

**Keith Bruce Erven** *Appellant*;

and

**Her Majesty The Queen** *Respondent*.

1978: March 9, 10; 1978: December 21.

Present: Laskin C.J. and Martland, Ritchie, Spence, Pigeon, Dickson, Beetz, Estey and Pratte JJ.

ON APPEAL FROM THE SUPREME COURT OF NOVA SCOTIA, APPEAL DIVISION

*Criminal law — Evidence — Rights of the accused — Voir dire — Extent of procedural safeguards necessary to have inadmissible statements withheld from the trier of fact.*

The appellant was alleged to have been part of a large scale operation to traffic in hashish. The plan was that the hashish was to be cached on the Cape La Have Islands, just off the coast of Nova Scotia, and to be taken from there by helicopter to the mainland for packaging and resale. The appellant was a passenger on one of these flights but there was no direct evidence that he was aware of the nature of the cargo. Subsequent to the flight, appellant and another passenger were questioned by uniformed R.C.M.P. officers and they and others were arrested shortly thereafter. During the time they were in custody they were interviewed by two officers and according to the evidence of one of these officers "as a result of conversation with the accused and with some of the co-accused" they went to a cottage and removed some articles (clothing and toiletries) which they brought to the jail. Some of these were given to the accused "because he requested them". It was clear that the trial judge regarded this evidence as important and he commented that the acceptance of the clothing was unexplained and that the cabin from which the clothes had been taken was where some 1765¼ lbs. of cannabis resin had been found. Appellant was convicted in the County Court Judges Criminal Court, without a jury, on a charge of having in his possession cannabis resin for the purposes of trafficking. The Appeal Division dismissed his subsequent appeal.

The interview when the accused and the other passenger were confronted by two uniformed R.C.M.P. officers was admitted into evidence by the judge without a *voir dire* despite the objection of counsel. Only one of the officers testified and the accused did not. That officer testified that he and his colleague had merely been investigating complaints from a person suspicious of what was going on. The trial judge regarded an affirmative response by the appellant to one of the constable's questions as an adoption by him of his companion's false

**Keith Bruce Erven** *Appellant*;

et

**Sa Majesté La Reine** *Intimée*.

1978: 9 et 10 mars; 1978: 21 décembre.

Présents: Le juge en chef Laskin et les juges Martland, Ritchie, Spence, Pigeon, Dickson, Beetz, Estey et Pratte.

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

*Droit criminel — Preuve — Droits de l'accusé — Voir dire — Garanties procédurales nécessaires pour que les déclarations irrecevables ne soient pas soumises au juge du fond.*

L'appelant est accusé d'avoir participé à une opération importante de trafic de haschich. Le haschich devait être caché sur l'Île du Cap-La-Hève, près de la côte de la Nouvelle-Écosse, pour être ensuite transporté par hélicoptère sur le continent, puis emballé et revendu. L'appelant était passager d'un de ces vols, mais il n'y a aucune preuve directe qu'il était au courant de la nature de la cargaison. Après le vol, des agents de la G.R.C. en uniforme ont interrogé l'appelant et un autre passager et les ont arrêtés peu après avec d'autres personnes. Pendant leur détention, ils ont été interrogés par deux agents et l'un de ces deux agents a témoigné qu'«après une conversation avec l'accusé et certains des accusés», ils se sont rendus à un chalet et y ont pris des objets (vêtements et articles de toilette) qu'ils ont apporté à la prison. Ils en ont remis à l'accusé «parce qu'il les a demandés». Il est clair que le juge du procès a considéré cette preuve comme importante et il a souligné que l'acceptation des vêtements était inexplicée et qu'on avait trouvé quelque 1765¼ lbs de résine de cannabis dans le chalet où les vêtements ont été ramassés. L'appelant a été déclaré coupable par la Division criminelle de la Cour de comté, siégeant sans jury, sur l'accusation de possession de résine de cannabis aux fins d'en faire le trafic. La Division d'appel a rejeté son appel.

