

Her Majesty The Queen *Appellant*

v.

Alain Béland and Bruce Phillips *Respondents*

INDEXED AS: R. V. BÉLAND

File No.: 18856.

1987: March 31; 1987: October 15.

Present: Dickson C.J. and Beetz, McIntyre, Lamer, Wilson, Le Dain and La Forest JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR QUEBEC

Evidence — Polygraph evidence — Exclusionary rules — Accused denying participation in conspiracy to commit robbery — Motion by accused to take a polygraph examination and submit results in evidence refused — Whether such evidence admissible.

Criminal law — Powers of the Court of Appeal — Court of Appeal ordering the reopening of the trial — Whether the Court of Appeal had jurisdiction to make such an order under s. 613(2) of the Criminal Code.

The respondents were charged with conspiracy to commit a robbery. At trial, one of their accomplices gave evidence for the Crown which directly implicated the respondents. In their testimony, the respondents asserted that the evidence of the Crown's witness was false and denied any participation in the alleged conspiracy. After completion of the evidence at trial, the respondents made an application to reopen their defence in order to permit each of them to take a polygraph examination and submit the results in evidence. The trial judge denied the motion, holding that the results of such an examination were inadmissible, and respondents were convicted. A majority of the Court of Appeal allowed their appeal from conviction, granted an order reopening the trial and directing that the results of the polygraph examination be submitted to the trial judge for a ruling as to their admissibility. This appeal is to determine whether evidence of the results of a polygraph examination is admissible in light of the particular facts of this case.

Held (Lamer and Wilson JJ. dissenting on the merits): The appeal should be allowed.

Per Dickson C.J. and Beetz, McIntyre and Le Dain JJ.: The results of a polygraph examination are not admissible as evidence. The polygraph has no place in the judicial process where it is employed as a tool to

Sa Majesté La Reine *Appelante*

c.

Alain Béland et Bruce Phillips *Intimés*

a

RÉPERTORIÉ: R. C. BÉLAND

N° du greffe: 18856.

1987: 31 mars; 1987: 15 octobre.

b

Présents: Le juge en chef Dickson et les juges Beetz, McIntyre, Lamer, Wilson, Le Dain et La Forest.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DU QUÉBEC

c

Preuve — Preuve obtenue par détecteurs de mensonges — Règles d'exclusion — Accusés niant avoir participé à un complot en vue de commettre un vol qualifié — Rejet de la requête des accusés qui demandaient à passer un test par détecteur de mensonges et à produire les résultats en preuve — Une telle preuve est-elle admissible?

d

Droit criminel — Pouvoirs de la Cour d'appel — Cour d'appel ordonnant la réouverture du procès — La Cour d'appel avait-elle compétence pour rendre cette ordonnance en vertu de l'art. 613(2) du Code criminel?

e

Les intimés ont été accusés de complot en vue de commettre un vol qualifié. Au procès, un de leurs complices, devenu témoin à charge, a impliqué directement les intimés dans sa déposition. Dans leurs témoignages, les intimés ont opposé un démenti à cette déposition et ont nié leur participation au prétendu complot. À la clôture de l'instruction, les intimés ont présenté une demande en réouverture de leur défense pour pouvoir subir chacun un test par détecteur de mensonges dont les résultats seraient produits en preuve. Le juge du procès, ayant conclu à l'inadmissibilité des résultats d'un tel test, a rejeté la requête et les intimés ont été déclarés coupables. La Cour d'appel à la majorité a accueilli leur appel contre cette déclaration de culpabilité et a rendu une ordonnance portant réouverture de l'instruction et exigeant que les résultats du test soient présentés au juge du procès pour qu'il statue sur leur admissibilité. Le pourvoi vise à déterminer si une preuve formée des résultats d'un test par détecteur de mensonges est admissible compte tenu des faits particuliers de l'espèce.

i

Arrêt (les juges Lamer et Wilson sont dissidents sur le fond): Le pourvoi est accueilli.

j

Le juge en chef Dickson et les juges Beetz, McIntyre et Le Dain: Les résultats d'un test par détecteur de mensonges ne sont pas admissibles en preuve. Le détecteur de mensonges n'a pas de place dans le processus

determine or to test the credibility of witnesses. The admission of such evidence would offend well established rules of evidence, in particular, the rule against oath-helping, which prohibits a party from presenting evidence solely for the purpose of bolstering a witness' credibility, the rule against the admission of past or out-of-court statements by a witness and the character evidence rule. The polygraph evidence is also inadmissible as expert evidence. The issue of credibility is an issue well within the experience of judges and juries and one in which no expert evidence is required.

Further, the admission of polygraph evidence will serve no purpose which is not already served. Such admission will disrupt proceedings, will open the trial process to the time-consuming and confusing consideration of collateral issues and will deflect the focus of the proceedings from the fundamental issue of guilt or innocence. It will also lead to numerous complications which will result in no greater degree of certainty in the process than that which already exists. The results recorded by the polygraph instrument, their nature and significance will reach the trier of fact through the mouth of the operator. Human fallibility will thus still be present, but now fortified with the mystique of science.

Per La Forest J.: There are two compelling factors for the exclusion of polygraph evidence in judiciary proceedings: human fallibility in assessing the proper weight to be given to the evidence cloaked under the mystique of science, and the inadvisability of expending time on collateral issues.

Per Lamer and Wilson JJ. (dissenting on the merits): Polygraph evidence goes directly to the issue of an accused's credibility and should have been admitted in this case. The Crown attacked the respondents' credibility by alleging that they were lying under oath while the informer was telling the truth. The central issue was whom to believe: the informer or the respondents. There was no other evidence implicating the respondents in the alleged conspiracy. It would be unjust, in these circumstances, to prevent the respondents from calling any evidence of probative value indicating that they were telling the truth. This was their defence to the charge and they should have been allowed to make it under s. 577(3) of the *Code*.

judiciaire dans la mesure où l'on s'en sert pour déterminer ou vérifier la crédibilité de témoins. L'admission d'une telle preuve irait à l'encontre de règles de preuve bien établies, notamment la règle qui s'oppose aux témoignages justificatifs, suivant laquelle une partie ne saurait produire une preuve destinée uniquement à confirmer la crédibilité d'un témoin, la règle qui interdit l'admission de déclarations antérieures ou extrajudiciaires d'un témoin et la règle relative à la preuve de moralité. La preuve obtenue par détecteurs de mensonges est également inadmissible en tant que preuve d'expert. La question de la crédibilité relève clairement de l'expérience des juges et des jurys et aucune preuve d'expert n'est nécessaire à cet égard.

De plus, l'admission d'une preuve obtenue par détecteurs de mensonges ne servira aucune fin qui n'est pas déjà servie. Son admission perturbera les procédures et entraînera des procès consacrés à une étude de questions incidentes qui prendra beaucoup de temps, sèmera la confusion et fera dévier les procédures de l'examen de la question fondamentale de la culpabilité ou de l'innocence. Cela créera en outre de nombreuses complications, sans pour autant apporter au processus plus de certitude qu'on en trouve à présent. Les résultats enregistrés par le détecteur de mensonges, leur nature et leur signification seront communiqués au juge des faits par la bouche de l'opérateur. La faillibilité humaine sera par conséquent toujours présente, avec ceci de différent que maintenant elle sera renforcée par la mystique de la science.

Le juge La Forest: Les deux facteurs qui militent impérieusement en faveur de l'exclusion des procédures judiciaires de toute preuve obtenue par détecteurs de mensonges sont la faillibilité humaine dans la détermination du poids qu'il convient d'attribuer à une preuve empreinte de la mystique de la science et l'inopportunité de s'attarder à l'examen de questions incidentes.

