the car, Richard, tell me you did the car. And if I believe that’s it, if we believe that you did not do the other one, I mean, we’re — remember I said, we’re not here to trick you into anything?

A: I trust you.

Q: I’m not here to bring everything down on you. The last thing I want to do, Richard. You’ve been good to me and I’m trying to be good to you.

A: Uh-huh.

Q: And I want you to tell me the truth. So if you did the car, tell me you did the car. But I want the truth. I just don’t want you to say, “I did the car, so I’m free from all the others.” Okay? That’s why it’s important here that —

A: Uh-huh.

Q: It’s the truth that we want. [Emphasis added.]

As this passage reveals, it was the respondent, not the police, who was seeking a “package deal”— a

dents isolés. Les policiers considéraient donc les incendies comme un «tout unique», et qu’ils avaient vraisemblablement été allumés par la même personne.

Cette interprétation est confirmée par le refus systématique des policiers d’accepter les suggestions d’Oickle lui-même de conclure un «marché global». Peu de temps avant que l’intimé confesse avoir incendié le véhicule, l’échange suivant a eu lieu entre lui et le caporal Deveau (D.A., aux pp. 519 et 520):

[TRADUCTION]

R: Non, un instant, un instant. Si j’admets avoir incendié sa voiture, est-ce qu’on parle des autres aussi?

Q: Richard, tout ce que je peux te dire à ce stade-ci, c’est que je veux découvrir la vérité. Je ne veux pas — tu as dit, «Si j’admets avoir incendié sa voiture», ce qui m’amène à croire que tu es peut-être impliqué dans cet événement.

R: Hum.

Q: Bien, si tu es impliqué dans cet événement, dis-moi la vérité et alors on verra — tu sais, si — je ne crois pas un instant que tu es impliqué dans tous les événements. OK? Mais si tu as incendié la voiture, Richard, dis-moi que tu as incendié la voiture. Et si j’estime que c’est tout, si nous estimons que tu n’es pas responsable de l’autre incendie, je veux dire, nous — souviens-toi de ce que je t’ai dit, que nous ne sommes pas là pour te tendre un piège.

R: Je te fais confiance.

Q: Je ne suis pas là pour te mettre tout sur le dos. C’est bien la dernière chose que je veux faire, Richard. Tu as été correct avec moi et j’essaie d’être correct avec toi.

R: Uh-huh.

Q: Et je veux que tu me dises la vérité. Alors, si tu as incendié la voiture, dis-moi que tu l’as incendiée. Mais je veux la vérité. Ce que je ne veux pas c’est que tu dises, «C’est moi qui ai incendié la voiture, alors je n’ai rien à craindre à propos des autres incendies». O.K.? Voilà pourquoi il est important à ce stade-ci que —

R: Uh-huh.

Q: C’est la vérité que je veux entendre. [Je souligne.]

Comme le révèle ce passage, c’est l’intimé, et non les policiers, qui voulait conclure un «marché glo-

deal Corporal Deveau squarely rejected. While the police did minimize the moral significance of the crimes, there was never any suggestion by the police that a confession would minimize the legal consequences of the respondent's crimes.

2. Offers of Psychiatric Help

78

The Court of Appeal also found that the police improperly offered psychiatric help in return for a confession. For example, at para. 121, the Court of Appeal noted passages wherein the police told the respondent "I think you need help", and "[m]aybe you need professional help". See also paras. 108 (pp. 363-64) and 122 (pp. 371-72). However, at no point did the police ever suggest that the respondent could only get help if he confessed. The distinction here is between the police suggesting the potential benefits of confession, and making offers that are conditional upon receiving a confession. The former is entirely appropriate — it is not an inducement because there is no *quid pro quo*. The latter is improper. However, the police made no such offer in the course of their interrogation of the respondent.

3. "It Would Be Better"

79

The transcripts are indeed rife with these sorts of comments. The police suggested that a confession would make the respondent feel better, that his fiancée and members of the community would respect him for admitting his problem (para. 120) and that he could better address his apparent pyromania if he confessed (para. 122). However, read in context, none of these statements contained an implied threat or promise. Instead, they were merely moral inducements suggesting to the respondent that he would feel better if he confessed and began addressing his problems. And indeed, after his confession, Corporal Deveau

bal» — marché que le caporal Deveau a carrément rejeté. Quoiqu'il soit vrai que les policiers ont minimisé la portée morale des crimes, ils n'ont jamais laissé entendre à l'intimé qu'une confession de sa part aurait pour effet d'atténuer les conséquences juridiques de ses crimes.

2. Les offres d'assistance psychiatrique

La Cour d'appel a également jugé que les policiers avaient irrégulièrement offert de l'assistance psychiatrique à l'intimé en échange d'une confession. Par exemple, au par. 121, la Cour d'appel a fait état des passages dans lesquels les policiers ont dit à l'intimé [TRADUCTION] «[J]e pense que tu as besoin d'aide» et «[p]eut-être que tu as besoin de l'aide d'un professionnel». Voir également les par. 108 (pp. 363 et 364) et 122 (pp. 371 et 372). Cependant, les policiers n'ont jamais laissé entendre à l'intimé qu'il obtiendrait de l'assistance uniquement s'il faisait une confession. La distinction qu'il faut faire ici est entre le fait pour les policiers de faire miroiter à l'intimé les avantages potentiels d'une confession et le fait de lui faire des offres conditionnelles à une confession. Le premier geste est tout à fait convenable, il ne s'agit pas d'un encouragement puisqu'il n'y a pas de contrepartie. Le second ne l'est pas. Toutefois, les policiers n'ont fait aucune offre de la sorte à l'intimé pendant qu'ils interrogeaient.

3. «Il vaudrait mieux»

La transcription est effectivement truffée de telles remarques. Les policiers ont laissé entendre à l'intimé qu'il se sentirait mieux après avoir confessé ses crimes, que sa fiancée et les membres de la collectivité le respecteraient pour avoir admis qu'il avait un problème (par. 120) et qu'il pourrait plus facilement résoudre son problème évident de pyromanie s'il faisait une confession (par. 122). Cependant, compte tenu du contexte dans lequel elles ont été faites, aucune de ces déclarations ne comportait de menace ou promesse implicite. Il s'agissait plutôt de simples encouragements moraux suggérant à l'intimé qu'il se sentirait

asked him “[s]o how do you feel now, Richard?” His answer was “[b]etter”.

To hold that the police officers’ frequent suggestions that things would be better if the respondent confessed amounted to an improper threat or inducement would be to engage in empty formalism. The tapes of the transcript clearly reveal that there could be no implied threat in these words. The respondent was never mistreated. Nor was there any implied promise. The police may have suggested possible benefits of confession, but there was never any insinuation of a *quid pro quo*. I therefore respectfully disagree with the Court of Appeal that these comments undermined the confessions’ voluntariness.

4. Alleged Threats Against the Respondent’s Fiancée

As discussed in connection with *Jackson, supra*, a threat or promise with respect to a third person could be an improper inducement. The Court of Appeal stated, at para. 128, that the police effectively told the respondent that “If he confessed, it would not be necessary to continue the investigation or put his fiancé [*sic*] through extensive interrogation.”

The majority of references during the interrogation to the respondent’s fiancée, Tanya Kilcup, centered on the respondent’s reliance on her as an alibi witness: see, e.g., A.R. at p. 570. However, the Court of Appeal is correct that there were moments when the police intimated that it might be necessary to question Ms. Kilcup to make sure

mieux s’il confessait ses crimes et commençait à résoudre ses problèmes. De fait, après la confession, le caporal Deveau a demandé à l’intimé [TRANSDUCTION] «[a]lors, comment te sens-tu maintenant, Richard?» Ce dernier a répondu «[m]ieux».

Soutenir que les fréquentes suggestions des policiers que l’intimé se sentirait mieux s’il faisait une confession constituaient une menace ou un encouragement inacceptable équivaudrait à se lancer dans un formalisme dénué de sens. Les enregistrements révèlent clairement qu’il n’y avait pas de menace implicite dans ces paroles. L’intimé n’a jamais été maltraité. Il n’y a eu non plus aucune promesse implicite. Les policiers ont peut-être laissé entrevoir les avantages possibles d’une confession, mais ils n’ont jamais évoqué la possibilité d’une contrepartie. Par conséquent, je dois en toute déférence exprimer mon désaccord avec l’avis des juges de la Cour d’appel que ces remarques ont miné le caractère volontaire des confessions.

4. Les menaces qui auraient été faites à l’endroit de la fiancée de l’intimé

Comme nous l’avons vu dans l’examen de l’arrêt *Jackson*, précité, les menaces ou promesses visant un tiers pourraient constituer des encouragements inacceptables. La Cour d’appel a affirmé, au par. 128, que les policiers ont effectivement dit à l’intimé que [TRANSDUCTION] «s’il faisait une confession, il ne serait pas nécessaire de poursuivre l’enquête ou de soumettre sa fiancée à un long interrogatoire».

Dans la majorité des cas où les policiers ont fait mention de la fiancée de l’intimé, Tanya Kilcup, au cours de l’interrogatoire, leurs remarques portaient sur le fait que l’intimé comptait sur elle, comme témoin pour établir un alibi: voir, par exemple, D. A., à la p. 570. Cependant, la Cour d’appel a eu raison de conclure qu’il y avait eu des moments où les policiers avaient laissé entendre qu’il pourrait être nécessaire d’interroger M^{me} Kilcup pour s’assurer qu’elle n’était pas impliquée du tout dans les

80

81

82

she was not involved in the fires at all, either alone or in collaboration with the respondent:

Q. You know, this whole thing is — we might even ask Tanya if she would take a polygraph on this because we don't know where she stands, okay.

A. Do I have to sit here for that?

Q. Oh, no, no, not until she takes the polygraph. She's not going to take the polygraph tonight. But if you can tell us anything — [A.R. at p. 574]

. . . .

Q. Do you realize the other reason is that we — that you've got to come clean with everything with us is for Tanya.

A. Um.

Q. We don't want to put Tanya through any — I mean she's going to be going through enough trying to — we don't want to — and I'm sure you don't want her to get — to go through half or what you went through today. It's no fun.

A. No, no.

Q. It won't be any fun for her. But in order for her to — in order for us to be one hundred percent we have to do it. So if there's anything that you can tell us that can put her — that we say, okay, we don't need you, Tanya, we have it here, you know, and we have some stuff. But we're not convinced on everything else. So don't put Tanya through that if there's something you can tell me, okay. [A.R. at pp. 603-4]

incendies, soit seule, soit en collaboration avec l'intimé:

[TRADUCTION]

Q. Tu sais, toute cette affaire est — nous pourrions même demander à Tanya si elle accepterait de subir un examen polygraphique sur cette question puisque nous ignorons quelle est sa position, o.k.

R. Est-ce que je dois donc attendre ici pour cela?

Q. Oh, non, non, pas jusqu'à ce qu'elle subisse le test polygraphique. Elle ne subira pas le test ce soir. Mais si tu peux nous dire quelque chose — [D.A., à la p. 574]

. . . .

Q. Es-tu conscient du fait que l'autre raison est que nous — que tu dois vider ton sac devant nous pour Tanya.

R. Hum.

Q. Nous ne voulons pas faire subir à Tanya — je veux dire qu'elle devra déjà passer au travers de tant de choses pour tenter de — nous ne voulons pas — et je suis convaincu que tu ne veux pas qu'elle — qu'elle subisse la moitié de ce que tu as vécu aujourd'hui. Ce n'est pas amusant.

R. Non, non.

Q. Ça n'aura rien de plaisant pour elle. Mais pour qu'elle — pour que nous soyons absolument certains, nous devons le faire. Donc si tu peux nous dire quoi que ce soit qui puisse l'aider — pour que nous puissions lui dire, o.k., nous n'avons pas besoin de toi, Tanya, nous avons ce qu'il nous faut ici, tu sais, nous avons quelque chose. Mais nous ne sommes pas convaincus de tout le reste. Ne fais donc pas subir cela à Tanya si tu peux nous dire quoi que ce soit, o.k. [D.A., aux pp. 603 et 604]

83

The relationship the respondent had with Ms. Kilcup was, in my opinion, strong enough potentially to induce a false confession were she threatened with harm. However, I do not believe any such threat ever occurred. There were no pending charges against Ms. Kilcup that the police were offering to drop; they never threatened to bring charges against her; indeed, the police never seriously suggested her as a suspect. The most they did was promise not to polygraph her if the respondent confessed. Given the entire context, the most likely reason to polygraph her was not as a suspect,

Le lien qui existait entre l'intimé et M^{me} Kilcup était, à mon avis, suffisamment fort pour inciter ce dernier à faire une fausse confession si elle était menacée de subir un préjudice. Cependant, je n'estime pas qu'une telle menace ait jamais été faite. Il ne pesait contre M^{me} Kilcup aucune accusation que les policiers offraient de laisser tomber; ils n'ont jamais menacé de porter des accusations contre elle; de fait, les policiers n'ont jamais vraiment laissé entendre qu'elle était un suspect. Ils ont tout au plus promis qu'ils ne lui feraient pas subir de test polygraphique si l'intimé faisait une

but as an alibi witness. In my opinion, this is not a strong enough inducement to raise a reasonable doubt as to the voluntariness of the respondent's confessions.

Moreover, the timing of the comments regarding Ms. Kilcup suggests that there was no causal connection between the police inducements and the subsequent confession. After the statements quoted above, Corporal Deveau left the room, and told the respondent that he intended to speak to Tanya. Therefore the respondent's actual confession was approximately two hours after he thought the police were already speaking to Tanya. Moreover, soon after Constable Bogle took over the interrogation, the respondent himself made it clear that he thought the police were only talking to Ms. Kilcup in order to verify his alibi (A.R. at p. 611):

Q. Okay. I mean we have to go and — we asked Cst. Taker to talk to Tanya, okay. (Inaudible).

A. But I didn't tell her.

Q. What?

A. I didn't tell her.

Q. Yeah.

A. Totally by myself.

The "inducements" regarding the respondent's fiancée lacked both the strength and causal connection necessary to warrant exclusion.

5. Abuse of Trust

The Court of Appeal suggests at para. 129 that the police in general, and Corporal Deveau in particular, improperly abused the respondent's trust to obtain a confession. With respect, I cannot agree. In essence, the court criticizes the police for ques-

confession. Compte tenu de l'ensemble du contexte, j'estime que la raison la plus probable de lui faire subir le test polygraphique n'était pas en tant que suspect, mais plutôt comme témoin susceptible d'établir un alibi. À mon avis, il ne s'agit pas d'un encouragement suffisamment important pour soulever un doute raisonnable en ce qui concerne le caractère volontaire des confessions de l'intimé.

En outre, le moment où les remarques concernant M^{me} Kilcup ont été faites tend à indiquer qu'il n'y a pas de lien de causalité entre les encouragements des policiers et la confession faite subséquemment. Après les déclarations citées précédemment, le caporal Deveau a quitté la pièce et a dit à l'intimé qu'il avait l'intention de s'entretenir avec Tanya. L'intimé a donc fait sa confession environ deux heures après avoir commencé à croire que les policiers s'entretenaient déjà avec Tanya. En outre, peu après que l'agent Bogle a commencé à son tour à interroger l'intimé, ce dernier a clairement indiqué qu'il croyait que les policiers s'entretenaient avec M^{me} Kilcup seulement pour vérifier son alibi (D.A., à la p. 611):

[TRADUCTION]

Q. O.K. Je veux dire que nous devons aller — nous avons demandé à l'agent Taker de s'entretenir avec Tanya, o.k. (Inaudible).

R. Mais je ne lui ai pas dit.

Q. Quoi?

R. Je ne lui ai pas dit.

Q. Ouais.

R. J'étais tout seul.

Les «encouragements» concernant la fiancée de l'intimé n'avaient ni l'importance, ni le lien de causalité requis pour justifier l'exclusion de la confession.

5. L'abus de confiance

La Cour d'appel affirme, au par. 129, que les policiers en général, et le caporal Deveau en particulier, ont indûment abusé de la confiance de l'intimé afin d'obtenir une confession. En toute déférence, je ne suis pas d'accord. Essentiellement, la

84

85

tioning the respondent in such a gentle, reassuring manner that they gained his trust. This does not render a confession inadmissible. To hold otherwise would send the perverse message to police that they should engage in adversarial, aggressive questioning to ensure they never gain the suspect's trust, lest an ensuing confession be excluded.

6. Atmosphere of Oppression

86 To hold that the police conduct in this interrogation was oppressive would leave little scope for police interrogation, and ignore Lamer J.'s reminder in *Rothman, supra*, at p. 697, that "the investigation of crime and the detection of criminals is not a game to be governed by the Marquess of Queensbury rules". Quite simply, the police acted in a proper manner. Viewing the videotapes and listening to the audiotapes reveal that at all times the police were courteous; they did not deprive the respondent of food, sleep, or water (at para. 119); they never denied him access to the bathroom; and they fully apprised him of his rights at all times (see, e.g., A.R. at pp. 370, 497 and 650). They did not fabricate evidence in an attempt to convince him denials were futile. They comforted him, with apparent sincerity, when he broke down in tears upon confessing. While the reenactment was admittedly done at a time when the respondent had had little sleep, he was already awake when they approached him, and was told that he could stop at any time. And indeed, the Court of Appeal did not directly claim that the police created an atmosphere of oppression sufficient to exclude the statements.

87 The absence of oppression is important not only in its own right, but also because it affects the overall voluntariness analysis. In the preceding sections, I have concluded that the police offered the respondent, at best, extremely mild induce-

Cour d'appel reproche aux policiers d'avoir interrogé l'intimé d'une façon si douce et rassurante qu'ils ont obtenu sa confiance. Cela ne rend pas une confession inadmissible. Conclure autrement enverrait le mauvais message aux policiers, car cela reviendrait à leur dire de mener des interrogatoires accusateurs et agressifs afin d'éviter de gagner la confiance du suspect, de crainte que toute la confession obtenue par la suite soit écartée.

6. L'atmosphère oppressive

Conclure que la conduite des policiers au cours de cet interrogatoire était oppressive ne laisserait pas une grande marge de manœuvre aux policiers qui mènent des interrogatoires et ne tiendrait pas compte du rappel fait par le juge Lamer dans *Rothman*, précité, à la p. 697, où il a dit qu'«une enquête en matière criminelle et la recherche des criminels ne sont pas un jeu qui doit obéir aux règles du marquis de Queensbury». Très simplement, les policiers ont agi de façon régulière. Il ressort des bandes vidéo et audio que les policiers ont toujours été courtois; ils n'ont ni empêché l'intimé de dormir ni privé ce dernier d'eau ou de nourriture (au par. 119); ils ne l'ont jamais empêché d'aller à la toilette; et ils l'ont pleinement informé de ses droits tout au long du processus (voir, par exemple, D.A., aux pp. 370, 497 et 650). Ils n'ont pas fabriqué de preuve pour tenter de le convaincre que ses dénégations étaient vaines. Ils l'ont réconforté, avec une apparente sincérité, quand il a éclaté en sanglots en faisant sa confession. Bien qu'il faille reconnaître que la reconstitution a été faite à un moment où l'intimé avait peu dormi, il était déjà réveillé quand les policiers lui ont demandé s'il voulait se livrer à la reconstitution et ils l'ont avisé qu'il pouvait y mettre fin en tout temps. Et en fait, la Cour d'appel n'a pas directement affirmé que les policiers avaient créé une atmosphère suffisamment oppressive pour justifier l'exclusion des déclarations.