Malgré les objections de l'avocat de la défense, le juge du procès a admis en preuve, sans voir dire, l'interrogatoire de l'accusé et de l'autre passager par deux agents de la G.R.C. en uniforme. Un seul agent a témoigné et l'accusé n'a pas témoigné. Aux dires de cet agent, son collègue et lui-même enquêtaient simplement sur les plaintes d'une personne qui soupçonnait ce qui se passait. Le juge du procès a considéré qu'en répondant affirmativement aux questions d'un des agents, l'appelant se joignait à la version mensongère de son compa-

story. Although the exact words were not disclosed the fact of the subsequent conversations regarding the clothing was also admitted without a *voir dire* again over the objection of counsel.

*Held* (Martland, Ritchie and Pigeon JJ. dissenting): The appeal should be allowed.

*Per* Laskin C.J. and Spence, Dickson and Estey JJ.: This appeal affords an opportunity for further clarification of the question of the admissibility of statements made by an accused to persons in authority. The question essentially is whether a *voir dire* is *always* required in respect of such statements or whether no *voir dire* is needed if the statement is "obviously volunteered". A *voir dire* is clearly necessary if the statement in question is made to police during investigation of a crime just as it is necessary for statements made after the accused is in custody, after he has been charged and after a decision to charge him has been reached. The view that a *voir dire* is unnecessary where the statement is "volunteered" or obviously volunteered is unsound. Quite apart from doubt as to whether the "voluntariness" test does encourage practical efficiency in the conduct of trials, other interests must be considered *viz.* the assurance of a full hearing of the evidence of both sides on the issue of voluntariness; the maintenance of the rights of the accused; and the integrity of the functional distinction between the *voir dire* and the trial itself. There is no justification for engrafting upon the general rule, amply borne out by the authorities, any exceptions, particularly one expressed in such terms as "obviously voluntary" or "volunteered".

*Per* Beetz and Pratte JJ.: The issue is whether the trial judge erred in admitting into evidence two verbal statements without holding a *voir dire* which in both instances had been requested by counsel for the defence. The first statement was made to a police officer in the presence of another constable and of another person; the accused was then under surveillance and the police officer did not know that he was investigating an important criminal operation that was to lead to the arrest of the appellant; shortly after the conversation, upon being instructed to do so, the police officer proceeded to the arrest of the appellant. This first statement was not admissible in evidence unless it was proven to have been made voluntarily [*Ibrahim v. The King*, [1914] A.C. 599]. Such proof is normally made on a *voir dire* and a request for a *voir dire* should not be denied save in rare circumstances which were not present here. However, the failure to hold a *voir dire* that should have been held is not necessarily fatal since the statement may otherwise have been proven to have been made voluntarily. This is not the case here where there was an almost

gnon. Sans que leur teneur exacte soit révélée, le fait qu'il y a eu des conversations ultérieures au sujet des vêtements a été admis en preuve sans voir dire, malgré les objections de l'avocat de la défense.

*Arrêt* (les juges Martland, Ritchie et Pigeon étant dissidents): Le pourvoi doit être accueilli.

*Le juge en chef* Laskin et les juges Spence, Dickson et Estey: Ce pourvoi donne l'occasion de clarifier davantage l'admissibilité des déclarations faites par un accusé à des personnes ayant autorité. La question est essentiellement de savoir si un voir dire est *toujours* requis à l'égard de pareilles déclarations ou si aucun voir dire n'est nécessaire lorsque la déclaration est «manifestement volontaire». La nécessité de tenir un voir dire s'applique tout autant aux déclarations faites pendant l'enquête qu'à celles faites après la mise en détention de l'accusé ou son inculpation, ou après qu'on a décidé de l'inculper. Il est mal fondé d'admettre qu'un voir dire n'est pas nécessaire lorsque la déclaration est «spontanée» ou «manifestement volontaire». Outre qu'il est douteux que le critère du «caractère volontaire» encourage effectivement le prompt déroulement des procès, d'autres facteurs doivent être soupesés, savoir: l'assurance d'un débat contradictoire sur la question du caractère volontaire; le maintien des droits de l'accusé et l'intégrité de la distinction fonctionnelle entre le voir dire et le procès lui-même. Il n'existe aucune raison de faire une exception à la règle générale, amplement appuyée par la jurisprudence, en particulier une exception formulée par des expressions telles que «manifestement volontaire» ou «spontanée».