Les juges Lamer et Wilson (dissidents sur le fond): La preuve obtenue par détecteurs de mensonges se rapporte directement à la question de la crédibilité de l'accusé et devrait être admise en l'espèce. Le ministère public a attaqué la crédibilité des intimés en alléguant qu'ils se parjuraient alors que l'indicateur disait la vérité. La question centrale est qui faut-il croire: l'indicateur ou les intimés. Il n'y avait aucun autre élément de preuve impliquant les intimés dans le prétendu complot. Il serait injuste, dans les circonstances, d'empêcher les intimés de présenter tout élément de preuve ayant une valeur probante qui tend à indiquer qu'ils disaient la vérité. C'était là le moyen de défense qu'ils opposaient à l'accusation portée contre eux et on aurait dû leur permettre de le présenter en vertu du par. 577(3) du *Code*.

The rule that the Crown will not be allowed to adduce evidence solely to bolster the credibility of its witnesses should not be extended to an accused where the Crown's whole case is based on the accused's lack of credibility.

The polygraph evidence was clearly relevant and did not fall within any of the other exclusionary rules advanced by the Crown. The case of *Phillion v. The Queen*, [1978] 1 S.C.R. 18, was clearly distinguishable.

The appeal should be allowed, however, and a new trial ordered. The Court of Appeal had no jurisdiction under s. 613(2) of the *Criminal Code* to order that the original trial be reopened.

Cases Cited

By McIntyre J.

Followed: *Phillion v. The Queen*, [1978] 1 S.C.R. 18; **considered:** *R. v. Kyselka* (1962), 133 C.C.C. 103; *R. v. Clarke* (1981), 63 C.C.C. (2d) 224; **referred to:** *R. v. Burkart*; *R. v. Sawatsky*, [1965] 3 C.C.C. 210; *R. v. Martin* (1980), 53 C.C.C. (2d) 425; *R. v. Turner*, [1975] 1 All E.R. 70; *Jones v. South-Eastern and Chatham Railway* (1917), 87 L.J.K.B. 775; *R. v. Campbell* (1977), 38 C.C.C. (2d) 6; *R. v. Hardy* (1794), 24 St. Tr. 199; *R. v. Barbour*, [1938] S.C.R. 465; *R. v. Close* (1982), 68 C.C.C. (2d) 105; *R. v. McFadden* (1981), 65 C.C.C. (2d) 9; *R. v. McNamara (No. 1)* (1981), 56 C.C.C. (2d) 193; *R. v. Abbey*, [1982] 2 S.C.R. 24; *Davie v. Magistrates of Edinburgh*, [1953] S.C. 34.

By Wilson J. (dissenting on the merits)

Phillion v. The Queen, [1978] 1 S.C.R. 18, aff'g (1974), 20 C.C.C. (2d) 191, aff'g (1972), 10 C.C.C. (2d) 562; *Lowery v. The Queen*, [1974] A.C. 85; *R. v. Miller* (1952), 36 Cr. App. R. 169; *R. v. Wickham* (1971), 55 Cr. App. R. 199; *R. v. Cook* (1960), 127 C.C.C. 287; *R. v. Martin* (1980), 53 C.C.C. (2d) 425; *R. v. Wong (No. 2)* (1976), 33 C.C.C. (2d) 511, rev'd (1978), 41 C.C.C. (2d) 196; *R. v. Kyselka* (1962), 133 C.C.C. 103; *R. v. Burkart*; *R. v. Sawatsky*, [1965] 3 C.C.C. 210; *R. v. Clarke* (1981), 63 C.C.C. (2d) 224; *R. v. Turner*, [1975] 1 All E.R. 70; *R. v. Nelson*, [1982] Qd. R. 636; *City of Saint John v. Irving Oil Co.*, [1966] S.C.R. 581; *R. v. Lupien*, [1970] S.C.R. 263; *Frye v. United States*, 293 F. 1013 (1923).

Statutes and Regulations Cited

Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, ss. 577(3), 613(2), 621(1)(a).

La règle selon laquelle le ministère public ne saurait produire des éléments de preuve à seule fin d'étayer la crédibilité de ses propres témoins ne devrait pas être élargie à un accusé lorsque l'ensemble de la preuve à charge repose sur le manque de crédibilité de l'accusé.

La preuve par détecteurs de mensonges est clairement pertinente et ne relève pas des autres règles d'exclusion avancée par le ministère public. On peut clairement faire une distinction d'avec l'arrêt *Phillion c. La Reine*, b [1978] 1 R.C.S. 18.

Toutefois le pourvoi doit être accueilli et un nouveau procès ordonné. La Cour d'appel n'avait pas compétence en vertu du par. 613(2) du *Code criminel* pour ordonner la réouverture du procès original.

Jurisprudence

Citée par le juge McIntyre

Arrêt suivi: *Phillion c. La Reine*, [1978] 1 R.C.S. 18; **arrêts examinés:** *R. v. Kyselka* (1962), 133 C.C.C. 103; *R. v. Clarke* (1981), 63 C.C.C. (2d) 224; **arrêts mentionnés:** *R. v. Burkart*; *R. v. Sawatsky*, [1965] 3 C.C.C. 210; *R. v. Martin* (1980), 53 C.C.C. (2d) 425; *R. v. Turner*, [1975] 1 All E.R. 70; *Jones v. South-Eastern and Chatham Railway* (1917), 87 L.J.K.B. 775; *R. v. Campbell* (1977), 38 C.C.C. (2d) 6; *R. v. Hardy* (1794), 24 St. Tr. 199; *R. v. Barbour*, [1938] R.C.S. 465; *R. v. Close* (1982), 68 C.C.C. (2d) 105; *R. v. McFadden* (1981), 65 C.C.C. (2d) 9; *R. v. McNamara (No. 1)* (1981), 56 C.C.C. (2d) 193; *R. c. Abbey*, [1982] 2 R.C.S. 24; *Davie v. Magistrates of Edinburgh*, [1953] S.C. 34.

Citée par le juge Wilson (dissidente sur le fond)

Phillion c. La Reine, [1978] 1 R.C.S. 18, conf. (1974), 20 C.C.C. (2d) 191, conf. (1972), 10 C.C.C. (2d) 562; *Lowery v. The Queen*, [1974] A.C. 85; *R. v. Miller* (1952), 36 Cr. App. R. 169; *R. v. Wickham* (1971), 55 Cr. App. R. 199; *R. v. Cook* (1960), 127 C.C.C. 287; *R. v. Martin* (1980), 53 C.C.C. (2d) 425; *R. v. Wong (No. 2)* (1976), 33 C.C.C. (2d) 511, inf. (1978), 41 C.C.C. (2d) 196; *R. v. Kyselka* (1962), 133 C.C.C. 103; *R. v. Burkart*; *R. v. Sawatsky*, [1965] 3 C.C.C. 210; *R. v. Clarke* (1981), 63 C.C.C. (2d) 224; *R. v. Turner*, [1975] 1 All E.R. 70; *R. v. Nelson*, [1982] Qd. R. 636; *City of Saint John v. Irving Oil Co.*, [1966] R.C.S. 581; *R. c. Lupien*, [1970] R.C.S. 263; *Frye v. United States*, 293 F. 1013 (1923).

Lois et règlements cités

Code criminel, S.R.C. 1970, chap. C-34, art. 577(3), 613(2), 621(1)(a).