L'absence d'oppression est importante non seulement en soi, mais également parce qu'elle a une incidence sur toute l'analyse du caractère volontaire. Dans les sections précédentes, j'ai conclu que les policiers avaient tout au plus donné à l'in-

ments. In particular, they suggested that “it would be better” if he confessed, and suggested that his girlfriend could be spared questioning if he confessed. However, given the entirely non-oppressive atmosphere maintained by the police, I do not believe that any of the alleged inducements are sufficient to render the confessions involuntary.

E. *The Relevance of the Polygraph Test*

In addition to the issues addressed above, the Court of Appeal found the police use of a polygraph particularly problematic. Because of the growing frequency with which police are using the polygraph as an investigative tool, and the absence of any direction thus far from this Court regarding the proper use of polygraphs in interrogations, I will now briefly discuss how polygraphs fit into the analytical framework set out above. The Court of Appeal identified several problems with the police’s use of a polygraph in this appeal. I will address each in turn.

1. Informing the Suspect of the Uses to Which the Polygraph Test Can Be Put

The Court of Appeal first stated that the police failed “to inform the accused clearly that the polygraph test was not admissible in court to show whether the accused was lying or telling the truth” (para. 156); see also *R. v. James*, Ont. Ct. (Gen. Div.), January 25, 1991; *R. v. Ollerhead* (1990), 86 Nfld. & P.E.I.R. 38 (Nfld. S.C.T.D.); *R. v. Fowler* (1979), 23 Nfld. & P.E.I.R. 255 (Nfld. C.A.).

To the contrary is *R. v. Alexis* (1994), 35 C.R. (4th) 117 (Ont. Ct. (Gen. Div.)). As noted at para. 159 of Hill J.’s lucid reasons in that case,

confrontation of a suspect with polygraph test results, in such circumstances, is not qualitatively dissimilar from

timé des encouragements extrêmement faibles. En particulier, ils lui ont dit qu’«il vaudrait mieux» qu’il fasse une confession et ils lui ont laissé entendre que sa petite amie pourrait éviter l’interrogatoire s’il faisait une confession. Toutefois, compte tenu de l’atmosphère entièrement dénuée d’oppression créée par les policiers, je n’estime pas que les encouragements reprochés étaient suffisants pour rendre les confessions involontaires.

E. *La pertinence du test polygraphique*

En plus de se pencher sur les questions examinées précédemment, la Cour d’appel a conclu que l’utilisation du polygraphe par les policiers était particulièrement problématique. En raison de l’utilisation de plus en plus fréquente du polygraphe par les autorités policières en tant qu’outil d’enquête et de l’absence, jusqu’ici, de toute directive de notre Cour sur l’utilisation qu’il convient de faire du polygraphe dans les interrogatoires, je vais traiter brièvement de façon dont cet appareil s’inscrit dans l’analyse énoncée plus tôt. La Cour d’appel a décelé plusieurs problèmes qu’a posés l’utilisation du polygraphe par les autorités policières en l’espèce. Je vais examiner ces problèmes à tour de rôle.

1. Informier le suspect des utilisations possibles du test polygraphique

La Cour d’appel a d’abord affirmé que les policiers avaient omis [TRADUCTION] «d’informer clairement l’accusé que les résultats du test polygraphique n’étaient pas admissibles devant les tribunaux pour établir que l’accusé avait menti ou dit la vérité» (par. 156); voir également *R. c. James*, C. Ont. (Div. gén.), 25 janvier 1991; *R. c. Ollerhead* (1990), 86 Nfld. & P.E.I.R. 38 (C.S. T.-N., 1^{re} inst.); *R. c. Fowler* (1979), 23 Nfld. & P.E.I.R. 255 (C.A.T.-N.).

Pour une décision à l’effet contraire: voir *R. c. Alexis* (1994), 35 C.R. (4th) 117 (C. Ont. (Div. gén.)). Comme l’a souligné le juge Hill, au par. 159 des motifs limpides qu’il a exposés dans cette affaire:

[TRADUCTION] . . . mettre un suspect en présence des résultats d’un test polygraphique dans de telles circons-

88

89

90

such permissible techniques of persuasion as the police showing a detained suspect a co-accused's confession inadmissible in evidence against the suspect, or police trickery, for example, the ruse of relating to the suspect that his or her fingerprint has been discovered at the scene of the crime.

On this view, police trickery or use of inadmissible evidence is not necessarily grounds for exclusion.

tances n'est pas, sur le plan qualitatif, différent de techniques de persuasion acceptables utilisées par les policiers, tel le fait de montrer au suspect une confession faite par un coaccusé mais inadmissible en preuve contre le suspect, ou encore de ruses policières, par exemple celle qui consiste à dire au suspect qu'on a trouvé ses empreintes digitales au lieu du crime.

Suivant ce point de vue, les ruses policières ou l'utilisation d'éléments de preuve inadmissibles ne constituent pas nécessairement des motifs d'exclusion.

91 I agree that merely failing to tell a suspect that the polygraph is inadmissible will not automatically produce an involuntary confession. Courts should engage in a two-step process. First, following *Rothman, supra*, and *Collins, supra*, the confession should be excluded if the police deception shocks the community. Second, even if not rising to that level, the use of deception is a relevant factor in the overall voluntariness analysis. At this stage, the approach is similar to the one used with fabricated evidence, *supra* — though of course the use of inadmissible evidence is inherently less problematic than fabricated evidence. Standing alone, simply failing to tell the suspect that the polygraph results are inadmissible will not require exclusion. The most it can do is be a factor in the overall voluntariness analysis.

Je suis d'accord pour dire que le simple fait d'omettre d'indiquer au suspect que les résultats du test polygraphique sont inadmissibles en preuve n'a pas automatiquement pour effet de rendre la confession involontaire. Les tribunaux doivent appliquer une démarche en deux étapes. Premièrement, conformément aux arrêts *Rothman* et *Collins*, précités, la confession doit être écartée si le subterfuge des policiers choque la collectivité. Deuxièmement, même si le subterfuge n'atteint pas ce degré de gravité, l'utilisation du subterfuge est un facteur pertinent dans l'analyse globale du caractère volontaire. À ce stade-ci, la démarche est similaire à celle applicable à l'égard de la preuve fabriquée, voir précédemment, quoique, évidemment, l'utilisation d'une preuve inadmissible soit intrinsèquement moins problématique que l'utilisation d'une preuve fabriquée. Le simple fait d'omettre de dire au suspect que les résultats du test polygraphique sont inadmissibles n'entraîne pas à lui seul l'exclusion de la confession. Tout au plus peut-il constituer un facteur dans l'analyse globale du caractère volontaire.

92 Moreover, in this particular appeal, the police made it abundantly clear to the respondent just what was admissible and what was not. For example, as recognized by the Court of Appeal at para. 81, Sergeant Taker told the respondent at the outset of the polygraph that his "opinion based on the results of your polygraph test is not admissible in court. However, anything said between you and I may be admissible." Moreover, the respondent demonstrated during the interrogation that he understood this (A.R. at p. 464):

Qui est plus, dans la présente affaire en particulier, les policiers ont très clairement indiqué à l'intimé ce qui était admissible et ce qui ne l'était pas. À titre d'exemple, comme l'a reconnu la Cour d'appel au par. 81, le sergent Taker a dit à l'intimé, dès le début du test polygraphique: [TRADUCTION] «[m]on opinion fondée sur les résultats de ton examen polygraphique n'est pas admissible devant les tribunaux. Cependant, tout ce que nous nous disons peut être admis en preuve». En outre, l'intimé a montré durant l'interrogatoire qu'il avait compris ces explications (D.A., à la p. 464):

Q. . . . Because your heart has told me that you haven't been truthful.

A. I don't care what that thing says.

Q. That thing cannot say anything. (Inaudible)

A. I don't care what you interpret from that thing.

Q. Just a minute now, Richard. Hear me out. Hear me out. That does not say anything, okay. Your body is what says it. That only records things, like I told you earlier —

A. I know that. [Emphasis added.]

This passage clearly demonstrates the respondent's understanding that the bare polygraph readouts are irrelevant; what matters is the polygrapher's opinion of these readings. Since Sergeant Taker clearly told the respondent that his interpretation of the readings was not admissible, I agree with MacDonald Prov. Ct. J. that "[t]here is no evidence here whatsoever that Mr. Oickle was confused on this point."

2. Exaggerating the Polygraph's Validity

The Court of Appeal also noted, correctly in my opinion, that the police made "repeated assertions to the accused that the polygraph was an infallible determiner of truth" (para. 156). Throughout the interrogation that produced the respondent's initial admission that he set Ms. Kilcup's vehicle on fire, both Sergeant Taker and Constable Deveau emphasized that the polygraph did not make mistakes, and that if Sergeant Taker interpreted it to indicate deception, then the respondent must have lied. For example, the Court of Appeal cited the following passage (at paras. 141-42):

[Oickle:] But if you read the chart and it says they are lying, then they are.

[TRADUCTION]

Q. . . . Parce que ton cœur m'a indiqué que tu ne disais pas la vérité.

R. Je me fous de ce que cette machine dit.

Q. Cette machine ne peut dire quoi que ce soit. (Inaudible)

R. Je me fous de ton interprétation des résultats de cette machine.

Q. Un instant, Richard. Écoute-moi. Écoute-moi. La machine ne dit rien, o.k. C'est ton corps qui parle. La machine ne fait qu'enregistrer des choses, comme je te l'ai dit plus tôt —

R. Je le sais. [Je souligne.]

Il ressort clairement de cet échange que l'intimé comprenait que, à eux seuls, les résultats du polygraphe n'étaient pas pertinents, que c'est plutôt l'opinion qu'en tire le technicien qui compte. Comme le sergent Taker a clairement dit à l'intimé que son interprétation des résultats n'était pas admissible, je souscris à l'opinion du juge MacDonald de la Cour provinciale qu'[TRADUCTION] «[i]l n'y a absolument aucun élément de preuve établissant que M. Oickle était confus sur ce point».

2. L'exagération de la validité des tests polygraphiques

La Cour d'appel a également souligné, à juste titre, que les policiers avaient [TRADUCTION] «à maintes reprises affirmé à l'accusé que le polygraphe permettait infailliblement de déterminer la vérité» (par. 156). Tout au long de l'interrogatoire ayant abouti à l'aveu initial de l'intimé qu'il avait incendié le véhicule de M^{me} Kilcup, le sergent Taker et l'agent Deveau ont souligné que le polygraphe ne faisait pas d'erreurs, et que si le sergent Taker interprétait les résultats comme indiquant de la tromperie, l'intimé avait dû mentir. Par exemple, la Cour d'appel a cité l'échange suivant (aux par. 141 et 142):

[TRADUCTION]

[Oickle:] Mais si tu lis le graphique et qu'il dit qu'ils mentent, alors ils mentent.

[Taker:] That's right. That's right.

Deveau: There's no doubt in anybody's mind now that you are involved in some of these fires.

Oickle: Because I failed that . . .

Deveau: Yes, very simple Richard . . . and when asked the question about these eight fires, the polygraph says that you are not truthful . . . the machine does not lie. You found that out today. [Emphasis added.]

95

I agree that the police exaggerated the accuracy of the polygraph. As many sources have demonstrated, polygraphs are far from infallible: see, e.g., D. T. Lykken, *A Tremor in the Blood: Uses and Abuses of the Lie Detector* (1998); J. J. Furedy, "The 'control' question 'test' (CQT) polygrapher's dilemma: logico-ethical considerations for psychophysiological practitioners and researchers" (1993), 15 *Int. J. Psychophysiology* 263; C. J. Patrick and W. G. Iacono, "Validity of the Control Question Polygraph Test: The Problem of Sampling Bias" (1991), 76 *J. App. Psych.* 229. Similarly, this Court recognized in *R. v. Béland*, [1987] 2 S.C.R. 398, that the results of polygraph examinations are sufficiently unreliable that they cannot be admitted in court.

96

The Quebec Court of Appeal concluded in *R. v. Amyot* (1990), 58 C.C.C. (3d) 312, at p. 324, that representing the polygraph as infallible rendered a confession involuntary. In that case the polygrapher told the accused that [TRANSLATION] "the test showed him that he is not telling the truth". This, the court found, was inappropriate in that it

[TRANSLATION] pushed what the examination consisted of much too far, into the absolute. The result was presented to the appellant as a certitude which obviously was going to shake him up and it made him say "but what is going to happen now?". It seems to me that, as a result, the appellant was led into error on the infallibility of the test and this manner of proceeding could naturally induce a person to "confess".

See also *Fowler, supra*. The Court of Appeal in *Amyot* put particular emphasis on the fact that the suspect confessed almost immediately after hear-

[Taker:] C'est exact. C'est exact.

Deveau: Personne ne doute, à ce stade-ci, que tu es impliqué dans certains de ces incendies.

Oickle: Parce que j'ai échoué . . .

Deveau: Oui, c'est très simple Richard [. . .] et relativement à la question de ces huit incendies, le polygraphe indique que tu ne dis pas la vérité . . . la machine ne ment pas. Tu as appris cela aujourd'hui. [Je souligne.]

Je reconnais que les policiers ont exagéré la fiabilité du polygraphe. Comme de nombreux auteurs l'ont démontré, les polygraphes sont loin d'être infaillibles: voir, par exemple, D. T. Lykken, *A Tremor in the Blood: Uses and Abuses of the Lie Detector* (1998); J. J. Furedy, «The 'control' question 'test' (CQT) polygrapher's dilemma: logico-ethical considerations for psychophysiological practitioners and researchers» (1993), 15 *Int. J. Psychophysiology* 263; C. J. Patrick et W. G. Iacono, «Validity of the Control Question Polygraph Test: The Problem of Sampling Bias» (1991), 76 *J. App. Psych.* 229. De même, dans *R. c. Béland*, [1987] 2 R.C.S. 398, notre Cour a reconnu que les résultats des tests polygraphiques ne sont pas suffisamment fiables pour être admis devant les tribunaux.

Dans *R. c. Amyot*, [1991] R.J.Q. 954, à la p. 962, la Cour d'appel du Québec a jugé que le fait de dire que le polygraphe est infaillible rend une confession involontaire. Dans cette affaire, le polygraphiste a dit à l'accusé que «le test lui démontre qu'il ne dit pas la vérité». La cour a estimé que ces propos étaient inappropriés, et ce pour les raisons suivantes:

. . . c'est pousser beaucoup trop dans l'absolu ce en quoi cet examen consiste: c'est présenter à l'appelant le résultat comme une certitude qui va évidemment l'ébranler et lui faire dire: «Mais que va-t-il se passer maintenant?» Il me semble qu'ainsi l'appelant est induit en erreur sur l'infaillibilité du test, et cette façon de procéder peut naturellement inciter le sujet à «passer aux aveux».

Voir également l'arrêt *Fowler*, précité. Dans *Amyot*, la Cour d'appel a insisté de façon particulière sur le fait que le suspect avait fait une confes-

ing the polygraph results, suggesting that his will was overwhelmed upon being confronted with the damning, supposedly incontrovertible evidence.

Without expressing an opinion as to whether *Amyot* was correctly decided, I note that the facts of the present appeal are very different. As the following passages demonstrate, the respondent repeatedly rejected the accuracy of the polygraph results:

A. I think you could bring a completely innocent person in here and with a bunch of nerves could do the same thing I just did. [A.R. at p. 495]

. . .

Q. So you're telling me that this test today is a bunch of shit. Is that what you're trying to tell me?

A. In my opinion, yeah. [A.R. at p. 505]

The respondent was not overwhelmed by the polygraph results. While the police clearly relied heavily on them to elicit a confession, this was not a situation like *Amyot* where the confession followed almost immediately after the announcement of the results.

Other courts have excluded confessions obtained through use of a polygraph only where the suspect took some time before eventually confessing. For example, in *Ollerhead, supra*, the court cited the following passage from *R. v. Romansky* (1981), 6 Man. R. (2d) 408 (Co. Ct.), at p. 421:

[T]he psychological tactics employed by him created an aura of oppression. The will of the accused quickly crumbled with his emotional disintegration. As evidenced by the concomitant amenability and/or responsiveness to suggestions, his will was overcome and overborne by the will of the person in authority.

Various lower courts have thus taken very different approaches to determining whether polygraphs

sion presque immédiatement après avoir été informé des résultats du test polygraphique, ce qui tendait à indiquer que sa volonté avait été subjuguée lorsqu'on l'avait mis en présence de cette preuve accablante, censément irréfutable.

Sans me prononcer sur le bien-fondé la décision rendue dans *Amyot*, je souligne que les faits de cette affaire diffèrent considérablement de ceux du présent cas. Comme le démontre l'échange suivant, l'intimé a à maintes reprises rejeté l'exactitude des résultats du test polygraphique:

[TRADUCTION]

R. Je pense que vous pourriez amener ici une personne complètement innocente et si c'est un paquet de nerfs, elle pourrait faire la même chose que je viens tout juste de faire. [D.A., à la p. 495]

. . .

Q. Donc ce que tu me dis c'est que le test que tu as subi aujourd'hui ne vaut pas une claque. Est-ce bien ce que tu es en train de me dire?

R. C'est mon avis, ouais. [D.A., à la p. 505]

L'intimé n'a pas été atterré par les résultats du test polygraphique. Quoiqu'il soit clair que les policiers se sont fondés de façon importante sur ces résultats pour soutirer une confession à l'intimé, il ne s'agissait pas d'une situation comme celle de l'affaire *Amyot*, où l'aveu a presque immédiatement suivi la communication des résultats.

D'autres tribunaux ont écarté des confessions obtenues par l'utilisation d'un polygraphe seulement lorsqu'il s'était écoulé un certain temps avant que le suspect finisse par faire une confession. Par exemple, dans *Ollerhead, précité*, le tribunal a cité le passage suivant de *R. c. Romansky* (1981), 6 Man. R. (2d) 408 (C. cté), à la p. 421:

[TRADUCTION] [L]es tactiques psychologiques utilisées ont créé une atmosphère d'oppression. L'accusé a rapidement perdu toute volonté lorsqu'il s'est effondré sur le plan émotif. Comme en témoigne sa docilité et/ou susceptibilité concomitantes aux suggestions, sa volonté a été vaincue et subjuguée par celle de la personne en situation d'autorité.