*Les juges* Beetz et Pratte: La question en litige est de savoir si le juge du procès a erré en admettant en preuve deux déclarations orales sans tenir de voir dire alors que l'avocat de la défense en réclamait dans les deux cas. La première déclaration a été faite à un agent de police en présence d'un autre constable et d'un tiers; l'accusé a alors été gardé à vue et l'agent de police ignorait l'importance de l'opération criminelle sur laquelle il enquêtait qui devait provoquer l'arrestation de l'appelant; peu après la conversation, et sur instructions de ce faire, l'agent de police a procédé à l'arrestation de l'appelant. Cette première déclaration était irrecevable en preuve à moins que son caractère volontaire ne fût établi [*Ibrahim v. The King*, [1914] A.C. 599]. Le voir dire est la procédure normale pour faire cette preuve et une demande de voir dire ne saurait être rejetée, sauf dans de rares cas inapplicables ici. Toutefois le défaut de tenir un voir dire qui s'imposait n'est pas nécessairement fatal puisqu'on peut avoir prouvé autrement que la déclaration était volontaire. Ce n'est pas le cas ici puisqu'il y a une absence presque totale de preuve des

complete dearth of evidence as to the circumstances in which the statement was made. The statement should therefore not have been allowed. In the light of the evidence, this is not a case where resort should be had to s. 613(1)(b)(iii) of the *Criminal Code*. As to the second statement, our unanimous decision not to disturb the decision of the trial judge was announced in Court at the hearing.

*Per Martland, Ritchie and Pigeon JJ. dissenting:* It is established that the burden rests on the Crown to satisfy the trial judge that all statements made by an accused which it seeks to introduce in evidence against him have been freely and voluntarily made. Where, as here, a *voir dire* is requested, the trial judge should require one to be held. The failure to hold a *voir dire* in this case did not however occasion any substantial wrong or miscarriage of justice or vitiate the trial as the circumstances were such as to make the voluntary nature of the statements self evident. The sole purpose of a *voir dire* is to determine whether such a statement was made voluntarily and the necessity for holding such an inquiry is to be determined by the circumstances under which the statement is made. The only statements which can be challenged as improperly introduced are those made prior to the appellant's arrest. There is however other ample evidence to support the finding of guilt. In any event the case is one in which s. 613(1)(b)(iii) of the *Criminal Code* should be invoked.

[*Piché v. The Queen*, [1971] S.C.R. 23; *Ibrahim v. The King*, [1914] A.C. 599 (P.C.); *Prosko v. The King* (1922), 63 S.C.R. 226; *Boudreau v. The King*, [1949] S.C.R. 262; *Comm'rs. of Customs and Excise v. Harz*, [1967] 2 W.L.R. 297; *Boulet v. The Queen*, [1978] 1 S.C.R. 332; *Powell v. The Queen*, [1977] 1 S.C.R. 362; *R. v. Gauthier*, [1977] 1 S.C.R. 441; *R. v. Spencer* (1973), 6 N.S.R. (2d) 555; *R. v. Rushton* (1974), 20 C.C.C. (2d) 297 (Ont. C.A.); *R. v. Swezey* (1974), 20 C.C.C. (2d) 400 (Ont. C.A.); *R. v. Armstrong*, [1970] 1 C.C.C. 136 (N.S.S.C., A.D.); *R. v. Toulany* (1973), 16 C.C.C. (2d) 208 (N.S.S.C., A.D.); *Thiffault v. The Queen*, [1933] S.C.R. 509; *R. v. Baschuk* (1931), 56 C.C.C. 208; *R. v. Fitton*, [1956] S.C.R. 958; *R. v. Dietrich*, [1970] 3 O.R. 725 (Ont. C.A.), leave to appeal refused [1970] S.C.R. xi; *D.P.P. v. Ping Lin*, [1976] A.C. 574 referred to.]