Authors Cited

- Abbell, Michael. "Polygraph Evidence: The Case Against Admissibility in Federal Criminal Trials" (1977), 15 *Am. Crim. L. Rev.* 29.
- Cross, Sir Rupert. *Cross on Evidence*, 6th ed. By Sir Rupert Cross and Colin Tapper. London: Butterworths, 1985.
- Cross, Sir Rupert. *Evidence*, 5th ed. London: Butterworths, 1979.
- Elliott, D. W. "Lie-Detector Evidence: Lessons from the American Experience". In *Well and Truly Tried*. Edited by Enid Campbell and Louis Waller. Sydney, Australia: Law Book, 1982.
- Holdsworth, Sir William Searle. *A History of English Law*, vol. 1, 7th ed. Edited by A. L. Goodhart and H. G. Hanbury. London: Methuen, 1956.
- McCormick, Mark. "Scientific Evidence: Defining a New Approach to Admissibility" (1982), 67 *Iowa L. Rev.* 879.
- McWilliams, Peter K. *Canadian Criminal Evidence*, 2nd ed. Aurora, Ont.: Canada Law Book, 1984.
- Phipson, Sidney Lovell. *Phipson on Evidence*, 13th ed. By John Huxley Buzzard, Richard May and M. N. Howard. London: Sweet & Maxwell, 1982.
- Schiff, Stanley A. *Evidence in the Litigation Process*, vol. 1, 2nd ed. Toronto: Carswells, 1983.
- Walsh, William Francis. *Outlines of the History of English and American Law*. New York: New York University Press, 1926.
- Wigmore, John Henry. *Evidence in Trials at Common Law*, vol. 4. Revised by James H. Chadbourn. Toronto: Little, Brown & Co., 1972.

APPEAL from a judgment of the Quebec Court of Appeal, [1984] C.A. 443, 15 D.L.R. (4th) 89, 16 C.C.C. (3d) 462, 40 C.R. (3d) 193, allowing the appeal of the accused from their conviction for conspiracy to commit robbery contrary to s. 423 of the *Criminal Code*. Appeal allowed, Lamer and Wilson J.J. dissenting on the merits.

Jean-François Dionne and *François Landry*, for the appellant.

Vincent Rose and *Joseph Elfassy*, for the respondent Béland.

The judgment of Dickson C.J. and Beetz, McIntyre and Le Dain J.J. was delivered by

MCINTYRE J.—This appeal involves the question of the admissibility in evidence in a criminal

Doctrines citées

- Abbell, Michael. «Polygraph Evidence: The Case Against Admissibility in Federal Criminal Trials» (1977), 15 *Am. Crim. L. Rev.* 29.
- ^a Cross, Sir Rupert. *Cross on Evidence*, 6th ed. By Sir Rupert Cross and Colin Tapper. London: Butterworths, 1985.
- Cross, Sir Rupert. *Evidence*, 5th ed. London: Butterworths, 1979.
- ^b Elliott, D. W. «Lie-Detector Evidence: Lessons from the American Experience». In *Well and Truly Tried*. Edited by Enid Campbell and Louis Waller. Sydney, Australia: Law Book, 1982.
- Holdsworth, Sir William Searle. *A History of English Law*, vol. 1, 7th ed. Edited by A. L. Goodhart and H. G. Hanbury. London: Methuen, 1956.
- ^c McCormick, Mark. «Scientific Evidence: Defining a New Approach to Admissibility» (1982), 67 *Iowa L. Rev.* 879.
- McWilliams, Peter K. *Canadian Criminal Evidence*, 2nd ed. Aurora, Ont.: Canada Law Book, 1984.
- ^d Phipson, Sidney Lovell. *Phipson on Evidence*, 13th ed. By John Huxley Buzzard, Richard May and M. N. Howard. London: Sweet & Maxwell, 1982.
- Schiff, Stanley A. *Evidence in the Litigation Process*, vol. 1, 2nd ed. Toronto: Carswells, 1983.
- ^e Walsh, William Francis. *Outlines of the History of English and American Law*. New York: New York University Press, 1926.
- Wigmore, John Henry. *Evidence in Trials at Common Law*, vol. 4. Revised by James H. Chadbourn. Toronto: Little, Brown & Co., 1972.
- ^f

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel du Québec, [1984] C.A. 443, 15 D.L.R. (4th) 89, 16 C.C.C. (3d) 462, 40 C.R. (3d) 193, qui a accueilli l'appel interjeté par les accusés contre leur déclaration de culpabilité d'avoir comploté en vue de commettre un vol qualifié contrairement à l'art. 423 du *Code criminel*. Pourvoi accueilli, les juges Lamer et Wilson sont dissidents sur le fond.

Jean-François Dionne et *François Landry*, pour l'appelante.

Vincent Rose et *Joseph Elfassy*, pour l'intimé Béland.

Version française du jugement du juge en chef Dickson et des juges Beetz, McIntyre et Le Dain rendu par

^j LE JUGE MCINTYRE—La question en l'espèce est de savoir si les résultats d'un test par détecteur

trial of the results of a polygraph examination of an accused person.

The respondents, Béland and Phillips, were charged with conspiracy to commit a robbery. The Crown led evidence to the effect that the respondents had conspired with one Grenier and one Filippone to rob an armoured truck. No robbery took place because Grenier disclosed the conspiracy to the police. He later gave evidence for the Crown and his testimony was the only evidence which directly implicated the respondents in the conspiracy. The respondents gave evidence on their own behalf, denying any participation in the conspiracy and saying that the evidence of Grenier was false. Each respondent during his testimony said that he was prepared to undergo a polygraph examination. After completion of the evidence at trial the respondents made an application to the trial judge to reopen their defence, in order to permit each of them to take a polygraph examination and submit the results in evidence. This motion was refused by the trial judge who held that the results of such an examination were inadmissible in evidence, in accordance with *Phillion v. The Queen*, [1978] 1 S.C.R. 18. The respondents were convicted. An appeal to the Court of Appeal by the respondents succeeded. By a majority, the Court of Appeal granted an order reopening the trial and directing that the results of the polygraph examination be submitted to the trial judge, for a ruling as to their admissibility in light of all the circumstances revealed in the evidence: [1984] C.A. 443, 15 D.L.R. (4th) 89, 16 C.C.C. (3d) 462, 40 C.R. (3d) 193. The Crown appeals to this Court as of right under s. 621(1)(a) of the *Criminal Code*. The parties agree that the sole issue in this appeal is whether evidence of the results of a polygraph examination is admissible in light of the particular facts of this case.

In the Court of Appeal (Bisson, Jacques and Malouf J.J.A.) the majority (Bisson and Jacques J.J.A.) distinguished the case at bar from *Phillion v. The Queen*, *supra*, on the basis that here the parties had each given evidence and their credibili-

de mensonges subi par un inculpé sont admissibles en preuve dans le cadre d'un procès au criminel.