Divers tribunaux de juridiction inférieure ont donc adopté des approches très différentes pour détermi-

create an oppressive atmosphere. The contrasting approaches in cases like *Amyot* and *Ollerhead* demonstrate that the timing of the confession *vis-à-vis* the polygraph cannot be determinative. Instead, it is but a piece of evidence for the trial judge to consider in determining whether the confession was voluntary.

ner si les polygraphes créent une atmosphère oppressive. Les approches différentes retenues dans des affaires comme *Amyot* et *Ollerhead* démontrent que le moment de la confession par rapport à celui de l'administration du test polygraphique ne saurait être décisif. Il s'agit plutôt d'un élément de preuve qu'il appartient au juge du procès de considérer lorsqu'il détermine si la confession était volontaire.

99 Granted that the police misled the respondent with regards to the accuracy of the polygraph, the question remains whether, in light of the entire circumstances of the interrogation, this rendered the confessions inadmissible. In my opinion it did not. As discussed above, there was no emotional disintegration in this case. The mere fact that a suspect begins to cry when he or she finally confesses, as the respondent did, is not evidence of "complete emotional disintegration"; tears are to be expected when someone finally divulges that they committed a crime — particularly when the suspect is a generally law-abiding and upstanding citizen like the respondent.

Bien que les policiers aient effectivement induit l'intimé en erreur relativement à l'exactitude du polygraphe, il reste quand même à décider si, eu égard à l'ensemble des circonstances de l'interrogatoire, ce fait a rendu les confessions inadmissibles. À mon avis, ce ne fut pas le cas. Comme nous l'avons vu plus tôt, il n'y a pas eu d'effondrement émotionnel en l'espèce. Le simple fait qu'un suspect se mette à pleurer lorsqu'il fait finalement une confession, comme l'a fait l'intimé, ne témoigne pas d'un «effondrement émotionnel complet»; on peut s'attendre à des larmes lorsque l'auteur d'un crime avoue finalement qu'il l'a commis — surtout lorsque le suspect est un citoyen généralement respectueux de la loi comme l'intimé.

100 Nor, as discussed above, do I believe that the police created an oppressive atmosphere. Simply confronting the suspect with adverse evidence, like a polygraph test, is not grounds for exclusion: see *Fitton, supra*. This holds true even for inadmissible evidence: see *Alexis, supra*. Nor does the fact that the police exaggerate the evidence's reliability or importance necessarily render a confession inadmissible. Eyewitness accounts are by no means infallible; yet in *Fitton*, this Court ruled admissible a statement taken after the police told a suspect they did not believe his denials because several eyewitnesses had come forward against him. In short, merely confronting a suspect with adverse evidence — even exaggerating its accuracy and reliability — will not, standing alone, render a confession involuntary.

Comme nous l'avons vu précédemment, je n'estime pas non plus que les policiers ont créé une atmosphère oppressive. Le simple fait de mettre le suspect en présence d'un élément de preuve qui lui est défavorable, comme les résultats d'un test polygraphique, ne constitue pas un motif d'exclusion: voir *Fitton*, précité. Cette constatation vaut même dans le cas d'un élément de preuve inadmissible: voir *Alexis*, précité. En outre, le fait que les policiers exagèrent la fiabilité ou l'importance d'une preuve ne rend pas nécessairement une confession inadmissible. Les déclarations de témoins oculaires ne sont nullement infaillibles; pourtant, dans l'arrêt *Fitton*, notre Cour a jugé admissible une déclaration faite après que les policiers ont dit à un suspect qu'ils ne croyaient pas ses dénégations puisque plusieurs témoins oculaires l'avaient dénoncé. Bref, le simple fait de mettre un suspect en présence d'un élément de preuve défavorable — même en exagérant l'exactitude et la fiabilité de cet élément — ne rend pas à lui seul la confession involontaire.

3. Misleading the Accused Regarding the Duration of the Interview

The final ground on which the Court of Appeal challenged the use of the polygraph, at para. 156, was the police's

misleading the accused about the expected duration of the test procedure, particularly concerning the interrogation to follow and immediately commencing intense questioning upon informing the accused that he had "failed" the test

A similar argument was made in *Nugent, supra*. Since this Court has ruled that polygraph results are not admissible in evidence, *Béland, supra*, "then the administering of a test must be clearly separated from questioning for the purpose of obtaining statements" (*Nugent, supra*, at p. 212). According to the Court of Appeal, a statement directly following a polygraph should not be admissible because the defence cannot adequately explain the context of the statement — which it might wish to do in order to attack the weight of the statement before the jury — without notifying the jury that the accused failed a polygraph test.

Drawing on these arguments, the intervener, the Criminal Lawyers' Association, argued that the police have only two options when using polygraphs. One is to ensure that the suspect has consulted with counsel before consenting to the test. The other is to "clearly separate any post-test interrogation from the test itself". I do not believe that it is necessary to limit the police's discretion in this manner. It is true that the police procedures present the defence with the unpalatable choice of either trying to explain away the confession without using the polygraph, or admitting that the accused failed the test. However, this is true any time a suspect confesses after being confronted with inadmissible evidence, and it does not necessarily render the confession involuntary. Tactical disadvantage to the defence is not relevant to the voluntariness of the defendant's confession; instead, if anything, it simply suggests prejudicial effect. However, given the immense probative

3. Tromper l'accusé sur la durée de l'entrevue

Le dernier motif invoqué par la Cour d'appel à l'encontre de l'utilisation du polygraphe, au par. 156, a été la conduite suivante des policiers:

[TRADUCTION] le fait de tromper l'accusé sur la durée prévue du test, particulièrement en ce qui concernait l'interrogatoire qui devait suivre, et de commencer immédiatement un interrogatoire intense après avoir informé l'accusé qu'il avait «échoué» au test. . .

Un argument similaire a été présenté dans l'affaire *Nugent*, précitée. Puisque notre Cour a jugé dans *Béland*, précité, que les résultats de tests polygraphiques ne sont pas admissibles en preuve, [TRADUCTION] «l'administration du test doit donc être clairement séparée de l'interrogatoire mené en vue d'obtenir des déclarations» (*Nugent*, précité à la p. 212). Suivant la Cour d'appel, une déclaration faite tout de suite après un test polygraphique ne devrait pas être admissible parce que la défense ne peut pas expliquer adéquatement le contexte dans lequel la déclaration a été faite — ce qu'elle souhaiterait peut-être faire en vue d'en contester le poids devant le jury — sans indiquer au jury que l'accusé a échoué au test polygraphique.

S'inspirant de ces arguments, l'intervenante Criminal Lawyers' Association a plaidé que deux avenues seulement s'offrent aux policiers qui recourent aux tests polygraphiques. Ils peuvent soit s'assurer que le suspect a consulté un avocat avant de consentir à subir le test, soit [TRADUCTION] «séparer clairement tout interrogatoire mené après le test du test lui-même». Je ne crois pas qu'il soit nécessaire de limiter ainsi le pouvoir discrétionnaire des policiers. Il est vrai que les procédures policières offrent à la défense un choix désagréable: soit essayer d'expliquer la confession sans faire état du polygraphe, soit admettre que l'accusé a échoué au test. Cependant, cela se produit chaque fois qu'un suspect fait une confession après avoir été mis en présence d'un élément de preuve inadmissible, et cela ne rend pas nécessairement la confession involontaire. Le fait que la défense subisse un désavantage d'ordre tactique n'est pas pertinent pour ce qui est du caractère volontaire

101

102

value of a voluntary confession, I cannot agree that exclusion is appropriate.

103 The final argument in favour of separating the interrogation from the polygraph test is related to the alleged “abuse of trust” addressed above. It is submitted that the intimacy fostered during the pre-test interview improperly carries over to the post-test interrogation. Whether this is true or not, I do not believe it would be grounds to exclude the confession. On this point, I agree with the Ontario Court of Appeal in *R. v. Barton* (1993), 81 C.C.C. (3d) 574, at p. 575:

There is no question that the procedure is intrusive and purports to use expertise in psychology to create a relationship between the interviewer and the candidate which is conducive to making the technical analysis more accurate. It is also true that the appearance of intimacy carries over into the third stage when, in this case, the inculpatory statement was made. Yet, all police interrogations may include these features in one form or another. The “good cop, bad cop” routine is the best known.

Moreover, in this appeal the respondent did not confess until Corporal Deveau took over the questioning from Sergeant Taker. Therefore, any intimacy created by the pre-test interview could not have precipitated the respondent’s confessions.

F. *Summary on Voluntariness*

104 In summary, there were several aspects of the police’s interrogation of the respondent that could potentially be relevant to the voluntariness of his confessions. These include the comments regarding Ms. Kilcup; the suggestions that “it would be better” for the respondent to confess; and the exaggeration of the polygraph’s accuracy. These are certainly relevant considerations when determining voluntariness. However, I agree with the trial judge that neither standing alone, nor in combination with each other and the rest of the circumstances surrounding the respondent’s confessions,

des confessions; tout au plus suggère-t-il plutôt l’existence d’un effet préjudiciable. Cependant, vu l’immense valeur probante d’une confession volontaire, je ne peux accepter que l’exclusion soit une solution appropriée.

Le dernier argument en faveur de la séparation de l’interrogatoire du test polygraphique est lié à l’«abus de confiance» qu’on reproche et dont j’ai déjà traité. On soutient que le lien d’intimité qui est établi à l’entrevue préliminaire perdure indûment au cours de l’interrogatoire qui suit le test. Que cela soit vrai ou non, je n’estime pas qu’il s’agit là d’un motif justifiant d’écarter la confession. Sur ce point, je souscris aux propos suivants de la Cour d’appel de l’Ontario dans *R. c. Barton* (1993), 81 C.C.C. (3d) 574, à la p. 575:

[TRADUCTION] Il ne fait aucun doute que la procédure est attentatoire et entend mettre à profit une expertise en psychologie en vue d’établir, entre l’interrogateur et l’«interrogé» un rapport propre à rendre l’analyse technique plus exacte. Il est également vrai que l’apparence d’intimité perdure jusqu’à la troisième étape, au cours de laquelle, dans la présente affaire, la déclaration inculpatoire a été faite. Pourtant, tout interrogatoire policier peut présenter ces caractéristiques, sous une forme ou une autre. Le «numéro du gentil policier et du méchant policier» est le plus connu.

Qui plus est, dans le présent pourvoi, l’intimé n’a fait une confession qu’après que le caporal Deveau a pris la relève du sergent Taker. Par conséquent, tout lien d’intimité qui aurait été créé pendant l’entrevue préliminaire ne peut avoir entraîné les confessions de l’intimé.

F. *Résumé sur le caractère volontaire*

En résumé, plusieurs aspects de l’interrogatoire de l’intimé par les policiers étaient susceptibles d’être pertinents en ce qui concerne le caractère volontaire des confessions de celui-ci, notamment les remarques faites au sujet de M^{me} Kilcup, les suggestions qu’«il vaudrait mieux» pour l’intimé qu’il fasse une confession et l’exagération de l’exactitude du polygraphe. Il s’agit certainement de considérations pertinentes pour statuer sur le caractère volontaire. Cependant, je souscris à l’opinion du juge du procès que ces divers facteurs — que ce soit individuellement ou ensemble avec les

do these factors raise a reasonable doubt about the voluntariness of the respondent's confessions. The respondent was never mistreated, he was questioned in an extremely friendly, benign tone, and he was not offered any inducements strong enough to raise a reasonable doubt as to voluntariness in the absence of any mistreatment or oppression. As I find no error in the trial judge's reasons, the Court of Appeal should not have disturbed her findings.

V. Disposition

In conclusion, in my view the Nova Scotia Court of Appeal applied both the wrong standard of appellate review, and reached the wrong conclusion with regard to voluntariness. I would therefore allow the appeal, set aside the judgment of the Court of Appeal, and restore the trial judge's conviction of the respondent.

The following are the reasons delivered by

ARBOUR J. (dissenting) —

I. Introduction

I have had the benefit of the reasons of my colleague, Justice Iacobucci, on this appeal. With respect, I believe that there were improper inducements held out by the police officers who interrogated the respondent and that these inducements, considered cumulatively and contextually in light of the "failed" polygraph test, require the exclusion of the respondent's statements. Moreover, in my view the proximity and the causal connection between the "failed" polygraph test and the confession also compels this result. Accordingly, I would dismiss the appeal, set aside the convictions and enter acquittals on all counts.

autres circonstances des confessions de l'intimé — ne soulèvent pas de doute raisonnable quant au caractère volontaire des confessions de l'intimé. Ce dernier n'a jamais été maltraité, il a été interrogé de façon extrêmement amicale et affable et aucun encouragement assez important pour soulever un doute raisonnable quant au caractère volontaire des confessions en l'absence de tout mauvais traitement ou d'oppression ne lui a été donné. Puisque je ne constate la présence d'aucune erreur dans les motifs du juge du procès, la Cour d'appel n'aurait pas dû infirmer ses conclusions.

V. Le dispositif

En conclusion, je suis d'avis que la Cour d'appel de la Nouvelle-Écosse a à la fois appliqué la mauvaise norme de contrôle et tiré la mauvaise conclusion en ce qui concerne le caractère volontaire. J'accueillerais donc le pourvoi, j'annulerais le jugement de la Cour d'appel et je rétablirais la déclaration de culpabilité prononcée contre l'intimé par le juge du procès.

Version française des motifs rendus par

LE JUGE ARBOUR (dissidente) —

I. Introduction

J'ai pris connaissance des motifs de mon collègue le juge Iacobucci dans le présent pourvoi. En toute déférence, je suis d'avis que les policiers qui ont interrogé l'intimé lui ont fait des incitations inacceptables qui, considérées cumulativement et contextuellement en tenant compte de l'«échec» à l'examen polygraphique, requièrent l'exclusion des déclarations de l'intimé. Je suis également d'avis que le peu de temps écoulé et le lien de causalité entre l'examen polygraphique «échoué» et l'obtention de la confession exigent ce résultat. Par conséquent, je rejetterais le pourvoi, j'annulerais les déclarations de culpabilité et j'inscrirais un acquittement à l'égard de chaque chef d'accusation.

105

106

107 This case involves exclusively the admissibility of a confession. We were greatly assisted, as was the Court of Appeal, by the existence of a rich record from which the factual issues can be reviewed. As I hope will increasingly be the case, the entire interrogation of the respondent, including the exchanges that preceded the administration of the polygraph test, was recorded. The first part, which lasted until the first incriminating statement, was audio recorded, and the several hours that followed were also video recorded. While some deference is always required because of the privileged position from which the trial judge assesses credibility, including on a *voir dire*, appeal courts must ensure that the question of the voluntariness of a confession was correctly decided by the trial judge, in accordance with the applicable law, and on a reasonable view of the facts.

108 The determination of the voluntariness of a statement obtained after a long and protracted interrogation requires careful scrutiny of the record. This is particularly so where, as here, the improper inducements are interspaced throughout a web of skilful, effective and, I may add, permissible misrepresentations made to the respondent by the police. The words of Rand J., in *R. v. Fitton*, [1956] S.C.R. 958, at p. 962, are instructive in this regard:

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.

109 I will not repeat the facts which are canvassed by my colleague. I simply wish to highlight the salient parts as they relate to the issues that I have identified.

La présente affaire porte exclusivement sur l'admissibilité d'une confession. Tout comme la Cour d'appel, nous avons considérablement bénéficié de la présence d'un dossier bien étoffé, à partir duquel les questions factuelles pouvaient être examinées. Tout l'interrogatoire de l'intimé a été enregistré, y compris les échanges qui ont précédé l'administration de l'examen polygraphique. Il s'agit d'une pratique qui, je l'espère, deviendra de plus en plus courante. La première partie de l'interrogatoire, qui dure jusqu'à la première déclaration incriminante, a été enregistrée sur bande audio, et les quelques heures qui ont suivi ont été enregistrées sur bande vidéo. Bien qu'il faille toujours faire preuve d'un certain degré de retenue en raison de la position privilégiée à partir de laquelle le juge du procès évalue la crédibilité, entre autres à l'occasion d'un voir dire, les tribunaux d'appel doivent s'assurer que le juge du procès a adéquatement décidé de la question du caractère volontaire d'une confession, conformément au droit applicable et selon une interprétation raisonnable des faits.

Pour se prononcer sur le caractère volontaire d'une déclaration obtenue après un interrogatoire long et fastidieux, il faut examiner attentivement le dossier. C'est particulièrement le cas lorsque, comme en l'espèce, les incitations inacceptables étaient disséminées au sein d'un réseau de fausses affirmations habiles, efficaces et, dois-je ajouter, autorisées, faites par les policiers à l'intimé. Les propos du juge Rand dans l'arrêt *R. c. Fitton*, [1956] R.C.S. 958, à la p. 962, sont instructifs à cet égard:

[TRADUCTION] 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.

Je ne répéterai pas les faits déjà exposés par mon collègue. Je veux simplement souligner les éléments saillants qui sont pertinents quant aux questions que je soulève.

II. The Administration of the Polygraph Test

Properly understood, this case involves two confessions obtained by the police following the “failure” of a polygraph test and a skillful interrogation which lasted nearly six hours. Repeated threats and promises were made. They were often subtle but in my view, against the backdrop of the polygraph procedure, they overwhelmed the free will of the respondent. These seemingly mild pressures make this case a difficult one in which to apply the confessions rule and demand an attentive appreciation of the full context in which the alleged voluntary, incriminating statements were made.

I fully agree with the summary of the applicable law provided by Justice Iacobucci at paras. 68-70. However, I take a different view of the proper legal characterization of what happened in the course of the many hours during which the respondent was interrogated and of the voluntary quality of his incriminating statements.

At the request of the police, on April 26, 1995, the respondent met Corporal Bruno Deveau and Sergeant Gregory Taker, both of the RCMP, at a motel room where the police were set up to administer a polygraph test to him. By then, the police had already administered several such tests in relation to their investigation of a series of fires in the Waterville area in the period from February 1994 to April 4, 1995. They administered two such polygraph tests in June of 1994, to two different subjects. In the opinion of the polygraph examiner (also called a polygraphist), Sergeant Taker, the results of these two tests were inconclusive. Other tests were administered in July and September 1994, and in January 1995. In all three cases, Sergeant Taker formed the opinion that the subject was telling the truth. See A.R. at pp. 735-54.

The last fire was set some two weeks before the respondent was asked to attend for his test; it involved a vehicle owned by his girlfriend, Tanya

II. L’administration de l’examen polygraphique

Essentiellement, le présent pourvoi porte sur deux confessions obtenues par les policiers suite à l’«échec» à un examen polygraphique et grâce à un interrogatoire habile ayant duré près de six heures. Les policiers ont fait des menaces et des promesses de façon répétée. Ces menaces et ces promesses étaient souvent subtiles, mais j’estime que, considérées avec la procédure polygraphique en arrière-plan, elles ont subjugué la volonté de l’intimé. Ces pressions en apparence légères rendent difficile l’application de la règle des confessions dans la présente cause et requièrent un examen attentif du contexte global dans lequel ces déclarations compromettantes que l’on prétend volontaires furent faites.