APPEAL from a judgment of the Supreme Court of Nova Scotia, Appeal Division<sup>1</sup>, dismissing an appeal from conviction, by judge sitting without a jury, on a charge of possession of canna-

<sup>1</sup> (1977), 21 N.S.R. (2d) 653.

circstances de la déclaration. La déclaration n'aurait donc pas dû être admise. Vu la preuve, il ne s'agit pas d'un cas où il convient de recourir au sous-al. 613(1)(b)(iii) du *Code criminel*. En ce qui concerne la seconde déclaration, notre décision unanime de ne pas modifier la décision du juge du procès a été annoncée à l'audience.

*Les juges Martland, Ritchie et Pigeon dissidents:* Il est établi qu'il incombe au ministère public de convaincre le juge du procès que toutes les déclarations faites par un accusé, que l'on veut déposer en preuve contre lui, ont été faites librement et volontairement. Lorsque, comme en l'espèce, on demande un *voir dire*, le juge du procès devrait en ordonner un. Le défaut de ce faire en l'espèce n'a entraîné aucun tort important ni déni de justice et n'a pas vicié le procès puisque, dans les circonstances, le caractère volontaire des déclarations était manifeste. Le seul but d'un *voir dire* est de déterminer si la déclaration a été faite volontairement et la nécessité de cette procédure dépend des circonstances dans lesquelles la déclaration a été faite. Les seules déclarations qu'on peut contester pour production irrégulière sont celles qui sont antérieures à l'arrestation de l'appelant. Il existe cependant une preuve suffisante pour appuyer la déclaration de culpabilité. De toute façon, il s'agit d'un cas où l'on doit invoquer le sous-al. 613(1)(b)(iii).

[Jurisprudence: *Piché c. La Reine*, [1971] R.C.S. 23; *Ibrahim v. The King*, [1914] A.C. 599 (C.P.); *Prosko c. Le Roi* (1922), 63 R.C.S. 226; *Boudreau c. Le Roi*, [1949] R.C.S. 262; *Comm'rs. of Customs and Excise v. Harz*, [1967] 2 W.L.R. 297; *Boulet c. La Reine*, [1978] 1 R.C.S. 332; *Powell c. La Reine*, [1977] 1 R.C.S. 362; *R. c. Gauthier*, [1977] 1 R.C.S. 441; *R. v. Spencer* (1973), 6 N.S.R. (2d) 555; *R. v. Rushton* (1974), 20 C.C.C. (2d) 297 (C.A. Ont.); *R. v. Swezey* (1974), 20 C.C.C. (2d) 400 (C.A. Ont.); *R. v. Armstrong*, [1970] 1 C.C.C. 136 (D.A., C.S.N.E.); *R. v. Toulany* (1973), 16 C.C.C. (2d) 208 (D.A., C.S.N.E.); *Thiffault c. La Reine*, [1933] R.C.S. 509; *R. v. Baschuk* (1931), 56 C.C.C. 208; *R. c. Fitton*, [1956] R.C.S. 958; *R. v. Dietrich*, [1970] 3 O.R. 725 (C.A. Ont.), autorisation d'appel refusée [1970] R.C.S. xi; *D.P.P. v. Ping Lin*, [1976] A.C. 574.]

POURVOI contre un arrêt de la Division d'appel<sup>1</sup> de la Cour suprême de la Nouvelle-Écosse qui a rejeté un appel d'une déclaration de culpabilité prononcée par un juge siégeant sans jury, sur une

<sup>1</sup> (1977), 21 N.S.R. (2d) 653.

bis resin for the purpose of trafficking contrary to s. 4(2) of the *Narcotic Control Act*. Appeal allowed, Martland, Ritchie and Pigeon JJ. dissenting.

*David F. Walker, Q.C.*, for the appellant.