Les intimés, Béland et Phillips, ont été accusés de complot en vue de commettre un vol qualifié. La poursuite a produit une preuve tendant à démontrer qu'ils avaient comploté avec un nommé Grenier et un nommé Filippone de voler un camion blindé. Le vol qualifié n'a toutefois pas eu lieu parce que Grenier a révélé le complot à la police. Il est par la suite devenu témoin à charge et sa déposition est la seule qui établisse un lien direct entre les intimés et le complot. Les intimés, témoignant pour leur propre compte, ont nié leur participation au complot et ont opposé un démenti à la déposition de Grenier. Chaque intimé dans son témoignage s'est dit prêt à subir un test par détecteur de mensonges. À la clôture de la présentation de la preuve, les intimés ont saisi le juge du procès d'une demande en réouverture de leur défense afin qu'ils puissent se soumettre chacun à un test par détecteur de mensonges dont les résultats seraient produits en preuve. La requête a été rejetée par le juge du procès qui a conclu que, suivant l'arrêt *Phillion c. La Reine*, [1978] 1 R.C.S. 18, les résultats d'un tel test ne sauraient être admis en preuve. Les intimés ont été déclarés coupables. En appel, la Cour d'appel leur a donné gain de cause. En effet, la Cour d'appel à la majorité a rendu une ordonnance portant réouverture de l'instruction et exigeant que les résultats du test par détecteur de mensonges soient présentés au juge du procès pour qu'il statue sur leur admissibilité en se fondant sur toutes les circonstances qui se dégagent de la preuve: [1984] C.A. 443, 15 D.L.R. (4th) 89, 16 C.C.C. (3d) 462, 40 C.R. (3d) 193. Le ministère public se pourvoit de plein droit devant cette Cour en vertu de l'al. 621(1)a) du *Code criminel*. L'unique question à trancher en l'espèce, comme les parties en conviennent, est de savoir si la preuve formée des résultats d'un test par détecteur de mensonges est admissible compte tenu des faits particuliers de la présente affaire.

La Cour d'appel était composée des juges Bisson, Jacques et Malouf et la majorité, formée des juges Bisson et Jacques, a fait une distinction entre la présente instance et l'affaire *Phillion c. La Reine*, précitée, en se fondant sur le fait qu'en

ty was clearly in issue, whereas Phillion on his trial had not testified and any question as to his credibility did not arise. They were also of the view that the trial judge, in considering the possible inaccuracies of the polygraph and the uncertainty which could arise from its use, had confused the issue of admissibility with that of weight.

Malouf J.A., in dissent, relied on *R. v. Kyselka* (1962), 133 C.C.C. 103 (Ont. C.A.), in expressing the view that the evidence of the polygraph test was inadmissible. He based his dissent on the proposition that a person may not call witnesses to testify to the veracity of his own witnesses. He was, in effect, relying on the rule against oath-helping.

The leading case in this Court concerning the admissibility of polygraph evidence is *Phillion v. The Queen*, *supra*, in which it was held that such evidence should be rejected. Speaking for the majority, Ritchie J. expressed the view that such evidence offended the hearsay rule. He said, at p. 24:

Statements made to psychiatrists and psychologists are sometimes admitted in criminal cases and when this is so it is because they have qualified as experts in diagnosing the behavioural symptoms of individuals and have formed an opinion which the trial judge deems to be relevant to the case, but the statements on which such opinions are based are not admissible in proof of their truth but rather as indicating the basis upon which the medical opinion was formed in accordance with recognized professional procedures.

Entirely different considerations, however, apply to the evidence of Mr. Reid who was neither a psychiatrist nor a psychologist and does not appear to have had any other medical training. The evidence indicates that he only saw the accused on the occasion when he administered the polygraph test which was the day before he gave his evidence.

He continued, at p. 25:

l'espèce chacun des défendeurs avait témoigné et que leur crédibilité était manifestement en cause, tandis que Phillion n'avait pas témoigné à son procès, de sorte que la question de sa crédibilité ne se posait pas. La majorité a estimé en outre que le juge du procès, en prenant en considération les inexactitudes possibles du détecteur de mensonges et l'incertitude que risquait d'entraîner son usage, avait confondu la question de l'admissibilité d'un élément de preuve avec celle du poids à lui accorder.

Le juge Malouf, dissident, s'est appuyé sur l'arrêt *R. v. Kyselka* (1962), 133 C.C.C. 103 (C.A. Ont.), au soutien de l'inadmissibilité de la preuve obtenue au moyen du test par détecteur de mensonges. Il a fondé sa dissidence sur la proposition qu'on ne saurait citer des témoins pour témoigner de la véracité de ses propres témoins. Il s'appuyait donc en réalité sur la règle interdisant le recours aux témoignages justificatifs.

L'arrêt de principe de cette Cour sur la question de l'admissibilité d'une preuve obtenue par détecteurs de mensonges est l'arrêt *Phillion c. La Reine*, précité, qui conclut à l'irrecevabilité d'une telle preuve. Parlant au nom de la majorité, le juge Ritchie s'est dit d'avis que ce genre de preuve allait à l'encontre de la règle du oui-dire. Il affirme, à la p. 24:

Les déclarations faites à des psychiatres et à des psychologues sont parfois jugées recevables dans les affaires criminelles et, dans ce cas, c'est parce que ces experts dans le diagnostic du comportement humain se sont fondés sur elles pour émettre une opinion tenue pour pertinente par le juge de première instance; toutefois, les déclarations sur lesquelles ces opinions se fondent sont irrecevables comme preuves de leur propre véracité et constituent seulement le fondement de l'opinion médicale formée suivant les règles professionnelles reconnues.

Toutefois, des considérations entièrement différentes s'appliquent au témoignage de M. Reid qui n'est ni psychiatre ni psychologue et qui semble n'avoir reçu aucune formation médicale. La preuve démontre qu'il a vu l'accusé uniquement lorsqu'il lui a fait subir un test au détecteur de mensonges, soit la veille de son témoignage.

Il poursuit, à la p. 25:

In my view, Mr. Reid had neither the qualifications nor the opportunity to form a mature opinion of the propensity of the man he was subjecting to the test either as to truthfulness or otherwise. His opinion, however, was not based on the statements made by the appellant, but on his own expertise in interpreting the recordings of the machine. If the statements had been made to Mr. Reid alone, there is in my opinion no doubt that they would have been inadmissible as self-serving, second hand evidence tendered in proof of its truth on behalf of an accused who did not see fit to testify and I am not prepared to hold on the evidence of this case that the presence of the polygraph machine or the expertise of its operator made them admissible. The admission of such evidence would mean that any accused person who had made a confession could elect not to deny its truth under oath and substitute for his own evidence the results produced by a mechanical device in the hands of a skilled operator relying exclusively on its efficacy as a test of veracity.

Spence J., with whom Laskin C.J. concurred, wrote separate reasons in which he agreed that the evidence should be rejected, but he left open the question of whether in other circumstances the polygraph evidence might be admissible.

It was the suggestion of the possibility of a different result in other circumstances which was relied upon by the majority of the Court of Appeal to distinguish the *Phillion* case. As has been noted, *Phillion* did not give evidence himself but sought to rely on the evidence of the polygraph operator to place his story before the jury and lend it credibility. In the case at bar the two respondents each gave evidence at trial and now seek to invoke that of the polygraph operator to support their credibility.

General Rule Against Oath-helping

The Crown appellant argues that the admission of polygraph evidence offends the rule which prohibits a party from presenting evidence which has, as its sole purpose, the bolstering of the credibility of that party's own witnesses. This is sometimes

À mon avis, M. Reid ne disposait pas des moyens nécessaires et n'était pas qualifié pour donner une opinion assurée sur la propension de la personne interrogée à dire ou non la vérité. Toutefois, son opinion se fonde non pas sur les déclarations de l'appelant, mais sur son interprétation d'expert des données fournies par l'appareil. Il est certain que si les déclarations avaient été faites à M. Reid uniquement, elles auraient été irrecevables comme étant manifestement intéressées et en tant que preuve de «seconde main» visant à établir leur propre véracité, au nom d'un accusé qui n'a pas jugé opportun de témoigner. Je ne suis pas disposé à conclure, à la lumière de la preuve déposée en l'espèce, que la simple présence d'un détecteur de mensonges et d'un expert en ces matières rende ces déclarations recevables. En jugeant une telle preuve recevable, on permettrait à tout accusé ayant fait des aveux de choisir de ne pas nier sous serment la véracité de ceux-ci et de substituer à son propre témoignage les données fournies par un appareil aux mains d'un expert qui, pour sa part, se fonde uniquement sur le bon fonctionnement dudit appareil pour déterminer la véracité des réponses données.