Je suis entièrement d’accord avec le résumé du droit applicable qu’a fait le juge Iacobucci aux par. 68 à 70 de ses motifs. Je ne partage toutefois pas son avis quant à la qualification juridique de ce qui s’est produit durant les nombreuses heures au cours desquelles l’intimé a été interrogé, ni quant au caractère volontaire des déclarations compromettantes de ce dernier.

Le 26 avril 1995, à la demande des policiers, l’intimé a rencontré le caporal Bruno Deveau et le sergent Gregory Taker, tous deux membres de la GRC, dans une chambre de motel où les policiers étaient prêts à lui administrer un examen polygraphique. À cette époque, les policiers avaient déjà administré plusieurs de ces examens dans le cadre de leur enquête sur une série d’incendies survenus dans la région de Waterville, de février 1994 au 4 avril 1995. En juin 1994, les policiers ont fait subir cet examen polygraphique à deux personnes différentes. Selon le sergent Taker, l’examineur en polygraphie (ou polygraphiste), les résultats de ces deux examens n’étaient pas concluants. D’autres examens ont été administrés en juillet et septembre 1994, ainsi qu’en janvier 1995. Dans les trois cas, le sergent Taker était d’avis que le sujet disait la vérité. Voir D.A., aux pp. 735 à 754.

Le dernier incendie a été allumé environ deux semaines avant qu’on demande à l’intimé de se soumettre à l’examen; la voiture appartenant à

110

111

112

113

Kilcup. She was living with him at the time, and he said that they were planning to get married. On the form filled out by Sergeant Taker as an introduction to the polygraph procedure, under the heading “demeanor”, the police officer indicated the respondent appeared “nervous”. The form also indicates that the respondent understood his *Charter* rights, understood the warning, did not want a lawyer and understood that the purpose of the polygraph was “to see if I had anything to do with my girlfriend’s car fire”. He said he felt “[g]ood” about the test and thought it “should be ok”. See A.R. at pp. 746-48.

Tanya Kilcup, la petite amie de l’intimé, était en cause dans cet incendie. Cette dernière vivait alors avec l’intimé, qui a affirmé qu’ils envisageaient de se marier. Sur le formulaire qu’il a rempli avant la procédure polygraphique, le sergent Taker a indiqué, sous la rubrique «attitude», que l’intimé paraissait «nerveux». Le formulaire précise également que l’intimé comprenait ses droits garantis en vertu de la *Charte* ainsi que la mise en garde qui lui avait été faite, qu’il ne voulait pas demander l’assistance d’un avocat et qu’il comprenait que l’examen polygraphique avait pour but [TRADUCTION] «de déterminer s’il avait] quelque chose à voir dans l’incendie de la voiture de [s]a petite amie». Il a affirmé se sentir [TRADUCTION] «à l’aise» face à l’examen et penser que «tout devrait bien se passer». Voir D.A., aux pp. 746 à 748.

114

The respondent signed a consent form and was given a booklet which explained the testing procedure. The three-page booklet states that the polygraph, also known as the “Lie Detector” test, should be called a “Truth Verifier” because statistics show that in the majority of cases, the opinion of the examiner is that the subject was truthful. The booklet uses a question and answer format. It describes a two-step process: the first is the “Pre-Test Interview”, in which the subject’s legal rights are explained, his or her medical and psychological background is explored, and the facts under investigation and the workings of the instrument are reviewed; the second step is the “In-Test Phase”. It is described in the booklet as follows:

L’intimé a signé une formule de consentement et reçu un livret lui expliquant la procédure d’examen. Le livret de trois pages indique que l’examen polygraphique — aussi appelé test du «détecteur de mensonges» — devrait plutôt être appelé «indicateur de vérité», car les statistiques démontrent que, dans la majorité des cas, le polygraphiste est d’avis que la personne dit la vérité. Les renseignements contenus dans le livret sont donnés sous forme de questions et réponses. L’examen est décrit comme une procédure en deux étapes: la première est celle de l’«entrevue préliminaire», au cours de laquelle on explique au sujet ses droits sur le plan juridique, on examine ses antécédents médicaux et psychologiques et on revoit les faits qui font l’objet de l’enquête, ainsi que le fonctionnement de l’appareil; la seconde étape est celle de l’«examen lui-même». Cette dernière étape est décrite ainsi dans le livret:

In-Test Phase: At this point, the polygraphist will review all pertinent test questions with you and then conduct a “Demonstration Test” to help he or she assess your suitability for additional tests. Several tests will then be conducted, which will include the reviewed questions. There will be no surprise questions on any of the tests. The polygraphist will then analyse the results of each test to arrive at an opinion.

L’examen lui-même: Le polygraphiste va d’abord examiner avec vous toutes les questions pertinentes qu’il va vous poser. Il procède ensuite à une démonstration du fonctionnement du polygraphe en vue d’aider à déterminer l’à-propos de l’examen qui va suivre. L’examen comprend plusieurs parties parmi lesquelles on retrouvera les questions examinées préalablement. Il n’y a pas de questions-surprises. Le polygraphiste analyse ensuite chaque parties de l’examen avant d’en arriver à une conclusion.

Two other entries in the booklet are, in my view, of interest:

5. SUPPOSE THE INSTRUMENT SAYS I'M LYING WHEN I'M NOT?

The polygraph cannot say anything. It merely records on a chart certain bodily reactions to the questions you are being asked. It is up to the polygraphist to "Read" the information your body provides.

9. DOES THIS EXAMINATION MEAN THAT THE POLYGRAPH IS INFALLIBLE?

No. Most examinations readily reveal to the polygraphist whether or not the person is truthful. Possible outcome of any polygraph examination is Truthful, Deceptive or Inconclusive. "Inconclusive" means the examiner is unable to render an opinion of either Truthful or Deceptive in that particular case. The polygraphist may request a re-examination if the results are inconclusive. A re-examination is also voluntary.

It is interesting to me that this last answer is not very responsive to the real question raised. It suggests that the polygraph is not infallible because it sometimes does not indicate whether the subject is truthful or not, in which case the result may be inconclusive. The answer does not say whether mistakes can be made in identifying liars. In fact, it suggests that no such errors are likely since "[m]ost examinations readily reveal to the polygraphist whether or not the person is truthful".

Although this was not described in the booklet, where, after the in-test phase, the subject is deemed to have been "truthful" the polygraph test comes to an end. However, if he is deemed to have been "untruthful", it is standard procedure to move to a post-test "interview" and to interrogate the subject with a view to obtaining a confession. This was clearly the plan here and the post-test "interview" was strategically planned, and successfully executed.

Deux autres aspects traités dans le livret sont à mon avis dignes d'intérêt:

5. LE POLYGRAPHE PEUT-IL DIRE QUE JE MENS ALORS QUE JE DIS LA VÉRITÉ?

Le polygraphe ne dit rien. Il ne fait qu'enregistrer sur un graphique certaines réactions de l'organisme aux questions posées. Il revient au polygraphiste d'interpréter les renseignements transmis par votre organisme.

9. LE POLYGRAPHE EST-IL INFALLIBLE?

Non. La plupart des examens permettent au polygraphiste de déterminer facilement si la personne dit la vérité ou non. L'examen donne lieu à trois résultats possibles: examen concluant (dires véridiques), examen concluant (dires non véridiques) et examen non concluant. L'examen est considéré non concluant lorsque le polygraphiste ne peut émettre une opinion quant à la véracité des dires d'une personne. Le polygraphiste peut demander un deuxième examen si les résultats du premier ne sont pas concluants. Le deuxième examen est aussi facultatif.

Il est intéressant pour moi de constater que ce dernier paragraphe ne fournit pas vraiment de réponse à la véritable question posée. La réponse fournie suggère que le polygraphe n'est pas infallible étant donné que, parfois, il n'indique pas si le sujet dit ou non la vérité, auquel cas le résultat peut être non concluant. La réponse ne dit pas si des erreurs peuvent survenir lorsque l'appareil indique qu'une personne ment. En fait, elle laisse entendre qu'il y a peu de chances que de telles erreurs se produisent, puisque «[l]a plupart des examens permettent au polygraphiste de déterminer facilement si la personne dit la vérité ou non».

Quoique le livret ne le précise pas, dans les cas où, après l'étape de l'examen lui-même, le sujet est considéré avoir «dit la vérité», l'examen polygraphique prend fin. Cependant, lorsqu'on considère que le sujet n'a pas dit la «vérité», la procédure habituelle consiste à passer à l'«entrevue» post-examen et à interroger le sujet dans le but d'obtenir une confession. C'était clairement ce qu'on projetait de faire en l'espèce, et l'«entrevue» post-examen a été stratégiquement planifiée et exécutée avec succès.

116 The pre-test interview conducted here by the polygraph examiner, Sergeant Taker, laid critical groundwork for the post-test interrogation. It did so in two respects. First, in my opinion, it created ambiguity about the precise admissibility, or lack thereof, of polygraph-related evidence. Secondly, in conjunction with the wording of question 9, it conveyed the overall impression that the polygraph machine is a scientific and infallible lie-detector, akin to trustworthy medical procedures and tests, and, relatedly, that the polygraph machine yields objectively accurate information since it measures involuntary body reactions, independent of the controlled responses of the subject.

117 In the pre-test phase, Sergeant Taker informed the respondent of his rights. In the course of so doing, he provided the respondent with the following information concerning the admissibility of polygraph-related evidence. He stated that “[m]y opinion based on the results of your polygraph test is not admissible in court. However, anything said between you and I may be admissible” (A.R. at p. 370). Even when combined with the information provided in the booklet, to the effect that the polygraph cannot say anything, but that it is up to the polygraphist to “‘Read’ the information your body provides”, the explanation provided by Sergeant Taker, in my view, is hardly informative about the admissibility, or non-admissibility of polygraph-related evidence. In fact, it is incomprehensible. It gives no explanation of the distinction between an “opinion based on the results of your polygraph test”, the “results of your polygraph test” and the “reading” by the polygraphist of the recordings on the polygraph chart. It certainly does not convey accurately that the interrogators’ categorical assertions that the respondent had been untruthful, repeated to him at every opportunity during the post-test interview, reflected little more than the interrogators’ inadmissible opinions based on the bare graphs produced during the respondent’s test.

L’entrevue préliminaire pratiquée en l’espèce par l’examineur, le sergent Taker, a préparé le terrain de façon cruciale pour l’entrevue post-examen, et ce de deux manières. Premièrement, l’entrevue a selon moi créé de l’ambiguïté quant à la question de l’admissibilité réelle — ou de l’inadmissibilité — des éléments de preuve obtenus par polygraphe. Deuxièmement, conjuguée au texte de la question 9, l’entrevue a créé l’impression générale que le polygraphe constitue un détecteur de mensonges scientifique et infallible, semblable à des procédures et tests médicaux fiables, et, dans le même ordre d’idées, que le polygraphe produit des données objectivement exactes puisqu’il mesure des réactions physiologiques involontaires, indépendantes des réponses contrôlées par le sujet.

Lors de l’entrevue préliminaire, le sergent Taker a informé l’intimé de ses droits. Ce faisant, il lui a dit, relativement à l’admissibilité des éléments de preuve obtenus par polygraphe: [TRADUCTION] «[m]on opinion fondée sur les résultats de ton examen polygraphique n’est pas admissible devant les tribunaux. Cependant, tout ce que nous nous disons peut être admis en preuve» (D.A., à la p. 370). Même conjuguées aux renseignements fournis dans le livret, qui indiquent que le polygraphe ne dit rien, mais qu’il revient plutôt au polygraphiste d’«interpréter les renseignements transmis par [l’]organisme», les explications du sergent Taker sont très peu instructives à mon avis sur l’admissibilité ou l’inadmissibilité des éléments de preuve obtenus par polygraphe. En fait, ses explications sont incompréhensibles. Elles n’informent pas l’intimé de la distinction entre [TRADUCTION] «[l’]opinion fondée sur les résultats de [son] examen polygraphique», les «résultats de son examen polygraphique» et l’«interprétation» que fait le polygraphiste des résultats enregistrés sur le tableau polygraphique. Elles n’indiquent certes pas de façon claire que les affirmations catégoriques des interrogateurs selon lesquelles l’intimé ne disait pas la vérité, affirmations constamment répétées au cours de l’entrevue post-examen, ne reflétaient rien de plus que les opinions inadmissibles des policiers fondées sur les simples graphiques générés au cours de l’examen subi par l’intimé.

In fact, the record contains numerous statements by Sergeant Taker that may have been taken by the respondent as suggesting that the “results” of a polygraph test encompass more than the bare graphs produced by the machine’s pens and that these have meaning independent of the polygraphist’s reading or interpretation. The following assertions by Sergeant Taker are illustrative:

- It will only record that as a lie because to pass the polygraph you must be 100 percent truthful. [A.R. at p. 410]

- [I]t will show that you’re lying. [A.R. at p. 415]

- . . . I would rather you explain that to me now than have the polygraph later on tell me you’ve not been truthful. [A.R. at p. 416]

- They’re also questions that will show me when you’re telling the truth when I start off the polygraph okay. [A.R. at p. 442]

- [I]f you don’t answer 100 percent truthfully then you can’t pass the test. [A.R. at p. 445] [Emphasis added.]

Having explained to the respondent his rights, Sergeant Taker sought to impress upon him, both subtly and forcefully, the scientific and reliable nature of the polygraph instrument. For example, the police officer asked the respondent a series of medical questions (e.g., whether he had ever been treated by a psychiatrist, had rheumatic fever, heart problems, epilepsy, tuberculosis, etc.), ostensibly for the purpose of determining the respondent’s “suitability” to take the test, that could not help but serve to bolster the scientific aura of the polygraph in the respondent’s mind. See A.R. at pp. 381-89. Further, and more importantly, he repeatedly, though often implicitly, emphasized the polygraph’s infallibility as a lie-detecting instrument:

Q. Because right now you’re the only person in this room that knows if you have lit any of these fires that I referred to earlier, right? But before the day is over

En fait, on trouve au dossier de nombreuses déclarations du sergent Taker qui auraient pu être interprétées par l’intimé comme signifiant que les «résultats» de l’examen polygraphique englobent davantage que les simples graphiques générés par les aiguilles du polygraphe et que ceux-ci ont leur sens propre, indépendamment de la lecture ou de l’interprétation qu’en fait le polygraphiste. Les affirmations suivantes du sergent Taker illustrent bien cette constatation:

[TRADUCTION]

- Il n’enregistrera cela que comme un mensonge, parce que pour réussir l’examen polygraphique il faut être honnête à 100 %. [D.A., à la p. 410]

- [I]l montrera que tu mens. [D.A., à la p. 415]

- [J]’aimerais mieux que tu m’expliques ce fait maintenant, plutôt que de voir le polygraphe me révéler plus tard que tu n’as pas dit la vérité. [D.A., à la p. 416]

- Ce sont aussi des questions qui m’indiqueront à quel moment tu dis la vérité quand je vais démarrer le polygraphe, d’accord? [D.A., à la p. 442]

- [S]i ta réponse n’est pas toute la vérité, tu ne peux pas réussir le test. [D.A., à la p. 445] [Je souligne.]

Après avoir expliqué à l’intimé ses droits, le sergent Taker a cherché à le convaincre, de manière à la fois subtile et énergique, de la nature scientifique et fiable du polygraphe. À titre d’exemple, apparemment pour déterminer l’«aptitude» de l’intimé à subir l’examen, le policier lui a posé une série de questions d’ordre médical (par exemple s’il avait déjà été soigné par un psychiatre, s’il souffrait de fièvre rhumatismale, de troubles cardiaques, d’épilepsie ou de tuberculose) qui ne pouvaient que contribuer à renforcer l’image scientifique du polygraphe dans l’esprit de l’intimé. Voir D.A., aux pp. 381 à 389. En outre, fait plus important encore, le policier a, de façon répétée bien que souvent implicite, mis l’accent sur l’infaillibilité du polygraphe en tant qu’instrument de détection de mensonges:

[TRADUCTION]

Q. Parce qu’à l’heure actuelle tu es la seule personne dans cette pièce qui sait si tu as allumé l’un des incendies dont j’ai parlé plus tôt, vrai? Mais quand tout ça

there's going to be two of us that knows if you've lit any of these fires, right? [A.R. at p. 376]

. . . .

Q. . . . to pass the polygraph you must be 100 percent truthful. It's like a girl who comes home and says to her mother, she says, "Mum, I'm a little bit pregnant." Well, you and I both know that's — I mean that doesn't work, right?

A. Yeah.

Q. You either are pregnant or you're not pregnant. That's exactly how the polygraph works. You either are telling the truth or you're not telling the truth, okay.

. . . .

Q. . . . As good as a polygraph is it doesn't have any human capabilities. It doesn't have any ability to understand or doesn't have the ability to reason. And basically it's a cold scientific instrument. . . . [A.R. at pp. 410-11] [Emphasis added.]

120

Sergeant Taker also impressed upon the respondent that the polygraph records the subject's involuntary bodily responses, as opposed to his or her conscious, willed and therefore controlled verbal responses, to the questions posed. For example, he stated (A.R. at p. 373):

I'm going to be using the polygraph to monitor your physiological responses is the — is your — any change in your movement in your chest cavity, your heart rate, and any changes in physiological activity in the things that I monitor, okay.

Later, he said (A.R. at pp. 404-5):

Q. The first set of nerves I'm going to talk about are the voluntary nerves. And these are the nerves we can control at will.

. . . .

Q. But as a polygraph examiner I'm not interested in that set of nerves. I'm interested in the . . . involuntary nerves or the autonomic nerves. Now the involuntary

sera fini, nous serons les deux seuls à savoir si tu as allumé un des incendies, n'est-ce pas? [D.A., à la p. 376]

. . . .

Q. . . . pour réussir l'examen polygraphique il faut être honnête à 100 %. C'est comme la fille qui rentre à la maison et dit à sa mère: «M'man, je suis un peu enceinte». Eh bien, toi et moi savons que c'est — je veux dire que ça ne se peut pas, exact?

R. Ouais.

Q. On est enceinte ou ne l'est pas. C'est exactement comme ça que fonctionne le polygraphe. Ou bien la personne dit la vérité, ou bien elle ne dit pas la vérité, d'accord?

. . . .

Q. . . . Aussi efficace que puisse être le polygraphe, il ne possède pas de capacités humaines. Il ne possède pas la faculté de comprendre ni la capacité de raisonner. Et, essentiellement, c'est un instrument purement scientifique. . . . [D.A., aux pp. 410 et 411] [Je souligne.]

Le sergent Taker a également bien fait comprendre à l'intimé que le polygraphe enregistrerait les réactions physiologiques involontaires du sujet aux questions posées, par opposition à ses réponses verbales conscientes, voulues et par conséquent maîtrisées. Par exemple, il lui a dit ceci (D.A., à la p. 373):

[TRADUCTION] Je vais utiliser le polygraphe pour surveiller tes réactions physiologiques; est-ce que — ton — tout changement de l'activité dans ta cage thoracique, dans ton rythme cardiaque, et tout changement dans l'activité physiologique liée aux éléments que je surveille, d'accord?