Le juge Spence, à l'avis duquel le juge en chef Laskin s'est rangé, a rédigé des motifs distincts dans lesquels il convenait qu'il y avait lieu de rejeter la preuve en cause, mais il s'est abstenu de trancher la question de savoir si, dans d'autres circonstances, la preuve obtenue par détecteurs de mensonges pourrait être admissible.

C'est sur la mention qu'une conclusion différente soit possible dans d'autres circonstances que la majorité en Cour d'appel s'est fondée pour faire une distinction d'avec l'arrêt *Phillion*. *Phillion*, rappelons-le, n'a pas témoigné lui-même, mais a tenté par le biais du témoignage de l'expert en détecteurs de mensonges de présenter sa version au jury et de donner créance à celle-ci. En l'espèce, les deux intimés ont témoigné au procès et ils désirent maintenant invoquer le témoignage de l'expert en détecteurs de mensonges pour étayer leur crédibilité.

Règle générale s'opposant aux témoignages justificatifs

Le ministère public appellant fait valoir que l'admission d'une preuve obtenue par détecteurs de mensonges viole la règle qui interdit à une partie de produire une preuve destinée uniquement à renforcer la crédibilité de ses propres témoins.

referred to in the earlier cases as oath-helping. There does not appear to be any decision of this Court which has dealt specifically with the rule, but there is other substantial authority supporting it. The leading decision on this point in Canada is *R. v. Kyselka, supra*. In that case, the three accused were charged with the rape of a mentally retarded 16-year-old girl. The trial judge permitted the Crown to call a psychiatrist, who gave evidence that because of her low mental age the complainant lacked sufficient imagination to concoct a story. It was therefore likely that she would tell the truth in court. The accused were convicted. On appeal, Porter C.J.O., speaking for the court (Porter C.J.O., Kelly and McLennan J.J.A.), held that the evidence of the psychiatrist should not have been admitted as its sole purpose was to suggest that the complainant, because of her mental classification, was likely to be a truthful witness. He said, at pp. 107-8:

While the credit of any witness may be impeached by the opposite party, *R. v. Gunewardene*, [1951] 2 All E.R. 290 at p. 294, there is no warrant or authority for such oath-helping as occurred in the circumstances of this case, reminiscent as it is of the method before the Norman Conquest by which a defendant in a civil suit or an accused person proved his case by calling witnesses to swear that the oath of the party was true. If this sort of evidence were admissible in the case of either party no limit could be placed on the number of witnesses who could be called to testify about the credibility of witnesses as to facts. It would tend to produce, regardless of the number of such character witnesses who were called, undue confusion in the minds of the jury by directing their attention away from the real issues and the controversy would become so intricate that truth would be more likely to remain hidden than be discovered. For these reasons this evidence was not admissible.

In *R. v. Burkart; R. v. Sawatsky*, [1965] 3 C.C.C. 210, the Saskatchewan Court of Appeal, per Culliton C.J.S., on virtually the same facts followed *Kyselka* in rejecting similar evidence. The rule has, as well, been supported in other decisions,

C'est ce qu'on appelle parfois dans la jurisprudence ancienne des témoignages justificatifs. Il paraît n'y avoir aucun arrêt de cette Cour qui traite directement de la règle, mais elle est tout de même appuyée par une jurisprudence considérable. Au Canada, l'arrêt de principe sur ce point est l'arrêt *R. v. Kyselka*, précité. Dans cette affaire, les trois inculpés étaient accusés du viol d'une arriérée mentale âgée de seize ans. Le juge du procès a permis à la poursuite de citer un psychiatre, lequel a témoigné qu'en raison de son bas âge mental, la plaignante n'avait pas l'imagination requise pour fabriquer une histoire. Il était donc vraisemblable qu'elle dirait la vérité devant le tribunal. Les accusés ont été déclarés coupables. En appel, le juge en chef Porter de l'Ontario, parlant au nom de la cour composée également des juges Kelly et McLennan, a conclu que le témoignage du psychiatre n'aurait pas dû être admis en preuve, car il avait pour seul but d'indiquer que la plaignante, à cause de son état mental, dirait probablement la vérité si elle était appelée à témoigner. Il dit, aux pp. 107 et 108:

[TRADUCTION] Bien que la crédibilité d'un témoin puisse être attaquée par la partie adverse, *R. v. Gunewardene*, [1951] 2 All E.R. 290, à la p. 294, rien ne justifie ni n'autorise qu'on ait recours à des témoignages justificatifs comme cela s'est produit en l'espèce. Il s'agit là d'une pratique qui rappelle la procédure suivie antérieurement à la conquête normande, en vertu de laquelle le défendeur dans une action civile ou une personne inculpée au criminel se justifiait en citant des témoins pour jurer que son serment était vrai. Si l'une ou l'autre partie pouvait présenter une telle preuve, il serait impossible de limiter le nombre de témoins susceptibles d'être cités pour déposer concernant la crédibilité d'autres témoins relativement aux faits. Peu importe le nombre de ces témoins de moralité, cela aurait tendance à provoquer une confusion indue dans l'esprit des jurés en détournant leur attention des véritables questions en litige; la controverse deviendrait donc à ce point complexe que, loin de se dégager, la vérité risquerait plus probablement de rester cachée. Pour ces motifs, la preuve en question est inadmissible.

Dans l'arrêt *R. v. Burkart; R. v. Sawatsky*, [1965] 3 C.C.C. 210, la Cour d'appel de la Saskatchewan par la voix du juge en chef Culliton a suivi l'arrêt *Kyselka* devant des faits presque identiques et a écarté une preuve du même genre. La règle a en

such as *R. v. Clarke* (1981), 63 C.C.C. (2d) 224 (Alta. C.A.), a case in which both *Kyselka* and *Burkart* were cited and followed. In *Clarke*, a murder case which was based largely on circumstantial evidence, the Crown called as a witness a fellow prison inmate of the accused, who gave evidence of an inculpatory statement made by the accused to the witness in prison. In introducing the witness, Crown counsel asked a series of questions which firstly revealed a lengthy criminal record and then dealt with the witness's conversion or rehabilitation. This involved testimony by the witness to the effect that he was now attending bible classes, that he was in regular attendance at Alcoholics Anonymous classes, that he had made restitution for certain offences in respect of which he had not actually been prosecuted, that he had changed his attitude to the police and society, generally, and that he had come to realize that his social problems were of his own making, and that he now despised and rejected violence. The impropriety of this evidence was attacked on appeal from conviction. McClung J.A., writing for the court (Clement, McClung J.J.A. and Crossley J. (*ad hoc*)), held that, while counsel must be permitted to present witnesses in the best allowable light, the examination carried out in that case exceeded the permitted limit because its overriding and dominant objective was the bolstering of the witness's character and, therefore, his credibility. He supported his view by reference to *Wigmore on Evidence* (Chadbourn rev., 1972), vol. 4, at pp. 233-34:

§1104(A) *Proving good character in support; in general, inadmissible until impeached.* Good character for veracity is as relevant to indicate the probability of truth-telling as bad character for veracity is to indicate the probability of the contrary. But there is no reason why time should be spent in proving that which may be assumed to exist. Every witness may be assumed to be of normal moral character for veracity, just as he is assumed to be of normal sanity. Good character, therefore, in his support is excluded until his character is

outré été appuyée dans d'autres arrêts, tels que *R. v. Clarke* (1981), 63 C.C.C. (2d) 224 (C.A. Alb.), où les arrêts *Kyselka* et *Burkart* ont tous les deux été cités et suivis. Dans l'affaire *Clarke* il s'agissait d'un meurtre. La preuve recueillie était surtout circonstancielle et le ministère public a cité comme témoin un codétenu de l'accusé qui a témoigné que l'accusé lui avait fait une déclaration inculpatoire alors qu'ils étaient en prison. En présentant le témoin, l'avocat de la poursuite lui a posé une série de questions d'où il ressortait d'abord qu'il avait un casier judiciaire très chargé, pour aborder ensuite la conversion ou la réhabilitation du témoin. À ce propos, celui-ci a dit qu'il suivait maintenant un cours d'études bibliques, qu'il assistait régulièrement aux réunions des Alcooliques anonymes, qu'il avait effectué la restitution dans le cas de certaines infractions à l'égard desquelles il n'avait pas été poursuivi, qu'il avait changé d'attitude envers la police et la société en général, qu'il en était arrivé à se rendre compte qu'il était l'auteur de ses propres problèmes sociaux, qu'à présent la violence lui répugnait et qu'il la rejetait. Ce témoignage a été attaqué pour inadmissibilité dans un appel interjeté contre la déclaration de culpabilité. Le juge McClung, qui a rédigé les motifs de la Cour d'appel, également formée du juge Clement et du juge suppléant Crossley, a conclu que les avocats doivent présenter les témoins sous le meilleur jour possible, mais que l'interrogatoire auquel on avait procédé dans cette affaire-là dépassait les limites permises parce qu'il visait d'abord et avant tout à renforcer la bonne moralité du témoin et, partant, sa crédibilité. Pour étayer son point de vue, le juge McClung s'est référé à *Wigmore on Evidence* (Chadbourn rev., 1972), vol. 4, aux pp. 233 et 234:

[TRADUCTION] §1104(A) *Preuve confirmant la bonne moralité; généralement inadmissible tant que celle-ci n'aura pas été attaquée.* La bonne moralité est tout aussi pertinente en tant qu'indication qu'on dit probablement la vérité que peut l'être la mauvaise moralité comme indication de la probabilité qu'on ne la dit pas. Il n'y a toutefois aucune raison de s'attarder à prouver ce dont l'existence peut être présumée. En ce qui concerne la propension à la véracité, on peut supposer qu'un témoin est d'une moralité normale, de même qu'on tient pour acquis qu'il possède une santé mentale normale. Tout témoignage tendant à établir sa bonne moralité est

brought in question and it thus becomes worthwhile to deny that his character is bad.

He referred as well to the words of Lacourcière J.A., speaking for the Ontario Court of Appeal, in *R. v. Martin* (1980), 53 C.C.C. (2d) 425—a case where evidence was admitted that a Crown witness had earlier been tried and acquitted of the murder with which the accused was charged—who said, at p. 433:

It is difficult, however, to justify the introduction of this evidence during examination-in-chief. It was wrong if it was an attempt to bolster and support the credibility of the prosecution's own witness which was not yet under attack notwithstanding the obvious direction of the defence theory.

A similar view has been expressed in England where Lawton L.J. in *R. v. Turner*, [1975] 1 All E.R. 70, speaking for the Court of Appeal, referred, at p. 75, to the rule “relating to the calling of evidence on the issue of credibility, ie that in general evidence can be called to impugn the credibility of witnesses but not led in chief to bolster it up”.

Writers on evidence have frequently commented on the rule. McWilliams in *Canadian Criminal Evidence* (2nd ed. 1984), says, at p. 1078:

Evidence may not be given as to witnesses generally to bolster their credit, though evidence of bad character may be given to impeach their credit, in which case evidence of good character may be given in rebuttal on that issue. Evidence of good character of witnesses other than the accused may not be given to prove that they were not likely to commit the offence for the obvious reason that it would be irrelevant.

Similarly, Schiff in *Evidence in the Litigation Process* (2nd ed. 1983), vol. 1, states, at p. 585:

As a general principle, before the opponent has attacked the credibility of a witness, the party-litigant who called him may not support his credibility.

donc exclu jusqu'à ce que celle-ci soit mise en doute, de sorte qu'il devient utile de nier la mauvaise moralité.

Le juge McClung s'est référé en outre aux propos du juge Lacourcière au nom de la Cour d'appel de l'Ontario dans l'arrêt *R. v. Martin* (1980), 53 C.C.C. (2d) 425, affaire dans laquelle on avait admis un élément de preuve établissant qu'un témoin à charge avait déjà été jugé et acquitté relativement au meurtre dont l'accusé se trouvait inculpé. Le juge Lacourcière a dit, à la p. 433:

[TRADUCTION] La production de cette preuve au cours de l'interrogatoire principal est cependant difficilement justifiable. S'il s'agissait d'une tentative de la poursuite de renforcer et de soutenir la crédibilité de son propre témoin, laquelle, en dépit de l'orientation évidente de la théorie de la défense, n'avait pas encore été attaquée, c'est à tort que la preuve en question a été admise.

Un point de vue semblable a été exprimé en Angleterre où le lord juge Lawton, parlant au nom de la Cour d'appel dans l'arrêt *R. v. Turner*, [1975] 1 All E.R. 70, mentionne, à la p. 75, la règle [TRADUCTION] «concernant la production de preuves touchant la question de la crédibilité, c.-à-d. la règle selon laquelle des preuves peuvent en général être apportées pour mettre en doute la crédibilité de témoins, mais ne peuvent l'être dans le cadre de l'interrogatoire principal pour renforcer leur crédibilité».

Cette règle a souvent été commentée dans la doctrine traitant de la preuve. McWilliams, dans *Canadian Criminal Evidence* (2nd ed. 1984), affirme, à la p. 1078:

[TRADUCTION] D'une manière générale, on ne saurait produire des preuves destinées à renforcer la crédibilité des témoins. Une preuve de mauvaise moralité peut néanmoins être présentée pour attaquer leur crédibilité, auquel cas cette preuve peut être réfutée par une preuve de bonne moralité. Une preuve établissant la bonne moralité de témoins autres que l'accusé ne peut être produite pour démontrer qu'il était peu probable que ces témoins aient commis l'infraction pour la bonne raison que cette preuve serait dénuée de toute pertinence.

De même, Schiff, dans *Evidence in the Litigation Process* (2nd ed. 1983), vol. 1, dit, à la p. 585:

[TRADUCTION] On peut poser comme principe général que, tant que la partie adverse n'a pas attaqué la crédibilité d'un témoin, la partie qui l'a cité ne peut pas non plus prouver sa crédibilité.

Schiff, as well, adopts Wigmore's view that until credibility is attacked the witness is presumed to be credible. In England, Sir Rupert Cross has dealt with the subject in the fifth edition of his work on *Evidence* (1979), at pp. 269-72. He points out, at p. 271, that there is Commonwealth authority for an accused to adduce psychiatric evidence of a mental condition which would render doubtful the truth of a confession, but he goes on to say, at pp. 271-72:

The requirement that the evidence should be about an aberrant mental condition by an expert in such matters and not merely about registrations on a machine by a witness capable of handling it is illustrated by the preponderance of judicial reaction to evidence of the performance of a polygraph. The fear that the admissibility of such evidence to cast doubt on the veracity of a confession could lead to trial by machine rather than trial by jury lay at the root of the decision of the Supreme Court of Canada in *R. v. Phillion* to exclude it. Of course a time may come when polygraphs are considered infallible, but, in that event, the law of evidence, like much else, would differ greatly from what it is at present.