Plus tard, il a ajouté ceci (D.A., aux pp. 404 et 405):

[TRADUCTION]

Q. Le premier groupe de nerfs dont je vais parler sont les nerfs volontaires. Et ce sont les nerfs que nous pouvons maîtriser à volonté.

. . . .

Q. Mais, à titre d'examineur en polygraphie, je ne m'intéresse pas à ce groupe de nerfs. Je m'intéresse aux [. . .] nerfs involontaires, ou nerfs du système nerveux

nerves control most of the muscles and the organs in your body. And the main muscle that they control is the heart muscle. And as polygraph examiner it's the heart muscle that I'm mainly interested in, Richard.

Q. . . . Now when I said to you, Richard, I'm mainly interested in the heart muscle it's because I know when a person knowingly tells a lie and I must stress that word "knowingly". Your heart will rebel against that last . . . [Emphasis added.]

III. The Post-Polygraph Interrogation

In my view, the information provided to the respondent during the pre-test interview served to convince him that the polygraph results would demonstrate to the police whether he had set fire to his girlfriend's car. The interrogation that followed immediately on the heels of the announcement that the respondent had "failed" the polygraph test built very effectively on the groundwork laid during the pre-test interview. Sergeant Taker conducted approximately the first hour of the post-test interview. In that time, he further developed the "infallible polygraph" theme, introduced the possibility of psychiatric help and further obscured the distinction between an opinion based on the results of the test and the results of the test.

The respondent said very little during the nearly six hours that he spent being questioned. The three police officers who worked as a relay team to conduct the interview did most of the talking. Their overall approach and strategy were clear and proved effective. It consisted of persuading the respondent that during the polygraph test, his body had already betrayed him and that they now knew that he had some involvement in some of the fires. I believe that they were persuaded from the outset that all the fires had likely been caused by the same arsonist. However, they repeatedly told the respondent otherwise, focusing, at first, on the very recent burning of his girlfriend's car. The polygraph test was set up in such a way that all eight fires were linked together and that he was asked to admit or deny his involvement in all of them col-

autonome. Or, ces nerfs contrôlent la plupart des muscles et des organes de ton corps. Et le muscle principal qu'ils contrôlent est celui du cœur. Et, en tant qu'examineur en polygraphie, c'est le muscle cardiaque qui m'intéresse principalement, Richard.

Q. . . . Alors quand je te dis, Richard, que je m'intéresse surtout au muscle cardiaque, c'est parce que je sais quand une personne dit sciemment des mensonges, et je me dois d'insister sur le terme «sciemment». Ton cœur va se rebeller contre cette dernière . . . [Je souligne.]

III. L'entrevue post-examen

À mon avis, les renseignements donnés à l'intimé au cours de l'entrevue préliminaire ont contribué à le convaincre que les résultats de l'examen polygraphique indiqueraient à la police s'il avait mis le feu à la voiture de sa petite amie. L'interrogatoire qui a immédiatement suivi l'annonce que l'intimé avait «échoué» à l'examen polygraphique a exploité très efficacement les fondations établies durant l'entrevue préliminaire. Le sergent Taker a pris en charge l'entrevue post-examen pendant la première heure. C'est au cours de cette période qu'il a développé plus amplement le thème de «l'infaillibilité du polygraphe», évoqué la possibilité d'une assistance psychiatrique et brouillé davantage la distinction entre les résultats de l'examen et l'opinion fondée sur ces résultats.

L'intimé a très peu parlé durant l'interrogatoire qui a duré près de six heures. Ce sont les trois policiers qui se sont relayés qui ont surtout parlé. Leur stratégie globale était claire et s'est avérée efficace. Elle consistait à convaincre l'intimé que son corps l'avait déjà trahi pendant l'examen polygraphique et que les policiers savaient désormais qu'il était impliqué d'une façon ou d'une autre dans certains des incendies. Je crois que les policiers étaient persuadés dès le départ que tous les incendies avaient probablement été allumés par le même incendiaire. Toutefois, ils ont à maintes reprises dit le contraire à l'intimé, se concentrant au départ sur l'incendie très récent de la voiture de sa petite amie. L'examen polygraphique était conçu de telle manière que les huit incendies étaient tous reliés et qu'on a demandé à l'intimé d'admettre ou de nier

121

122

lectively. This provided the police with the opportunity to persuade the respondent that he could have failed the test because of his involvement in only one fire, possibly the most trivial one — the girlfriend's car — and that admitting to that one would dispel their concern that he might have done them all. It is clear, in my view, that the respondent came to be convinced that having failed the polygraph, he would not be left alone by the police, who were convinced of his guilt, until he conceded what his body had already revealed. On two occasions prior to the first confession, he asked what would happen if he admitted to setting fire to his fiancée's car. This was clearly becoming the most attractive proposition to him.

123 In turn, that admission was to become the trigger for the next stage of the interrogation. At that point, the tables had turned substantially. To his surprise, it seems, the respondent was then placed under arrest, no longer free to leave, and was told that since he had no explanation for having set his girlfriend's car on fire, it was likely that he had a problem with fires, and that he was involved in all the others.

124 I wish to stress that the overall interrogation strategy was sound, and that although it relied on considerable deception on the part of the police, that in itself is neither illegal nor sufficient to vitiate the voluntary nature of a confession. The line is crossed, and was crossed here in my view, when improper inducements are put forward by persons in authority in an oppressive atmosphere, undermining the interrogated person's control over his mind and will.

125 Here, the police created an atmosphere of trust, and persuaded the respondent, at the outset, that they thought he was a "good guy", not a criminal, and that it was very unlikely that he was responsible for all the fires. This was not true, of course, but these representations did not violate the confessions rule. However, having left the respondent

sa participation aux incendies considérés collectivement. Cette façon de faire a donné aux policiers l'occasion de convaincre l'intimé qu'il avait pu échouer à l'examen en raison de sa participation à un seul incendie; possiblement le plus mineur — celui de la voiture de sa petite amie —, et que le fait d'admettre sa responsabilité à l'égard de cet incendie dissiperait leurs soupçons quant à la possibilité qu'il les ait tous allumés. Il est clair, à mon avis, que l'intimé s'est laissé convaincre que, ayant échoué à l'examen polygraphique, il ne cesserait pas d'être talonné par les policiers, qui étaient convaincus de sa culpabilité, tant qu'il n'avouerait pas ce que son organisme avait déjà révélé. À deux reprises avant la première confession, l'intimé a demandé ce qui arriverait s'il avouait avoir mis le feu à l'automobile de sa petite amie. Cette solution devenait clairement la plus intéressante à ses yeux.

Cet aveu devait à son tour déclencher l'étape suivante de l'interrogatoire. À ce moment-là, la situation avait considérablement changé. À son grand étonnement, semble-t-il, l'intimé a été mis en état d'arrestation, privé de son droit de quitter les lieux et s'est fait dire que, comme il n'avait aucune explication à donner concernant l'incendie de la voiture de sa petite amie, il était probable qu'il ait un problème de pyromanie et qu'il soit impliqué dans tous les autres incendies.

J'aimerais souligner que la stratégie globale de l'interrogatoire était valable et que, bien que les policiers aient eu abondamment recours au subterfuge, de telles manœuvres ne sont en soi ni illégales ni suffisantes pour vicier le caractère volontaire de l'aveu. La limite est franchie — et je suis d'avis qu'elle l'a été en l'espèce — lorsque des personnes en situation d'autorité donnent des incitations inacceptables dans une atmosphère oppressive, minant ainsi la maîtrise que possède la personne interrogée de son esprit et de sa volonté.

En l'espèce, les policiers ont créé une atmosphère de confiance et ont dès le départ persuadé l'intimé qu'ils estimaient qu'il était un «bon gars» et non un criminel, et qu'il était très peu probable qu'il soit responsable de tous les incendies. Tout cela était faux bien sûr, mais ces affirmations ne violaient pas la règle portant sur les confessions.

with no clear idea of the true nature — either scientific or legal — of the polygraph test, the police worked to persuade him that his continued denials were futile. With that in the background, they resorted to improper inducements which tipped the balance and served to convince the respondent to admit, first, that he set fire to his girlfriend's car and, later, that he was also responsible for the building fires.

IV. The Voluntariness of the Statements: Threats, Promises and Inducements

A. *Promise of Psychiatric Help*

The first impermissible inducement was introduced by Sergeant Taker who suggested that the respondent needed psychiatric help and that he and/or the police could help the respondent get it (A.R. at pp. 506-8):

Q. . . . And I'm thinking and hoping that it's only the car or the van or whatever the case may be, and it's not those buildings. If it is, what I'm saying to you is that I'd rather see you be truthful with me now about that than lie to me and have me think that you burned those friggig buildings. Because if you burned the buildings, we need to get you some help, Richard. If you set those buildings on fire, we need to get you some help. And I'm talking maybe seeing a psychiatrist, Richard.

. . . .

Q. . . . [W]hat I'm saying to you, if that's the problem, let's get it taken care of before someone gets hurt. Because it's something that you can't control if that's what the problem is. You can't control that.

A. I can't control my own life?

Q. No, if you're lighting fires, I'm saying, in those buildings . . . [you're] the person that's lighting those fires on the buildings maybe you better get some help, okay?

. . . .

Cependant, n'ayant pas donné à l'intimé d'explication claire quant à la véritable nature — scientifique ou juridique — de l'examen polygraphique, les policiers ont entrepris de le persuader de la futilité de ses dénégations incessantes. Sur cette toile de fond, les policiers ont eu recours à des incitations inacceptables qui ont joué un rôle déterminant et contribué à convaincre l'intimé d'avouer, dans un premier temps, qu'il avait mis le feu à la voiture de sa copine et, dans un deuxième temps, qu'il était également responsable des immeubles incendiés.

IV. Le caractère volontaire des déclarations: menaces, promesses et incitations

A. *Promesse d'assistance psychiatrique*

La première incitation inacceptable a été faite par le sergent Taker, qui a évoqué l'idée que l'intimé avait besoin d'assistance psychiatrique et que lui-même et/ou la police pourraient l'aider à y avoir accès (D.A., aux pp. 506 à 508):

[TRADUCTION]

Q. . . . Aussi, je pense et j'espère que c'est seulement la voiture ou la fourgonnette, ou peu importe ce que c'est, et qu'il ne s'agit pas de ces immeubles. Si c'est le cas, ce que je te dis, c'est que je préfère que tu sois honnête avec moi maintenant plutôt que j'en vienne à croire que tu as mis le feu à ces fichus immeubles. Parce que si tu as incendié ces immeubles, nous devons de te trouver de l'aide, Richard. Si tu as mis le feu à ces immeubles, nous devons te trouver de l'aide. Et je parle peut-être d'aller consulter un psychiatre, Richard . . .

. . . .

Q. . . . [C]e que je te dis, si c'est ça le problème, il vaut mieux le traiter avant que quelqu'un ne subisse un préjudice. Parce que c'est quelque chose que tu n'es pas capable de maîtriser, si c'est ça le problème. Tu ne peux pas maîtriser ça.

R. Je ne peux pas contrôler ma propre vie?

Q. Non, si tu as allumé ces incendies, je veux dire, dans ces immeubles [. . .], [tu es] la personne qui a mis le feu à ces immeubles, il vaudrait peut-être mieux que tu obtiennes de l'aide, d'accord?

. . . .

Now, if it's you that's lighting those buildings on fire, there's people to see that can help you out And if that's the case, Richard, let's deal with that because I've got — I'd be really concerned with that.

In the final hour of the interrogation, then being conducted by Constable Dale Bogle, this help theme assumed a dominant role, particularly in the seconds just prior to the second confession:

Q. This fire here, you can just take this car one, for instance. I mean there's areas we have to place things. Is it a sickness? Would it happen again? Okay. How many times before? What can we do to help you so it can be stopped? Okay. Do you understand?

. . . .

Q. We have to talk about what do we have to — Is it a sickness?

A. Um.

Q. Do we have to have you sent to a hospital for assessment sort of thing?

. . . .

Q. . . . Let's treat it as a problem. Okay. I can say, Look, you know, look guys, I need some help. I don't want to hurt anybody, property, you know, (inaudible) been a car

But if it's pyromania and you think you're suffering from it, for God's sakes, come on guys give me a hand here. Okay. [A.R. at pp. 608-16]

. . . .

Q. Okay. Let's deal with the problem, okay. That problem you've got to come out and say, Look, boys, you know, give me help, I don't know why I done it. Okay. [A.R. at p. 630]

. . . .

Q. All right. So with that don't you think you need some sort of help in dealing with this or —

Maintenant, si c'est toi qui a mis le feu à ces immeubles, il y a des gens qui sont là pour t'aider. [. . .] Et si c'est le cas, Richard, voyons-y parce que j'ai — je serais vraiment inquiet . . .

Durant la dernière heure de l'interrogatoire, qui était alors mené par l'agent Dale Bogle, le thème de l'assistance psychiatrique a pris une place prédominante, plus particulièrement dans les secondes qui ont précédé la seconde confession:

[TRADUCTION]

Q. Cet incendie-là, prends celui de la voiture, par exemple. Je veux dire, il y a certaines choses qu'il nous faut situer. Est-ce une maladie? Est-ce que ça va arriver encore? D'accord. Combien de fois déjà? Que pouvons-nous faire pour t'aider, pour que ça cesse? D'accord. Tu comprends?

. . . .

Q. Nous devons parler de ce que nous devons — Est-ce une maladie?

R. Hum.

Q. Devons-nous te faire envoyer à l'hôpital pour une sorte d'évaluation?

. . . .

Q. . . . Voyons-ça comme un problème. D'accord. Je peux dire: Écoutez les gars, vous savez, j'ai besoin d'aide. Je ne veux pas blesser quelqu'un, ni endommager des biens, vous savez (inaudible) été une voiture . . .

Mais si c'est de la pyromanie et que tu penses que tu souffres de ça, pour l'amour de Dieu, allez les gars, donnez-moi un coup de main. D'accord. [D.A., aux pp. 608 à 616]

. . . .

Q. D'accord. Attaquons-nous au problème, d'accord. Ce problème que tu as, tu dois te dire: Écoutez les gars, vous savez, aidez-moi, je ne sais pas pourquoi je l'ai fait. D'accord. [D.A., à la p. 630]

. . . .

Q. Bon. Alors, avec tout ça, tu penses pas que tu as besoin d'aide pour régler ça ou —

A. Someone to talk to, yeah, or maybe they can help me find out why. [A.R. at p. 638]

. . . .

Q. You're a good guy. I know you're a good guy.

A. I think I am. Yeah.

Q. Let us help you kind of deal with some of these things, okay?

. . . .

Q. All right. Let's not fabricate it anymore, okay. (Inaudible.) Let's do it. Okay. [I'm really happy?]. Take that load off your back, okay. Okay, Richard. Okay. Just — let's start a new chapter, okay. All right. Let us help you. [A.R. at pp. 642-44]

In the midst of this last statement by Constable Bogle, the respondent collapsed emotionally. Leaning forward, with his head in his hands, he began to sob, while Constable Bogle comforted him, patting and rubbing his shoulder. With some additional prompting and encouragement from Constable Bogle, the respondent confessed to the building fires and provided police with a written statement to this effect.

In my opinion, the promise of psychiatric help was improper. While it is true that the police did not explicitly tell the respondent that the only way he could get psychiatric help was if he confessed, this was the clear implication of what was said. In the circumstances here, I believe that the offer by the police to provide the respondent with psychiatric assistance if he confessed his involvement in the fires constituted an improper inducement which affected the voluntariness of his confession.

B. *Minimization*

The second improper inducement was introduced by Corporal Deveau, who replaced Sergeant Taker after the latter had interrogated the respondent for about an hour. Corporal Deveau had been sitting in an adjacent motel room listening to and recording the interrogation conducted by Sergeant

R. Quelqu'un à qui parler, ouais, ou peut-être quelqu'un qui peut m'aider à découvrir pourquoi. [D.A., à la p. 638]

. . . .

Q. Tu es un bon gars. Je sais que tu es un bon gars.

R. Je pense que oui. Ouais.

Q. Laisse-nous t'aider à essayer de régler quelques-uns de ces problèmes, d'accord?

. . . .

Q. Bon. Cessons d'inventer des histoires, d'accord? (Inaudible.) Allons-y. D'accord. [Je suis vraiment content?]. Enlève-toi un poids de sur les épaules, d'accord. D'accord, Richard. D'accord. Seulement —, tournons la page, d'accord. Bon. Laisse-nous t'aider. [D.A., aux pp. 642 à 644]

Au cours de cette dernière déclaration de l'agent Bogle, l'intimé s'est effondré au niveau émotionnel. Penché vers l'avant, la tête entre les mains, l'intimé s'est mis à pleurer, pendant que l'agent Bogle le réconfortait à l'aide de petites tapes et frictions sur l'épaule. Après d'autres invitations et encouragements de l'agent Bogle, l'intimé a avoué avoir incendié les immeubles et il a donné à la police une déclaration écrite à cet effet.

À mon avis, la promesse d'assistance psychiatrique était inappropriée. Bien qu'il soit vrai que les policiers n'ont pas dit expressément à l'intimé que la seule façon pour lui d'obtenir de l'assistance psychiatrique était de passer aux aveux, il n'en reste pas moins que c'était clairement ce qui était sous-entendu. Dans les circonstances de l'espèce, j'estime que l'offre des policiers de fournir à l'intimé de l'assistance psychiatrique s'il avouait sa participation aux incendies constitue une incitation inacceptable qui a porté atteinte au caractère volontaire de la confession de l'intimé.

127

B. *Minimisation*

La seconde incitation inacceptable a été faite par le caporal Deveau, qui a remplacé le sergent Taker après que celui-ci eut interrogé l'intimé pendant environ une heure. Jusque-là, le caporal Deveau était resté assis dans une chambre adjacente du motel, où il avait écouté et enregistré l'interroga-

128

Taker. After again emphasizing the certainty guaranteed by the results of the polygraph, the police officer downplayed the seriousness of the offences that were the subject of the interrogation, and in particular the seriousness of the car fire (A.R. at pp. 513-18):

Q. . . . You know why I feel for you? Because you're not a criminal. You're a good guy, Richard. You're a good guy, and these fires — they're not all that bad fires. They're old empty buildings in Waterville. They look like the shits. [A.R. at p. 513]

. . . .

But you know, if it's Claude Cook's store you're involved with — it's a piece of junk on the corner. It's an eyesore. That burned down the first time But let's assume you burned it down the third time. What is really wrong with that? Probably not a whole lot. That store was a piece of junk. It was already burned.

. . . .

So somebody burned it the third time. What have you hurt? Basically nothing, except that you set fire, that it went down. But if that's the case, you tell me. And the — was it burned down because it was an eyesore? [A.R. at p. 515]

. . . .