As yet there does not appear to have been a case in which evidence has been admitted for the sole purpose of supporting the credibility of a witness called or to be called by the party adducing it, nor does there appear to have been a case in which evidence has been adduced for the purpose of rebutting the testimony of a witness called to impugn the credibility of a witness on the opposite side. So far as the first possibility is concerned it is to be hoped that it will be avoided on the ground that witnesses are presumed to be credible.

And see *Phipson on Evidence* (13th ed. 1982), para. 13-63.

From the foregoing comments, it will be seen that the rule against oath-helping, that is, adducing evidence solely for the purpose of bolstering a witness's credibility, is well grounded in authority. It is apparent that since the evidence of the polygraph examination has no other purpose, its admission would offend the well-established rule.

Schiff adopte en outre l'opinion de Wigmore selon laquelle un témoin est présumé crédible jusque à ce que sa crédibilité soit attaquée. En Angleterre, sir Rupert Cross a abordé ce sujet dans la cinquième édition de son ouvrage intitulé *Evidence* (1979), aux pp. 269 à 272. Il signale, à la p. 271, qu'il existe une jurisprudence du Commonwealth selon laquelle il est loisible à un accusé de produire une preuve psychiatrique relative à un état mental qui mettrait en doute la véracité d'une confession, mais il ajoute, aux pp. 271 et 272:

[TRADUCTION] L'exigence que la preuve doit viser un état mental anormal selon un expert dans le domaine, et non pas simplement des enregistrements faits sur un appareil par un témoin capable de le faire fonctionner est illustrée par la réaction prépondérante des tribunaux à la preuve du fonctionnement du détecteur de mensonges. La crainte que l'admissibilité d'une telle preuve qui viendrait mettre en doute la véracité d'une confession, puisse conduire au procès par machine plutôt que par jury, est à l'origine de la décision prise par la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *R. c. Phillion* d'exclure ce genre de preuve. Bien entendu, il se peut qu'un jour vienne où les détecteurs de mensonges seront considérés comme infaillibles mais, à ce moment-là, le droit de la preuve, comme bien d'autres choses d'ailleurs, aura beaucoup changé.

Jusqu'à maintenant il ne paraît pas y avoir eu d'affaire dans laquelle des éléments de preuve ont été admis à seule fin d'établir la crédibilité d'un témoin cité ou à citer par la partie qui les a produits; il ne paraît pas non plus y avoir eu d'affaire dans laquelle des éléments de preuve ont été présentés pour contredire la déposition d'un témoin cité pour attaquer la crédibilité d'un témoin de la partie adverse. Il est à espérer que la première possibilité sera écartée pour le motif que les témoins sont présumés crédibles.

Voir aussi *Phipson on Evidence* (13th ed. 1982), par. 13-63.

Il se dégage de ce qui précède que la règle interdisant les témoignages justificatifs, c'est-à-dire toute preuve produite uniquement pour confirmer la crédibilité d'un témoin, repose sur un solide fondement jurisprudentiel. Comme la preuve obtenue au moyen d'un test par détecteur de mensonges n'a pas d'autre but, il est évident que son admission irait à l'encontre de la règle bien établie.

Rule Against Past Consistent Statements

The rule against oath-helping is also consistent in principle with other rules of evidence which in some degree may be said to overlap it and which are based on similar principles. An example is the rule against the admission of previous consistent statements of a witness. McWilliams, *supra*, discusses this rule, at p. 353, and refers to the frequently quoted words of Neville J. in *Jones v. South-Eastern and Chatham Railway* (1917), 87 L.J.K.B. 775 (C.A.), at p. 779, that:

... statements may be used against a witness as admissions, but ... you are not entitled to give evidence of statements on other occasions by the witness in confirmation of her testimony.

This was said in the context of a case where an injury was alleged to have been suffered by the plaintiff while at her work, and it was sought to adduce evidence of a statement she had made after the accident to a third party. McWilliams also cites *R. v. Campbell* (1977), 38 C.C.C. (2d) 6 (Ont. C.A.), where Martin J.A., speaking for the court (Arnup, Martin and Lacourcière J.J.A.), said, at p. 18:

The refusal of the trial Judge to admit the evidence of other witnesses, whether in cross-examination or otherwise, of previous statements made by the appellant, involves two separate rules of evidence:

- I. The rule which precludes an accused from eliciting from witnesses self-serving statements which he has previously made.
- II. The rule which provides that a witness, whether a party or not, may not repeat his own previous statements concerning the matter before the Court, made to other persons out of Court, and may not call other persons to testify to those statements.

Statements made by an accused which infringe rule I are excluded as hearsay. The narration by a witness of earlier statements made to other persons out of Court appears to be excluded under rule II, because of the general lack of probative value of such evidence, save in

La règle interdisant la production de déclarations antérieures compatibles

La règle qui s'oppose aux témoignages justificatifs est aussi compatible en principe avec d'autres règles de preuve qui, dans une certaine mesure, correspondent au même contenu et qui sont fondées sur des principes semblables. Mentionnons à titre d'exemple la règle interdisant l'admission de déclarations antérieures compatibles d'un témoin. McWilliams, précité, traite de cette règle à la p. 353, puis se réfère aux propos souvent cités du juge Neville dans l'affaire *Jones v. South-Eastern and Chatham Railway* (1917), 87 L.J.K.B. 775 (C.A.), à la p. 779, où il dit:

[TRADUCTION] ... des déclarations peuvent être utilisées contre un témoin à titre d'aveux, mais [...] on ne saurait produire en preuve des déclarations faites à d'autres occasions par le témoin pour confirmer son témoignage.

Cette observation a été formulée dans le contexte d'une affaire où la demanderesse alléguait avoir subi une blessure au travail et où on a tenté de produire en preuve une déclaration qu'elle avait faite à un tiers après l'accident. McWilliams cite en outre l'arrêt *R. v. Campbell* (1977), 38 C.C.C. (2d) 6 (C.A. Ont.), dans lequel le juge Martin, exprimant l'avis de la cour composée également des juges Arnup et Lacourcière, a dit, à la p. 18:

[TRADUCTION] Le refus du juge de première instance d'admettre que d'autres témoins déposent, notamment au stade du contre-interrogatoire, concernant des déclarations antérieures de l'appellante, résulte de l'application de deux règles de preuve distinctes:

- I. La règle qui empêche un accusé de tirer des témoins des déclarations intéressées qu'il a faites antérieurement;
- II. La règle selon laquelle un témoin, qu'il soit ou non partie au litige, ne saurait répéter ses propres déclarations antérieures portant sur l'affaire dont la cour se trouve saisie, faites à d'autres personnes en dehors de la salle d'audience, ni ne saurait citer d'autres personnes pour témoigner relativement à ces déclarations.

Les déclarations d'un accusé qui enfreignent la règle I sont exclues parce qu'elles constituent du ouï-dire. Quant à la relation par un témoin de déclarations antérieures faites à d'autres personnes en dehors de la salle d'audience, cela paraît être interdit par la règle II, parce

certain circumstances, in support of the credibility of the witness.

Wigmore, *supra*, at p. 255, para. 1124, describes the rule in these terms:

When the witness has merely testified on direct examination, without any impeachment, proof of consistent statements is unnecessary and valueless. The witness is not helped by it; for, even if it is an improbable or untrustworthy story, it is not made more probable or more trustworthy by any number of repetitions of it. Such evidence would ordinarily be cumbersome to the trial and is ordinarily rejected.

While Martin J.A. in *Campbell*, and Wigmore, suggest that the statements are excluded on the basis of hearsay and lack of probative value, another rationale for the rule has been noted, namely, that such statements could be too readily manufactured for use in later proceedings. In *R. v. Hardy* (1794), 24 St. Tr. 199, Eyre C.J. said, at pp. 1093-94:

... the presumption ... is that no man would declare anything against himself, unless it were true; but that every man, if he was in a difficulty, or in the view to any difficulty, would make declarations for himself.

The rule is generally expressed in relation to past consistent statements. In the case at bar, evidence would be given of statements made subsequent to the evidence given by the respondents at trial. In my view, however, this leads to no difference in principle. The concern is with consistent statements made out of court. The fact that they may be made after evidence has been given at trial would not change their probative value or reliability. In my view, the rule against admission of consistent out-of-court statements is soundly based and particularly apposite to questions raised in connection with the use of the polygraph. Polygraph evidence when tendered would be entirely self-serving and would shed no light on the real issues before the court. Assuming, as in the case at bar, that the evidence sought to be adduced would not fall within any of the well recognized exceptions to the operation of the rule—where it is

que, sauf dans certaines circonstances précises, cette preuve manque généralement la valeur probante requise pour soutenir la crédibilité du témoin.

Wigmore, précité, à la p. 255, par. 1124, formule la règle dans les termes suivants:

[TRADUCTION] Lorsque le témoin a seulement témoigné à son interrogatoire principal sans qu'on l'attaque en preuve de déclarations compatibles est inutile et sans valeur. Une telle preuve n'est d'aucun secours pour le témoin, car même si son récit est invraisemblable ou douteux, ce n'est pas à force de répétitions qu'il devient plus vraisemblable ou moins douteux. Normalement, ce genre de preuves se révèlent gênantes au procès et sont habituellement écartées.

Bien que le juge Martin, dans l'arrêt *Campbell*, et Wigmore laissent entendre que l'exclusion des déclarations s'explique parce qu'elles constituent du oui-dire et qu'elles manquent de valeur probante, un autre fondement possible de la règle a été avancée, savoir qu'il serait trop facile de fabriquer de telles déclarations en vue de leur emploi au cours d'une instance ultérieure. Dans la décision *R. v. Hardy* (1794), 24 St. Tr. 199, le juge en chef Eyre a dit, aux pp. 1093 et 1094:

[TRADUCTION] ... on présume que nul ne fera une déclaration qui lui sera préjudiciable, à moins qu'elle ne soit vraie, mais que quiconque se trouve en difficulté ou prévoit l'être fera des déclarations qui lui seront favorables.

Cette règle vise généralement les déclarations antérieures compatibles. En l'espèce, on désire produire en preuve des déclarations postérieures aux dépositions qu'ont faites les intimés au procès. J'estime toutefois qu'il n'y a en principe aucune différence entre les deux situations. Le problème est qu'il s'agit de déclarations extrajudiciaires compatibles. Le fait qu'on ait pu les faire après la preuve présentée au procès, ne change rien à leur valeur probante ni à leur fiabilité. À mon avis, la règle qui s'oppose à l'admission de déclarations extrajudiciaires compatibles est bien établie et son application s'impose particulièrement dans le cas de questions concernant l'utilisation du détecteur de mensonges. La preuve obtenue par détecteurs de mensonges serait entièrement intéressée et n'éclairerait pas le tribunal sur les véritables questions en litige. À supposer, comme c'est le cas en l'espèce, que la preuve qu'on cherche à présenter

permitted to rebut the allegation of a recent fabrication or to show physical, mental or emotional condition—it should be rejected. To do otherwise is to open the trial process to the time-consuming and confusing consideration of collateral issues and to deflect the focus of the proceedings from their fundamental issue of guilt or innocence. This view is summarized by D. W. Elliott in “Lie-Detector Evidence: Lessons from the American Experience” in *Well and Truly Tried* (1982), at pp. 129-30:

A defendant who attempts to put in the results of a test showing this truthfulness on the matters in issue is bound to fall foul of the rule against self-serving statements or, as it is sometimes called, the rule that a party cannot manufacture evidence for himself, and the falling foul will not be in any mere technical sense. The rule is sometimes applied in a mechanical unintelligent way to exclude evidence about which no realistic objection could be raised, as the leading case, *Gillie v. Posho* shows; but striking down defence polygraph evidence on this ground would be no mere technical reflex action of legal obscurantists. The policy behind the doctrine is a fundamental one, and defence polygraph evidence usually offends it fundamentally. As some judges have pointed out, only those defendants who successfully take examinations are likely to want the results admitted. There is no compulsion to put in the first test results obtained. A defendant can take the test many times, if necessary “examiner-shopping”, until he gets a result which suits him. Even stipulated tests are not free of this taint, because of course his lawyers will advise him to have several secret trial runs before the prosecution is approached. If nothing else, the dry runs will habituate him to the process and to the expected relevant questions.

It is therefore my opinion that evidence of the results of a polygraph examination would clearly offend the rule against the admission of past or out-of-court statements by a witness. All of the

ne relève d'aucune exception reconnue à l'application de la règle, c'est-à-dire les situations où une telle preuve peut être admise pour réfuter l'allégation de fabrication récente ou pour établir l'état physique, mental ou émotionnel, elle doit être écartée. On courrait autrement le risque de voir le procès consacré à une étude de questions incidentes qui prendrait beaucoup de temps, sèmerait la confusion, et ferait dévier les procédures de l'examen de la question fondamentale de la culpabilité ou de l'innocence. Ce point de vue est résumé par D. W. Elliott dans «Lie-Detector Evidence: Lessons from the American Experience» dans *Well and Truly Tried* (1982), aux pp. 129 et 130:

[TRADUCTION] Un défendeur qui essaie de produire en preuve les résultats d'un test établissant sa véracité relativement aux questions en litige se heurtera inévitablement à la règle interdisant l'admission de déclarations intéressées ou, comme on l'appelle parfois, la règle selon laquelle une partie ne saurait fabriquer une preuve en sa faveur; et il ne s'agirait pas à ce moment-là d'un écueil dans un sens purement formel. La règle est parfois appliquée d'une façon machinale et peu intelligente pour exclure des éléments de preuve auxquels aucune exception valable ne peut être opposée, comme cela ressort de l'arrêt de principe *Gillie v. Posho*. Mais si l'on rejetait pour ce motif une preuve par détecteurs de mensonges produite par la défense, ce ne serait pas qu'un simple réflexe formaliste de juristes obscurantistes. La politique qui sous-tend le principe est primordiale et, en règle générale, une preuve par détecteurs de mensonges produite par la défense va fondamentalement à son encontre. Comme l'ont souligné certains juges, il est probable que seuls les défendeurs qui passent le test avec succès voudront que les résultats soient admis en preuve. Il n'y a aucune obligation de présenter les premiers résultats obtenus. Un défendeur peut subir le test à maintes reprises et, au besoin, aller d'expert en expert jusqu'à ce qu'il obtienne les résultats désirés. Même les tests obligatoires ne sont pas inattaquables à cet égard, car il va sans dire que les avocats d'un défendeur lui conseilleront de se soumettre en secret à plusieurs essais avant de se livrer au ministère public. À tout le moins ces essais lui permettront de s'habituer au test et de se mettre au courant des questions qui seront vraisemblablement posées.

J'estime en conséquence qu'une preuve formée des résultats d'un test par détecteur de mensonges irait nettement à l'encontre de la règle interdisant l'admission de déclarations antérieures ou de