If it's just the motor vehicle — there's not, you know, there's not a whole lot in a motor vehicle fire. There's not a whole lot to hold into that but you got to tell me about that. If it's the old building, tell me about the old building. [A.R. at p. 518] [Emphasis added.]

129

After being interrogated by Corporal Deveau for 30 to 40 minutes, the respondent confessed to setting the fire in his girlfriend's car and provided the police with a statement. He was distraught at this time. He continued, however, to maintain his innocence in relation to the other fires. In the face of these denials, Corporal Deveau returned briefly to the "infallible polygraph" theme, this time specifically with reference to the building fires. He then placed the respondent under arrest and transported him to the New Minas Detachment. En route, the respondent was visibly upset and was observed by

toire mené par le sergent Taker. Après avoir insisté à nouveau sur le caractère certain des résultats du polygraphe, le policier a minimisé la gravité des infractions qui faisaient l'objet de l'interrogatoire, plus particulièrement la gravité de l'incendie de la voiture (D.A., aux pp. 513 à 518):

[TRADUCTION]

Q. . . . Tu sais pourquoi je m'en fais pour toi? Parce que tu n'es pas un criminel. Tu es un bon gars, Richard. Tu es un bon gars, et ces incendies — ce ne sont pas des incendies vraiment graves. Ce sont de vieux immeubles abandonnés à Waterville. Ils sont tout dégueulasses. [D.A., à la p. 513]

. . . .

Mais tu sais, si c'est le magasin de Claude Cook qui est en cause — c'est une bicoque dans le coin. C'est une horreur. Qui a brûlé pour la première fois [. . .] Mais supposons que tu l'as incendié la troisième fois. Qu'y a-t-il de mal à ça vraiment? Probablement pas grand chose. Ce magasin était une bicoque. Il était déjà brûlé.

. . . .

Alors quelqu'un l'a incendié la troisième fois. Qu'as-tu fait de mal? En réalité, rien, sauf y mettre le feu, et il a été détruit. Mais si c'est le cas, dis-le-moi. Et le — l'immeuble a-t-il été incendié parce que c'était une horreur? [D.A., à la p. 515]

. . . .

Si c'est seulement la voiture — il n'y a pas, tu sais, c'est pas grand chose, l'incendie d'une voiture. Il n'y a pas grand chose à ça, mais tu dois m'en parler. Si c'est le vieil immeuble, parle-moi du vieil immeuble. [D.A., à la p. 518] [Je souligne.]

Après avoir été interrogé par le caporal Deveau pendant 30 à 40 minutes, l'intimé a avoué avoir incendié la voiture de sa petite amie et il a fourni une déclaration aux policiers. Il était alors angoissé. Il a cependant continué à clamer son innocence quant aux autres incendies. Face à ces démentis, le caporal Deveau est revenu brièvement sur le thème de «l'infaillibilité du polygraphe», cette fois-ci en se référant précisément aux immeubles incendiés. Il a ensuite mis l'intimé en état d'arrestation et l'a transporté jusqu'au détachement de New Minas. En chemin, l'intimé était

Corporal Deveau to be crying. In the three-hour interrogation that followed the respondent's initial confession to having set fire to his girlfriend's car, the minimization theme crystallized. Corporal Deveau minimized the seriousness of the additional legal consequences that would flow from a confession to the building fires. He explicitly suggested that the fires could be "packaged" or "bundled", the clear implication being that the respondent would not be that much worse off by admitting to all the fires now that he had admitted to one:

Q. If you done the other ones this — or some of the other ones this is the time — this is the time to just get them off your chest. This is the perfect opportunity because of what you've already told us, okay. And everybody can see this, that it's — You didn't do one fire and then ten years down the road you did — this is a series of fires we've been having in Waterville. So we can look at it — we can look at it as a one-package type of thing. [A.R. at p. 552]

Q. [T]his is one in the bundle, we can all have — rope it together and it's not an isolated situation here . . . Richard. This is a big bundle. This is a big cancer here and you've chopped a bit of it off. But if there's more here this is the time to get rid of it because it's just — it can be dealt almost as one incident and people can understand that. [A.R. at p. 575]

Q. . . . And if you've got anything to do with it this is the time for you to tell us because like I said it's all — it's a big bundle there. It's altogether and we can look at it as almost as one incident. There's a number of incidents but it all happened in general — it's all happened in the same area . . . [A.R. at p. 577] [Emphasis added.]

Corporal Deveau persisted in minimizing the seriousness of the combined offences (A.R. at pp. 630 and 643-44):

visiblement bouleversé et le caporal Deveau l'a vu pleurer. Le thème de la minimisation s'est cristallisé au cours des trois heures d'interrogatoire qui ont suivi la confession initiale de l'intimé dans laquelle il reconnaissait avoir mis le feu à la voiture de sa petite amie. Le caporal Deveau a minimisé la gravité des conséquences juridiques additionnelles qui découleraient d'une confession concernant l'incendie des immeubles. Il a expressément suggéré que les incendies pourraient être considérés comme un «ensemble» ou un «tout», insinuant clairement que l'intimé n'empirerait pas beaucoup sa situation en avouant sa participation à tous les incendies, maintenant qu'il venait d'avouer sa participation à l'un d'eux:

[TRADUCTION] Si tu es responsable des autres, c'est — ou de certains des autres, c'est le temps — c'est le temps de soulager ta conscience. C'est l'occasion idéale de le faire, à cause de ce que tu nous as déjà dit, d'accord. Et tout le monde comprend cela, que c'est — Tu n'as pas allumé un incendie et puis dix ans après tu as — c'est toute une série d'incendies que nous avons eus à Waterville. De sorte que nous pouvons envisager cela — nous pouvons envisager cela comme un tout unique. [D.A., à la p. 552]

Q. [C]'est un incendie parmi un groupe, nous pouvons tous avoir — les regrouper et ce n'est pas une situation isolée là . . . Richard. C'est de tout un groupe d'incendies dont on parle. C'est d'un gros cancer et tu as réussi à en exciser une partie. Mais s'il y a autre chose, c'est le temps de vider ton sac parce que c'est simplement — ça peut être considéré presque comme un seul événement et les gens peuvent comprendre ça. [D.A., à la p. 575]

Q. . . . Et si tu as quelque chose à voir avec ça, c'est le temps pour toi de nous le dire, parce que comme je l'ai dit, c'est — c'est tout un groupe qu'on a là. Ils sont tous liés et nous pouvons les considérer presque comme un seul et même événement. Il y a un certain nombre d'événements, mais ils se sont tous produits généralement — ils se sont tous produits dans la même région . . . [D.A., à la p. 577] [Je souligne.]

Le caporal Deveau a continué à minimiser la gravité de l'ensemble des infractions (D.A., aux pp. 630, 643 et 644):

Q. . . . And you can help us in a big way (inaudible) ten, does not make a lot of difference.

. . . .

Q. . . . If we're talking one or if we're talking ten. You've climbed the first hurdle. You've done one good step. Okay. But you're dealing with it like you done all the way if it's one or if it's ten, it doesn't matter, okay You're a good man. Let's just deal with that. I know what you want, don't you?

A. Huh?

Q. You want to — don't turn back now. We're right here. Okay. We're there. Let's do it. Okay. I know all that. I've been at this for 17 years. Okay. (Inaudible) one or if it's 10 or it's 20. Okay.

A. Um. [Emphasis added.]

131 In short, it was suggested to the accused that it made no difference whether he had set one or ten fires and that if he confessed, the building fires could be bundled with the car fire. This was clearly improper.

C. *Threat to Interrogate the Respondent's Girlfriend*

132 Shortly after the respondent's initial confession, Corporal Deveau suggested to the respondent, for the first time, that confessing would be beneficial to his girlfriend (A.R. at p. 574):

Q. You know, this whole thing is — we might even ask Tanya if she would take a polygraph on this because we don't know where she stands, okay. [Emphasis added.]

This theme was pressed repeatedly. Specifically, the police officer was explicit that the respondent could spare his girlfriend the unpleasant experience of being polygraphed and interrogated if he would simply “come clean” (A.R. at pp. 603-4):

[TRANSDUCTION]

Q. . . . Et tu peux nous aider beaucoup (inaudible) . . . dix, ça ne change pas grand chose.

. . . .

Q. Si nous parlons d'un seul ou si nous parlons de dix. Tu as franchi le premier obstacle. Tu as fait un grand pas. D'accord. Mais tu en parles encore comme tu le fais depuis le début, si c'est un ou si c'est dix, ça n'a pas d'importance, d'accord [. . .] Tu es un bon gars. Occupons-nous seulement de ça. Je sais ce que tu veux, tu le sais toi ce que tu veux?

R. Hein?

Q. Tu veux — ne retourne pas en arrière maintenant. Nous sommes ici. D'accord. On est rendu ici. Allons-y. D'accord. Je sais tout ça. Je fais ça depuis 17 ans. D'accord. (Inaudible) un ou si c'est 10 ou si c'est 20. D'accord.

R. Hum. [Je souligne.]

Bref, on a laissé entendre à l'accusé qu'il n'y avait aucune différence entre le fait d'allumer un incendie ou dix, et que s'il avouait, les incendies des immeubles pourraient être regroupés avec celui de la voiture. Cette suggestion était clairement inappropriée.

C. *Menace d'interroger la petite amie de l'intimé*

Peu après la confession initiale de l'intimé, le caporal Deveau a, pour la première fois, laissé entendre à l'intimé que le fait pour lui de passer aux aveux serait avantageux pour sa petite amie (D.A., à la p. 574):

[TRANSDUCTION]

Q. Tu sais, toute cette affaire est — nous pourrions même demander à Tanya si elle accepterait de subir un examen polygraphique sur cette question puisque nous ignorons quelle est sa position, o.k. [Je souligne.]

Ce thème a été développé à plusieurs reprises. Plus particulièrement, le policier a explicitement indiqué à l'intimé que s'il décidait simplement de «vider son sac», il pourrait éviter à sa petite amie la désagréable expérience d'avoir à subir l'examen polygraphique et l'interrogatoire (D.A., aux pp. 603 et 604):

Q. Do you realize the other reason is that we — that you've got to come clean with everything with us is for Tanya.

A. Um.

Q. We don't want to put Tanya through any — I mean she's going to be going through enough trying to — we don't want to — and I'm sure you don't want her to get — to go through half of what you went through today. It's no fun.

A. No, no.

Q. It won't be any fun for her. But in order for her to — in order for us to be one hundred percent we have to do it. So if there's anything that you can tell us that can put her — that we say, okay, we don't need you, Tanya, we have it here, you know, and we have some stuff. But we're not convinced on everything else. So don't put Tanya through that if there's something you can tell me, okay.

A. About what?

Q. About anything — about any of the other fires or anything else at all. About your vehicle fire. There is something that you — [Emphasis added.]

It is apparent that it was known to the police that Tanya Kilcup was within the respondent's "close circle": see *R. v. Middleton* (1974), 59 Cr. App. R. 18 (C.A.), at p. 21. Earlier, referring to the respondent's confession to setting fire to her car, Corporal Deveau had said (A.R. at p. 548):

Q. You've got a good girlfriend who you probably love very much.

A. (Nods "yes".)

Q. Going to get married soon and — but this is not the end of — this is not the end. This is going to probably put you back a few pegs but it's not unsurmountable. Okay.

The police were also clearly aware that the respondent was already concerned about the implications of his earlier confession for his relationship

[TRADUCTION]

Q. Es-tu conscient du fait que l'autre raison est que nous — que tu dois vider ton sac devant nous pour Tanya.

R. Hum.

Q. Nous ne voulons pas faire subir à Tanya — je veux dire qu'elle devra déjà passer au travers de tant de choses pour tenter de — nous ne voulons pas — et je suis convaincu que tu ne veux pas qu'elle — qu'elle subisse la moitié de ce que tu as vécu aujourd'hui. Ce n'est pas amusant.

R. Non, non.

Q. Ça n'aura rien de plaisant pour elle. Mais pour qu'elle — pour que nous soyons absolument certains, nous devons le faire. Donc si tu peux nous dire quoi que ce soit qui puisse l'aider — pour que nous puissions lui dire, o.k., nous n'avons pas besoin de toi, Tanya, nous avons ce qu'il nous faut ici, tu sais, nous avons quelque chose. Mais nous ne sommes pas convaincus de tout le reste. Ne fais donc pas subir cela à Tanya si tu peux nous dire quoi que ce soit, o.k.

R. À propos de quoi?

Q. À propos de n'importe quoi — à propos des autres incendies ou de n'importe quoi d'autre. À propos de la voiture que tu as incendiée. Il y a quelque chose que tu — [Je souligne.]

Il est manifeste que les policiers savaient que Tanya Kilcup faisait partie du [TRADUCTION] «cercle des proches» de l'intimé: voir *R. c. Middleton* (1974), 59 Cr. App. R. 18 (C.A.), à la p. 21. Plus tôt, se référant à la confession de l'intimé concernant l'incendie de la voiture de M^{me} Kilcup, le caporal Deveau a dit (D.A., à la p. 548):

[TRADUCTION]

Q. Tu as une bonne petite amie que tu aimes probablement beaucoup.

R. (Fait «oui» de la tête.)

Q. Le mariage est pour bientôt et — mais ce n'est pas la fin de — ce n'est pas la fin. Cela te fera probablement baisser un peu dans son estime, mais ce n'est pas insurmountable. D'accord.

En outre, les policiers savaient clairement que l'intimé était déjà préoccupé par les conséquences de sa première confession sur sa relation avec

with Ms. Kilcup. Consider the following exchange (A.R. at p. 555):

Q. . . . You're going to have to live with your girlfriend. And I think that —

A. Maybe. She might leave me.

Q. Well.

A. I can't say for sure she's not going to leave.

Q. No, but if there's love there things are going to work out

135

Still more important, in providing a plain indication that the respondent wanted to avoid entangling his girlfriend with the police, are the respondent's concerned reaction to the suggestion that she might be considered a suspect, despite his earlier, firm denial that Ms. Kilcup had any involvement in or knowledge of the car fire, see A.R. at p. 533, and his insistence that if she had any part to play it was limited to one of alibi:

Q. Okay. We're going to have — on these things that you've told me, okay, so we're going to have to check everything out, okay. So somebody is on the way up to talk with Tanya. Tanya has got to be spoken to, okay Looking at the situation we, you know, we don't know what Tanya — if she knows anything or if she doesn't. You have said she doesn't know anything. We're going to have to confirm that, okay What is Tanya going to say?

A. Probably it's over.

Q. Well, just —

A. I don't know. She's not going to be impressed.

Q. Yeah. I'm sure she can — you two can probably work things out. Huh?

A. If she talks to me.

Q. I'm sure she'll talk to you

A. More mad than anything probably. [A.R. at pp. 570-71]

. . . .

M^{me} Kilcup, comme en témoigne la conversation suivante (D.A., à la p. 555):

[TRADUCTION]

Q. . . . Tu vas devoir vivre avec ta petite amie. Et je pense que —

R. Peut-être. Elle pourrait bien me quitter.

Q. Eh bien.

R. Je ne peux dire avec certitude qu'elle ne me quittera pas.

Q. Non, mais quand on s'aime, les choses s'arrangent

La réaction alarmée de l'intimé à la suggestion que sa petite amie pourrait être considérée comme un suspect, malgré le fait qu'il ait fermement nié, plus tôt, que M^{me} Kilcup soit impliquée de quelque façon dans l'incendie de la voiture ou qu'elle ait su quelque chose à cet égard, voir D.A., à la p. 533, et ses protestations que, si elle avait quelque chose à voir dans cette affaire, c'était seulement en tant qu'alibi — sont des faits encore plus importants en ce que qu'ils indiquent clairement que l'intimé voulait éviter que sa copine ait affaire à la police:

[TRADUCTION]

Q. D'accord. Nous allons devoir — les choses que tu m'as dévoilées, d'accord, alors nous allons devoir vérifier tout ça, d'accord. Alors quelqu'un est parti pour aller discuter avec Tanya. Nous devons parler à Tanya, d'accord [. . .] Étant donné la situation, nous, tu sais, nous ne savons pas ce que Tanya — si elle sait quelque chose ou non. Tu as dit qu'elle ne savait rien. Nous allons devoir confirmer tout ça, d'accord [. . .] Qu'est-ce que Tanya va dire?

R. Probablement que c'est fini.

Q. Eh bien, fais simplement —

R. Je ne sais pas. Elle ne sera pas impressionnée.

Q. Ouais. Je suis sûr qu'elle peut — vous pouvez probablement arranger les choses entre vous. Hein?

R. Si elle me parle.

Q. Je suis sûr qu'elle te parlera

R. Elle sera probablement plus en colère qu'autre chose. [D.A., aux pp. 570 et 571]

. . . .

A. She's not involved in her car, and neither one of us are involved in the buildings. Well, if she does (inaudible), I can't tell you. I highly doubt it.

Q. Yeah, I would doubt it too. And her car, she has no knowledge at all? You never talked to her about that or anything?

A. All she knew is verify where I was.

Q. Uh-hum. Well, we'll check that out. [A.R. at p. 604]

. . .

Q. . . . I mean that's got — from a law enforcement perspective, you know, was it you and her? Just you? Just whoever? Okay?

A. Just me.

Q. Okay. I mean we have to go and — we asked Cst. Taker to talk to Tanya, okay. (Inaudible).

A. But I didn't tell her.

Q. What?

A. I didn't tell her.

Q. Yeah.

A. Totally by myself. [A.R. at p. 611]

The respondent's concern to protect his girlfriend was known to the police and they used it to induce him to confess. Corporal Deveau indicated that the police would have to consider her a suspect and that they would have to polygraph and interrogate her if the respondent's confession was not forthcoming. Following the first confession, Corporal Deveau explored with the respondent the possibility that the car was set on fire in order to collect the insurance. It was her car. The threat to interrogate Ms. Kilcup remained effective throughout the post-test interview because, as Corporal Deveau had made clear to the respondent, the police did not intend to polygraph and interrogate Ms. Kilcup that very evening. The clear suggestion was that the respondent could spare her his predicament by admitting his sole involvement in all the fires. In my view, the relationship between the respondent and Ms. Kilcup was such that the

R. Elle n'est pas impliquée dans l'incendie de sa voiture, et aucun de nous deux n'est impliqué dans l'incendie des immeubles. Eh bien, si effectivement elle (inaudible), je n'en sais rien. J'en doute fortement.

Q. Ouais, j'en doute moi aussi. Et sa voiture, elle ne savait absolument rien. Tu ne lui as jamais parlé de ça ou de quoi que soit d'autre?

R. Tout ce qu'elle peut dire, c'est confirmer où j'étais.

Q. Hum-hum. Eh bien, nous allons vérifier tout ça. [D.A., à la p. 604]

. . .

Q. . . . Je veux dire, il faut que — du point de vue de la police, tu sais, est-ce que c'était toi et elle? Juste toi? Juste qui? D'accord?

R. Juste moi.

Q. D'accord. Je veux dire, nous devons partir et — nous avons demandé au sergent Taker de parler avec Tanya, d'accord. (Inaudible)

R. Mais je ne lui ai rien dit.

Q. Quoi?

R. Je ne lui ai rien dit.

Q. Ouais.

R. C'est moi et moi seul. [D.A., à la p. 611]

Les policiers savaient que l'intimé était soucieux de protéger sa petite amie et ils ont utilisé cette situation pour l'inciter à passer aux aveux. Le caporal Deveau a indiqué que les policiers allaient être obligés de considérer M^{me} Kilcup comme un suspect et qu'ils allaient devoir lui faire subir un examen polygraphique et l'interroger si l'intimé ne faisait pas bientôt une confession. Après la première confession, le caporal Deveau a exploré avec l'intimé la possibilité que l'automobile ait été incendiée en vue de recueillir le produit de l'assurance. C'était la voiture de M^{me} Kilcup. La menace d'interroger M^{me} Kilcup est demeurée réelle tout au long de l'entrevue post-examen car, comme l'avait clairement indiqué à l'intimé le caporal Deveau, les policiers n'avaient pas l'intention de soumettre M^{me} Kilcup à l'examen polygraphique et de l'interroger ce soir-là. L'insinuation était claire, l'intimé pouvait épargner à sa petite amie la

threats to implicate her placed impermissible pressure on the respondent to confess.

situation difficile qu'il vivait en avouant que lui seul était impliqué dans tous les incendies. À mon avis, la relation entre l'intimé et M^{me} Kilcup était telle que les menaces de la mêler à cette affaire ont exercé une pression inacceptable sur l'intimé pour qu'il fasse une confession.

137

In sum, it is my opinion that the foregoing representations constituted threats, promises and inducements, within the meaning of the confessions rule and, when combined with the prevalent ambiguity concerning just what was and was not admissible in court against the respondent, as well as the oppressive atmosphere created by the “infallible” polygraph test, they are sufficient to raise a reasonable doubt as to voluntariness of the respondent’s confessions, first, to the car fire, and, later, to the rest. The combination of the lies and misrepresentations, which are not impermissible, with the inducements, which are, in my view caused the respondent to make involuntary admissions. The few instances in which he appeared to reject the representations made to him by the police officers were little more than desperate bravado and vain attempts to delay what he seemed to view as the inevitable fact that he would have to confess. The following excerpts are indicative of the respondent’s state of mind:

En définitive, je suis d’avis que les affirmations que nous venons d’examiner constituent des menaces, des promesses et des incitations au sens de la règle portant sur les confessions et que, conjuguées à l’ambiguïté qui régnait relativement à ce qui était admissible ou non en cour contre l’intimé ainsi qu’à l’atmosphère oppressive créée par l’«infaillibilité» de l’examen polygraphique, elles sont suffisantes pour soulever un doute raisonnable quant au caractère volontaire de la confession initiale de l’intimé concernant l’incendie de la voiture et de sa confession ultérieure concernant les autres infractions. L’effet conjugué des affirmations trompeuses et des mensonges qui ne sont pas interdits en soi d’une part, et des encouragements qui le sont d’autre part a à mon avis poussé l’intimé à faire des aveux non volontaires. Les quelques occasions où l’intimé a semblé rejeter les suggestions des policiers n’étaient rien d’autre que des bravades désespérées et de vaines tentatives afin de retarder ce qu’il semblait considérer comme inévitable, c’est-à-dire le fait qu’il devrait passer aux aveux. Les extraits suivants illustrent bien l’état d’esprit de l’intimé:

[TRADUCTION]

Q. . . . You’re sitting there, Richard, and denying is not going to help this problem. I can tell you right now. It’s only going —

Q. . . . Tu es là, Richard, et le nier ne régler pas le problème. Je peux te le dire maintenant. Ça va seulement —

A. All I’m supposed to say, yeah, I did this, this, and this, and —

R. Tout ce que je suis censé dire, c’est ouais, j’ai fait ça, ça et ça, et —

Q. No.

Q. Non.

A. — whether I did it or not and —

R. — que je l’aie fait ou non et

Q. No, no, no.

Q. Non, non, non.

A. — it doesn’t matter.

R. — peu importe.

Q. No, that’s not right. That’s not right What I’m saying to you, something here that you’ve told me today is not truthful. I’m not saying all this is not truthful. I’m saying something on this piece of paper that you’ve told

Q. Non, ce n’est pas ça. Ce n’est pas ça [. . .] Ce que je te dis, c’est que quelque chose que tu m’as dit aujourd’hui est faux. Je ne dis pas que tout cela n’est pas vrai. Je te dis que quelque chose sur ce morceau de papier,

me here today isn't — you haven't been truthful with me. [A.R. at p. 483]

A. Uh-huh. You'll tell (inaudible) that I failed it and —

Q. And these are the questions I asked.

A. And they'll go off to wherever they want to go and away they go.

Q. Basically — right now that's all I know.

A. So in other words, I'm screwed.

Q. No. What I'm saying to you — I think sometimes you're missing what I'm saying, Richard. Just because you lit a car fire, doesn't mean that you're going to go to jail for the rest of your life. It definitely does not mean that. Right?

A. I didn't think it would.

Q. Well, you're thinking some awful strong things here. You know —

A. No, I'm thinking that unless I say okay, I did the car or whatever —

Q. Yeah.

A. Bruno [Deveau] will be at my door until they can prove it. [A.R. at p. 502] [Emphasis added.]

V. Other Basis for Exclusion: Fair Trial Considerations

Polygraph evidence is inadmissible in a criminal trial. See *R. v. Béland*, [1987] 2 S.C.R. 398, at p. 416; see also *Phillion v. The Queen*, [1978] 1 S.C.R. 18. As the polygraph evidence was tendered by the defence in *Béland*, the majority of the Court excluded it on the basis of several well-established rules of evidence (i.e., the rule against oath-helping, the rule against past consistent statements and the rule relating to character evidence, at p. 417). More importantly, however, for the purpose of this appeal, the majority also rested its decision to exclude the polygraph evidence on the policy of law which dictates that, as a general rule, credibility is a matter solely for the trier of fact (see *R. v. Marquard*, [1993] 4 S.C.R. 223, at p. 248; *R. v. Mohan*, [1994] 2 S.C.R. 9, at p. 23);

que tu m'as dit ici aujourd'hui, n'est pas — tu n'as pas été honnête avec moi. [D.A., à la p. 483]

R. Oh non. Tu vas dire (inaudible) que je ne l'ai pas réussi et —

Q. Et ce sont les questions que j'ai posées.

R. Et elles partiront où elles voudront, et les voilà parties.

Q. Essentiellement — pour l'instant c'est tout ce que je sais.

R. Alors autrement dit je suis cuit.

Q. Non. Ce que je te dis — je pense que parfois tu ne saisis pas ce que je dis, Richard. Simplement parce que tu as mis le feu à la voiture, ça ne signifie pas que tu vas passer le reste de ta vie en prison. Ça ne veut absolument pas dire cela. Exact?

R. Je ne le pensais pas non plus.

Q. Eh bien, tu penses à des choses terriblement sérieuses, là. Tu sais —

R. Non, je pense que si je ne dis pas d'accord, j'ai incendié la voiture ou peu importe —.

Q. Ouais.

R. Bruno [Deveau] me talonnera jusqu'à ce qu'on puisse le prouver. [D.A., à la p. 502] [Je souligne.]

V. Autres raisons d'écarter la preuve: considérations touchant l'équité du procès

Les éléments de preuve obtenus par polygraphe ne sont pas admissibles dans un procès criminel. Voir *R. c. Béland*, [1987] 2 R.C.S. 398, à la p. 416; voir également *Phillion c. La Reine*, [1978] 1 R.C.S. 18. Dans l'arrêt *Béland*, étant donné que la preuve obtenue par polygraphe avait été présentée par la défense, la Cour à la majorité l'a exclue en se fondant sur plusieurs règles de preuve bien établies (à savoir la règle interdisant les témoignages justificatifs («*oath-helping*»), la règle interdisant la production de déclarations antérieures compatibles et la règle relative à la preuve de moralité, à la p. 417). Toutefois, il est particulièrement important, pour les fins du présent pourvoi, de souligner que les juges majoritaires ont également fondé leur décision d'écarter la preuve obtenue par poly-

and on an assessment of the unacceptable cost, in relation to the fairness and efficiency of the trial process, of admitting polygraph evidence (see *Mohan, supra*, at p. 21). In this regard, McIntyre J. for the majority wrote (at pp. 415-18):

Here, the sole issue upon which the polygraph evidence is adduced is the credibility of the accused, an issue well within the experience of judges and juries and one in which no expert evidence is required. It is a basic tenet of our legal system that judges and juries are capable of assessing credibility and reliability of evidence

[I]t is my view that the admission of polygraph evidence will serve no purpose which is not already served. It will disrupt proceedings, cause delays, and lead to numerous complications which will result in no greater degree of certainty in the process than that which already exists.

What would be served by the introduction of evidence of polygraph readings into the judicial process? To begin with, it must be remembered that however scientific it may be, its use in court depends on the human intervention of the operator. Whatever results are recorded by the polygraph instrument, their nature and significance reach the trier of fact through the mouth of the operator. Human fallibility is therefore present as before, but now it may be said to be fortified with the mystique of science. Then, it may be asked, what does it do? It provides evidence on the issue of credibility of a witness. This has always been a collateral issue and one to be decided by the trier of fact.

139

The admission into evidence of a confession, given in circumstances where it is intimately linked to a “failed” polygraph test, as it was in this case, is wholly inconsistent with the holding of this Court in *Béland* and the principles and policy that inform it. Further, it is my opinion that it severely,

grape sur la règle de droit selon laquelle la crédibilité est, de façon générale, une question qu’il appartient uniquement au juge des faits de trancher (voir *R. c. Marquard*, [1993] 4 R.C.S. 223, à la p. 248; *R. c. Mohan*, [1994] 2 R.C.S. 9, à la p. 23), et sur la question des coûts inacceptables, sur le plan de l’équité et de l’efficacité du procès, de l’admission de preuves obtenues par polygraphe (voir *Mohan*, précité, à la p. 21). À cet égard, le juge McIntyre, s’exprimant pour la majorité, a écrit ceci (aux pp. 415 à 418):

En l’espèce la seule question relativement à laquelle on présente une preuve obtenue par détecteurs de mensonges est celle de la crédibilité des accusés, question qui relève clairement de l’expérience de juges et de jurys et à l’égard de laquelle aucune preuve d’expert n’est nécessaire. L’un des principes fondamentaux de notre système juridique porte que les juges et les jurys sont compétents pour déterminer la crédibilité et la fiabilité d’une preuve. . .

[J]’estime que l’admission d’une preuve obtenue par détecteurs de mensonges ne servira aucune fin qui n’est pas déjà servie. De plus, elle perturbera les procédures, occasionnera des retards et créera de nombreuses complications, sans pour autant apporter au processus plus de certitude qu’on en trouve à présent.

À quoi servirait-il d’introduire à titre de preuve dans le processus judiciaire des résultats de tests par détecteurs de mensonges? En premier lieu, il faut se rappeler que toute scientifique que puisse être cette preuve, son utilisation devant le tribunal dépend d’une intervention humaine, celle de l’expert en détecteurs de mensonges. Quels que soient les résultats enregistrés par le détecteur de mensonges, c’est par la bouche de l’expert que leur nature et leur sens sont communiqués au juge des faits. La faillibilité humaine est par conséquent toujours présente, mais on peut dire que maintenant elle est renforcée par la mystique de la science. On peut se demander alors à quoi cela sert-il? Il fournit une preuve sur la question de la crédibilité d’un témoin, ce qui n’a jamais été autre chose qu’une question incidente à trancher par le juge des faits.

L’admission en preuve d’une confession, faite dans des circonstances où elle est intimement liée à un examen polygraphique «échoué», comme c’est le cas en l’espèce, est tout à fait incompatible avec la décision de notre Cour dans l’arrêt *Béland*, précité, et avec les principes et la règle qui la sous-

and unjustifiably, prejudices an accused's fair trial interests.

Where, as here, the accused's confession is intertwined with a "failed" polygraph test, he is presented with an impossible dilemma at trial. See *R. v. Amyot* (1990), 58 C.C.C. (3d) 312 (Que. C.A.), at p. 325; see also *R. v. L.E.W.*, [1996] O.J. No. 753 (QL) (Gen. Div.), at para. 26. On the one hand, if the accused wishes to repudiate his confession, as he is entitled to do, he must be able to inform the trier of fact of all of the circumstances in which the confession was made. See *DeClercq v. The Queen*, [1968] S.C.R. 902, at p. 921; *L.E.W.*, *supra*, at para. 21; J. Sopinka, S. N. Lederman and A. W. Bryant, *The Law of Evidence in Canada* (2nd ed. 1999), at §§ 8.83-8.84. As indicated by the Court of Appeal, in the case at bar this would include: "all of the circumstances leading up to the taking of the test, the examination itself, the manner in which the failure of the test was conveyed, as well as the subsequent interrogation": *R. v. Oickle* (1998), 164 N.S.R. (2d) 342 (C.A.), at para. 50. The trier of fact cannot otherwise properly appreciate whether the confession may be untrue and accept the accused's repudiation of his out-of-court statement. See *L.E.W.*, *supra*, at para. 26; see also Sopinka, Lederman and Bryant, *supra*, at § 8.84 (quoting *R. v. Murray*, [1951] 1 K.B. 391, at p. 393); *R. v. Charrette*, [1994] O.J. No. 2509 (QL) (Gen. Div.), at para. 28; *R. v. Whalen*, [1999] O.J. No. 3488 (QL) (C.J.), at para. 26.

A confession has often been referred to as "the highest and most satisfactory proof of guilt": *Bigaouette v. The King* (1926), 46 C.C.C. 311 (Que. K.B.), at p. 320 (quoting *R. v. Lambe* (1791), 2 Leach 552, 168 E.R. 379); see also *R. v. Hodgson*, [1998] 2 S.C.R. 449, at paras. 14 and 17; *DeClercq, supra*, at p. 922; *R. v. Warickshall* (1783), 1 Leach 263, 168 E.R. 234, at p. 235; *R. v. Hardy* (1794), 24 St. Tr. 199, at pp. 1093-94; *R. v. Baldry* (1852), 2 Den. 430, 169 E.R. 568, at p. 574; *R. v. Guidice*, [1964] W.A.R. 128 (Ct. Crim. App.), at p. 130; *Wigmore on Evidence*

tendent. En outre, je suis d'avis que cela porte une atteinte grave et injustifiée au droit de l'accusé à un procès équitable.

Dans le cas où, comme ici, la confession de l'accusé est associée à un «échec» à un examen polygraphique, l'accusé fait face à un dilemme impossible au procès. Voir *R. c. Amyot*, [1991] R.J.Q. 954 (C.A. Qué.), à la p. 963; voir également *R. c. L.E.W.*, [1996] O.J. No. 753 (QL) (Div. gén.), au par. 26. D'une part, si l'accusé désire désavouer sa confession, comme il est en droit de le faire, il doit être en mesure d'informer le juge des faits de toutes les circonstances dans lesquelles la confession a été faite. Voir *DeClercq c. The Queen*, [1968] R.C.S. 902, à la p. 921; *L.E.W.*, précité, au par. 21; J. Sopinka, S. N. Lederman et A. W. Bryant, *The Law of Evidence in Canada* (2^e éd. 1999), aux §§ 8.83-8.84. Comme l'a indiqué la Cour d'appel, cela signifierait, en l'espèce: [TRADUCTION] «toutes les circonstances qui ont mené à l'administration de l'examen, l'examen lui-même, la manière dont l'échec à l'examen a été communiqué, de même que l'interrogatoire qui a suivi»: *R. c. Oickle* (1998), 164 N.S.R. (2d) 342 (C.A.), au par. 50. Autrement le juge des faits ne pourrait évaluer adéquatement la possibilité que la confession ne soit pas véridique et accepter le retrait par l'accusé de sa déclaration extrajudiciaire. Voir *L.E.W.*, précité, au par. 26; voir également Sopinka, Lederman et Bryant, *op. cit.*, au § 8.84 (où l'on cite *R. c. Murray*, [1951] 1 K.B. 391, à la p. 393); *R. c. Charrette*, [1994] O.J. No. 2509 (QL) (Div. gén.), au par. 28; *R. c. Whalen*, [1999] O.J. No. 3488 (QL) (C.J.), au par. 26.

On a souvent dit de la confession qu'elle est [TRADUCTION] «la preuve de culpabilité la plus forte et la plus convaincante»: *Bigaouette c. The King* (1926), 46 C.C.C. 311 (B.R. Qué.), à la p. 320 (citant *R. c. Lambe* (1791), 2 Leach 552, 168 E.R. 379); voir également *R. c. Hodgson*, [1998] 2 R.C.S. 449, aux par. 14 et 17; *DeClercq, supra*, à la p. 922; *R. c. Warickshall* (1783), 1 Leach 263, 168 E.R. 234, à la p. 235; *R. c. Hardy* (1794), 24 St. Tr. 199, aux pp. 1093 et 1094; *R. c. Baldry* (1852), 2 Den. 430, 169 E.R. 568, à la p. 574; *R. c. Guidice*, [1964] W.A.R. 128

140

141

(Chadbourne rev. 1970), vol. 3, §§ 820b-820c, at pp. 301-6. As Wigmore explains, § 820b, at p. 303, this is because

[t]he confession of a crime is usually as much against a man's permanent interests as anything well can be; . . . no innocent man can be supposed ordinarily to be willing to risk life, liberty, or property by a false confession. Assuming the confession as an undoubted fact, it carries a persuasion which nothing else does, because a fundamental instinct of human nature teaches each one of us its significance.

Where, as here, the confession has been recorded, there can be little doubt that it was made. The only remaining issue for the jury is whether it is reliable as proof of guilt. It is because of its "conclusive effect with respect to guilt" that the criminal standard of proof beyond a reasonable doubt is applied to the question of voluntariness, whereas proof on a balance of probabilities is the relevant standard with respect to the admissibility of evidence generally. See *R. v. Egger*, [1993] 2 S.C.R. 451, at p. 474; Sopinka, Lederman and Bryant, *supra*, at § 8.87. Given the overwhelming weight that jurors are likely to attribute to confessions, as a simple matter of human intuition, and, relatedly, given the skepticism and suspicion with which they will normally approach the proposition that a person may, absent torture, falsely confess to a serious crime, it must be open to the accused to exhaustively explain any inducements or "discrediting circumstances", Wigmore, *supra*, at § 820c, at p. 306, which may cast doubt on its truthfulness.

142

Where, as here, the confession and the polygraph are so intimately linked, the accused will unavoidably have to reveal having failed the polygraph if he wishes to cast doubt on the truthfulness of his confession. This, in my opinion, comes at too high a cost to the accused's fair trial interests. The accused is placed in a position where he cannot, as is his right, seek to repudiate his out-of-court confession without effectually being forced to adduce highly prejudicial evidence that the

(Ct. Crim. App.), à la p. 130; *Wigmore on Evidence* (Chadbourne rev. 1970), vol. 3, §§ 820b-820c, aux pp. 301 à 306. Comme l'explique Wigmore, § 820b, à la p. 303, cela est dû au fait que

[TRADUCTION] [e]n règle générale, rien n'est davantage contraire aux intérêts permanents d'une personne que la confession d'un crime; [. . .] il est normalement impossible d'imaginer qu'une personne innocente puisse être disposée à risquer sa vie, sa liberté ou ses biens en faisant une fausse confession. À supposer que la confession soit un fait incontestable, elle emporte une force de persuasion qu'on ne trouve nulle part ailleurs, parce qu'un trait fondamental de la nature humaine nous enseigne sa signification.

Dans les cas où, comme en l'espèce, la confession a été enregistrée, il y a peu de doute qu'elle a été faite. La seule question que le jury doit alors trancher est de savoir si elle constitue une preuve fiable de culpabilité. C'est en raison de son «effet concluant relativement à la culpabilité» que la norme de preuve hors de tout doute raisonnable du droit criminel est appliquée à la question du caractère volontaire, alors que la preuve par prépondérance des probabilités est la norme pertinente quant à l'admissibilité de la preuve en général. Voir *R. c. Egger*, [1993] 2 R.C.S. 451, à la p. 474; Sopinka, Lederman et Bryant, *op. cit.*, au § 8.87. Vu le poids énorme que les jurés risquent d'accorder aux confessions, par simple intuition, et, au surplus, vu le scepticisme et la méfiance qu'ils manifesteront normalement envers l'idée qu'une personne puisse, en l'absence de torture, confesser faussement un crime grave, il doit être possible à l'accusé d'expliquer en détail les incitations ou [TRADUCTION] «circonstances suspectes» qui pourraient jeter un doute sur la véracité de sa confession, Wigmore, *op. cit.*, au § 820c, à la p. 306.

Lorsque, comme c'est le cas en l'espèce, l'aveu et l'examen polygraphique sont aussi étroitement liés, l'accusé devra inévitablement révéler qu'il a échoué à l'examen s'il veut mettre en doute la véracité de sa confession. À mon avis, cela crée un trop grand risque pour le droit de l'accusé à un procès équitable. Ce dernier est placé dans une situation où il ne peut tenter, comme il en a pourtant le droit, de désavouer sa confession extrajudiciaire sans être contraint, dans les faits, de produire

Crown could not tender, and that will appear to bolster, rather than impeach, the reliability of his confession. See *R. v. Thorne* (1988), 41 C.C.C. (3d) 344 (N.S.S.C., App. Div.), at p. 353; cf. *R. v. McIntosh* (1999), 141 C.C.C. (3d) 97 (Ont. C.A.), at para. 70. It is difficult to imagine a more devastating, self-inflicted blow to the accused's credibility, led through useless, unreliable and therefore prejudicial evidence. The accused is, in effect, forced to incriminate himself by introducing an otherwise inadmissible piece of evidence that cannot help but strengthen what is often, as here, the sole evidence against him.

In *Béland, supra*, the majority relied, in part, on the danger that polygraph evidence will be misused and will distort the fact-finding process as a ground for barring it from the courtroom. See *Béland, supra*, at pp. 417-18; see also *Mohan, supra*, at p. 21. La Forest J. (concurring in the result) expressed this concern in terms of "human fallibility in assessing the proper weight to be given to evidence cloaked under the mystique of science": *Béland, supra*, at p. 434. Like some similar fact evidence, polygraph evidence is likely to generate a perception of reality which wholly overreaches the mark.

While "[t]he possibility that evidence will overwhelm the jury and distract them from their task can often be offset by proper instructions" as to the limited use to which the evidence can be put, *Mohan, supra*, at p. 24, I cannot accept that this is so where, as here, the "expert" evidence, though not admitted for that purpose, goes directly to the credibility of the accused and, purportedly as an admission of guilt, to the ultimate issue for the jury to decide. See *Thorne, supra*; cf. *McIntosh, supra*, at paras. 68-70. To paraphrase the majority in *Marquard, supra*, at p. 248, the questions of credibility and guilt or innocence are difficult ones and polygraph evidence, cloaked as it is in the mystique of science, may be all too readily accepted by

un élément de preuve hautement préjudiciable, que le ministère public ne pourrait lui-même introduire, et qui semblera renforcer plutôt que diminuer la fiabilité de sa confession. Voir *R. c. Thorne* (1988), 41 C.C.C. (3d) 344 (C.S.N.-É., Div. app.), à la p. 353; cf. *R. c. McIntosh* (1999), 141 C.C.C. (3d) 97 (C.A. Ont.), au par. 70. Il est difficile d'imaginer une atteinte plus dévastatrice, que l'accusé portera lui-même à sa propre crédibilité en produisant un élément de preuve inutile, peu fiable et par conséquent préjudiciable. En effet, l'accusé est forcé de s'incriminer en introduisant un élément de preuve qui serait autrement inadmissible et qui ne peut manquer de renforcer ce qui, bien souvent, comme c'est le cas en l'espèce, est la seule preuve dont on dispose contre lui.

Dans l'arrêt *Béland*, précité, les juges de la majorité se sont fondés en partie sur le risque que la preuve obtenue par polygraphe soit utilisée à mauvais escient et fausse le processus d'enquête pour interdire l'utilisation de cette preuve devant les tribunaux. Voir *Béland*, précité, aux pp. 417 et 418; voir également *Mohan*, précité, à la p. 21. Dans *Béland*, précité, à la p. 434, le juge La Forest (souscrivant au résultat) a exprimé cette préoccupation comme le problème de «la faillibilité humaine dans l'évaluation du poids à donner à la preuve empreinte de la mystique de la science». Tout comme certaines preuves de faits similaires, la preuve obtenue par polygraphe risque de créer une perception tout à fait exagérée de la réalité.

Bien que «[l]a possibilité que la preuve ait un impact excessif sur le jury et le détourne de ses tâches [puisse] souvent être contrecarrée par des directives appropriées» relativement à l'utilisation limitée qui peut être faite de la preuve, *Mohan*, précité, à la p. 24, je ne peux accepter que ce soit le cas lorsque, comme en l'espèce, la preuve d'«expert» — quoiqu'elle n'ait pas été admise à cette fin — se rapporte directement à la crédibilité de l'accusé, ainsi que, se voulant un aveu de culpabilité, à la question fondamentale que le jury doit trancher. Voir *Thorne*, précité; cf. *McIntosh*, précité, aux par. 68 à 70. Pour paraphraser les juges majoritaires dans l'arrêt *Marquard*, précité, à la p. 248, la question de la crédibilité et celle de la

143

144

a frustrated or uncertain jury, in abdication of its duty to determine credibility and render a true verdict, as a convenient basis upon which to resolve its difficulties.

culpabilité ou de l'innocence sont complexes et la preuve obtenue par polygraphe, entourée comme elle l'est de la mystique de la science, pourrait être acceptée beaucoup trop facilement par un jury frustré ou incertain comme un moyen pratique de résoudre ses difficultés, tout en abdiquant sa responsabilité de statuer sur la crédibilité et de rendre un verdict juste.

145 On the other hand, the alternative open to the accused, namely to deny the veracity of his confession without the benefit of informing the trier of fact of all the circumstances in which it was made, is equally problematic. In this case, for instance, no amount of editing could realistically remove the constant references, during the six-hour interrogation, to the respondent's failed polygraph test. Moreover, there would be no basis upon which to understand why he would have confessed falsely without the polygraph test as the trigger.

En revanche, l'autre solution qui s'offre à l'accusé, c'est-à-dire nier la véracité de sa confession sans informer le juge des faits de toutes les circonstances dans lesquelles elle a été faite, pose tout autant problème. En l'espèce, par exemple, il serait irréaliste de penser pouvoir supprimer les références constantes qui ont été faites, au cours des six heures qu'a duré l'interrogatoire, à l'échec de l'intimé à l'examen polygraphique. En outre, rien ne permettrait de comprendre ce qui aurait pu mener l'intimé à faire une fausse confession en l'absence de l'élément déclencheur qu'a constitué l'examen polygraphique.

146 I see the "failed" polygraph test as distinct from other inadmissible evidence and from other highly incriminating evidence, such as DNA. If an accused confesses after having been confronted with incriminating DNA evidence, there is no unfairness in the accused having to relate the circumstances under which the confession was made, including having to refer to the DNA evidence itself. Unlike evidence of a "failed" polygraph test, DNA evidence is not as such inadmissible in a criminal trial. See *R. v. Terceira* (1998), 123 C.C.C. (3d) 1 (Ont. C.A.), aff'd [1999] 3 S.C.R. 866. In the DNA scenario the accused will merely be referring to evidence that may well be fully before the trier of fact in any event. In such a case, he lends little, if any, additional credibility or weight to his confession. In contrast, where an accused is forced to adduce "failed" polygraph evidence, he is effectively introducing a piece of evidence which will serve to bolster and confirm the probative value and credibility of his confession. I do not have to decide on the legality of deliberately using inadmissible evidence to secure a confession in all cases. Suffice it to say, for present purposes, that a "failed" polygraph test is likely to

Je considère que l'«échec» à l'examen polygraphique se distingue des autres éléments de preuve inadmissibles et des autres éléments de preuve hautement compromettants, telle la preuve génétique (ADN). Si un accusé fait une confession après avoir été confronté à une preuve génétique qui l'incrimine, il n'est pas injuste que l'accusé ait à relater les circonstances dans lesquelles la confession a été faite, y compris en se référant à la preuve génétique elle-même. Contrairement à la preuve relative à l'«échec» à l'examen polygraphique, la preuve génétique n'est pas inadmissible comme telle dans un procès criminel. Voir *R. c. Terceira* (1998), 123 C.C.C. (3d) 1 (C.A. Ont.), conf. par [1999] 3 R.C.S. 866. Dans le cas de la preuve génétique, l'accusé ne fera que se référer à une preuve qui peut fort bien être devant le juge des faits de toute façon. Ainsi, l'accusé n'ajoute que peu, sinon pas du tout, de crédibilité ou de poids additionnels à sa confession. Par contre, lorsque l'accusé se voit forcé de présenter la preuve relative à l'«échec» à l'examen polygraphique, il introduit en fait un élément de preuve qui contribuera à renforcer et à confirmer la valeur probante et la crédibilité de sa confession. Je n'ai pas à sta-

be perceived as simply a confession by another name. Given the unparalleled weight attributed to confessions, I believe that the prejudicial effect that flows from an accused's reference to his "failed" polygraph test is overwhelming.

In my view, therefore, confessions should be excluded where the accused, because of the intimate causal and temporal connection between a "failed polygraph" and a subsequent confession, is unable to demonstrate fully the impact of the circumstances surrounding its making without inevitably introducing the polygraph evidence (e.g., the fact of the test, the fact that the accused "failed" the test, the representations made to him, etc.). In this light, I agree that if the police [TRANSLATION] "are to persist in having recourse to this investigation technique, . . . the administration of the [polygraph] test [must] be kept completely separate from the questioning process that may result in the obtaining of a confession": *Amyot, supra*, at p. 325, *per Proulx J.A.*; see also *R. v. Nugent* (1988), 84 N.S.R. (2d) 191 (S.C., App. Div.), at pp. 212-13.

In the case at bar, the respondent's statements were inextricably linked to his "failure" of the polygraph test. Crown counsel made this clear on the *voir dire*. He stated (A.R. at p. 60):

. . . the result is obviously no evidence of anything. It is no evidence of the truthfulness or lack of truthfulness of anything Mr. Oickle said clearly but it is, it is part of the scenario. It was because of the perceived result of the polygraph test that other things happened. It will be absolutely impossible for Your Honour to, to examine all of the communication between Mr. Oickle and the police without hearing, practically all of this is audio taped and video taped. It would be impossible for Your Honour to hear it without **hearing over and over and**

tuer sur la légalité générale de l'utilisation délibérée d'éléments de preuve inadmissibles en vue d'obtenir une confession. Il suffit de dire, pour les fins du présent pourvoi, qu'un examen polygraphique «échoué» risque d'être perçu tout simplement comme une confession sous un autre nom. Vu le poids exceptionnel qui est attribué aux confessions, je suis d'avis que l'effet préjudiciable de la mention par un accusé de son «échec» à l'examen polygraphique est énorme.

Par conséquent, j'estime qu'une confession devrait être écartée dans les cas où l'accusé n'est pas en mesure de démontrer pleinement, en raison de la proximité dans le temps et du lien de causalité étroit qui existent entre l'«examen polygraphique échoué» et la confession subséquente, l'incidence des circonstances entourant la confession sans introduire inévitablement la preuve obtenue par polygraphe (par exemple l'existence de l'examen lui-même, le fait que l'accusé ait «échoué» à l'examen et les déclarations qu'on lui a faites). Dans ce contexte, je suis d'accord que si la police «persiste à recourir à cette technique d'enquête, [. . .] l'administration du test [polygraphique] [d]oit [être] complètement séparée de la procédure d'interrogatoire qui peut mener à l'obtention d'aveux»: *Amyot*, précité, à la p. 963, le juge Proulx; voir *R. c. Nugent* (1988), 84 N.S.R. (2d) 191 (C.S., Div. app.), aux pp. 212 et 213.

Dans le présent pourvoi, les déclarations de l'intimé étaient inextricablement liées à son «échec» à l'examen polygraphique. Le substitut du procureur général l'a clairement indiqué au cours du *voir dire*, lorsqu'il a déclaré ce qui suit (D.A., à la p. 60):

[TRANSLATION] Il est évident que le résultat ne prouve rien. Il ne prouve pas la véracité ou de l'absence de véracité de ce que M. Oickle a dit, clairement, mais ça fait partie du contexte. C'est en raison de l'impression créée par le résultat de l'examen polygraphique que d'autres choses se sont passées. Il sera absolument impossible pour votre Honneur d'examiner tous les échanges entre M. Oickle et les policiers sans entendre, pratiquement toute la conversation est enregistrée sur bandes audio et vidéo. Il vous sera impossible votre

147

148

over again references to the polygraph results. [Bold and underlining added.]

Honneur de l'écouter sans **entendre les références incessantes aux résultats de l'examen polygraphique.** [Soulignement et caractères gras ajoutés.]

149 The record clearly supports Crown counsel's position. The audio-tape recording of the interrogation leading up to the first confession is replete with references to the fact that respondent had not been truthful, that his heart had confessed his involvement and that his denials were futile. The "failed" test is therefore absolutely integral to a proper appreciation of the voluntariness, for *voir dire* purposes, or the veracity, for trial purposes, of the first confession. The same is true with respect to the second confession. Although there are only a limited number of references to the "failed" polygraph test after the first confession, it remained a critical element of the context and circumstances of the second confession. It powerfully enhanced the force and effect of the conventional inducements held out by the police by undermining the respondent's will.

Le dossier étaye clairement la thèse avancée par le substitut du procureur général. L'enregistrement audio de l'interrogatoire qui a mené à la première confession est truffé de mentions indiquant que l'intimé n'avait pas dit la vérité, que son cœur avait confessé sa participation et que ses démentis étaient vains. L'examen «échoué» est par conséquent crucial pour évaluer adéquatement soit le caractère volontaire de la première confession, dans le cadre du voir dire, soit la véracité de celle-ci, dans le cadre du procès. La même remarque vaut pour la seconde confession. Quoiqu'il n'y ait eu qu'un nombre restreint de mentions de l'«échec» à l'examen polygraphique après la première confession, ces mentions sont demeurées un élément crucial du contexte et des circonstances entourant la seconde confession. En minant la volonté de l'intimé, elles ont considérablement augmenté la force et l'effet des incitations usuelles auxquelles ont eu recours les policiers.

VI. Conclusion and Disposition

VI. Conclusion et dispositif

150 In my opinion, the respondent's statements should be excluded on a dual basis: first, the statements were obtained as a result of fear of prejudice or hope of advantage held out by persons in authority. At the very least, the trial judge had to have a reasonable doubt about the application of the classic voluntariness rule. Second, I would also find the statements inadmissible on the basis that the manner in which they were obtained by the police places the respondent in the unfair position of having to lead prejudicial, unreliable and inadmissible evidence against himself in order to impeach the veracity of the statements obtained.

À mon avis, les déclarations de l'intimé devraient être écartées pour deux motifs. Premièrement, elles ont été obtenues par crainte d'un préjudice ou dans l'espoir d'un avantage dispensés ou promis par des personnes en situation d'autorité. Le juge du procès aurait à tout le moins dû avoir un doute raisonnable quant à l'application de la règle classique du caractère volontaire. Deuxièmement, j'écarterais également les déclarations pour le motif que la manière dont elles ont été obtenues par les policiers place l'intimé dans une situation injuste, savoir qu'il doit produire un élément de preuve préjudiciable, peu fiable et inadmissible pour mettre en doute la véracité des déclarations obtenues.

151 Having found that the respondent's statements were involuntary and must be excluded, I agree with the Court of Appeal that "[t]he re-enactment was a continuation of the earlier statements"

Ayant conclu que les déclarations de l'intimé sont involontaires et qu'elles doivent être écartées, je souscris à l'opinion de la Cour d'appel que [TRADUCTION] «[l]a reconstitution était la conti-

(para. 154) and was, therefore, also improperly admitted by MacDonald Prov. Ct. J.

For these reasons I would dismiss the appeal, set aside the convictions and enter acquittals on all counts.

Appeal allowed, ARBOUR J. dissenting.

Solicitor for the appellant: The Attorney General of Nova Scotia, Halifax.

Solicitor for the respondent: The Nova Scotia Legal Aid, Sydney.

Solicitor for the intervener the Attorney General for Ontario: The Ministry of the Attorney General, Toronto.

Solicitors for the intervener the Criminal Lawyers' Association (Ontario): Sack Goldblatt Mitchell, Toronto.

nuité des déclarations antérieures» (par. 154) et qu'elle a donc elle aussi été admise à tort par le juge MacDonald de la Cour provinciale.

Pour ces motifs, je rejeterais le pourvoi, j'annulerais les déclarations de culpabilité et j'inscrirais un acquittement à l'égard de chaque chef d'accusation.

Pourvoi accueilli, le juge ARBOUR est dissidente.

Procureur de l'appelante: Le procureur général de la Nouvelle-Écosse, Halifax.

Procureur de l'intimé: La Nova Scotia Legal Aid, Sydney.

Procureur de l'intervenant le procureur général de l'Ontario: Le ministère du Procureur général, Toronto.

Procureurs de l'intervenante la Criminal Lawyers' Association (Ontario): Sack Goldblatt Mitchell, Toronto.