*E. G. Ewaschuk* and *R. Fainstein*, for the respondent.

The judgment of Laskin C.J. and Spence, Dickson and Estey JJ. was delivered by

DICKSON J.—Not long ago, this Court put an end to the difficulties which had plagued trial judges in attempting to distinguish inculpatory statements from exculpatory statements for the purpose of applying the *voir dire* rules. The Court held that exculpatory statements made to a person in authority by an accused would be subject on *voir dire* to the same requirements as inculpatory statements: *Piché v. The Queen*<sup>2</sup>. The present appeal affords an opportunity for further clarification and rationalization in determining the admissibility of statements made by an accused to persons in authority.

The Court is called upon to decide the extent of the procedural safeguards necessary to support the substantive rights of the accused to have inadmissible statements withheld from consideration by the trier of fact. The question essentially is whether a *voir dire* is *always* required in respect of statements made by an accused which the prosecution seeks to introduce in evidence, or whether, as the Crown contends, no *voir dire* is needed if the statement is "obviously volunteered." The issue has not previously arisen for decision in this Court, but there are many *dicta* which support the conclusion that a *voir dire* is always needed. Many of the cases appear simply to assume the necessity of a *voir dire* as consistent with the basic principles governing the admission of statements made in response to questions from police officers or from other persons in authority.

<sup>2</sup> [1971] S.C.R. 23.

accusation de possession de résine de cannabis pour en faire le trafic, en contravention du par. 4(2) de la *Loi sur les stupéfiants*. Pourvoi accueilli, les juges Martland, Ritchie et Pigeon étant dissidents.

*David F. Walker, c.r.*, pour l'appelant.

*E. G. Ewaschuk* et *R. Fainstein*, pour l'intimée.

Le jugement du juge en chef Laskin et des juges Spence, Dickson et Estey a été rendu par

LE JUGE DICKSON—Cette Cour a récemment mis fin aux difficultés que rencontraient les juges de procès lorsqu'ils devaient distinguer les déclarations incriminantes des déclarations justificatives afin d'appliquer les règles du voir dire. La Cour a jugé que les déclarations justificatives faites par un accusé à une personne ayant autorité sont assujetties, dans un voir dire, aux mêmes exigences que les déclarations incriminantes: *Piché c. La Reine*<sup>2</sup>. Ce pourvoi donne l'occasion de clarifier et de rationaliser davantage l'admissibilité des déclarations faites par un accusé à des personnes ayant autorité.

La Cour doit décider quelles sont les garanties procédurales nécessaires pour protéger le droit fondamental de l'accusé à ce que ses déclarations irrecevables en preuve ne soient pas soumises au juge du fond. La question est essentiellement de savoir si un voir dire est *toujours* requis à l'égard des déclarations d'un accusé que la poursuite veut présenter en preuve ou si, comme le prétend le ministère public, aucun voir dire n'est nécessaire lorsque la déclaration est «manifestement volontaire». Cette Cour n'a pas eu à trancher la question jusqu'ici, mais de nombreux *dicta* appuient la conclusion qu'un voir dire est toujours nécessaire. De nombreux arrêts présument simplement que la nécessité d'un voir dire est compatible avec les principes fondamentaux qui régissent l'admissibilité des déclarations faites en réponse aux questions posées par des agents de police ou d'autres personnes ayant autorité.

<sup>2</sup> [1971] R.C.S. 23.

### The Principle

The classic formulation of the applicable principle is that of Lord Sumner in *Ibrahim v. The King*<sup>3</sup>, at pp. 609-10:

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. The principle is as old as Lord Hale.

That statement of the rule has been adopted in decisions of this Court: see *Prosko v. The King*<sup>4</sup>, *Boudreau v. The King*<sup>5</sup>, *Piché v. The Queen*, *supra*.

The rule in England is expressed in 11 Hals. (4th ed.), para. 410, in these words (footnotes omitted):

It is a fundamental condition of the admissibility in evidence against any person, equally of any oral answer given by that person to a question put by a police officer and of any statement made by that person, that it shall have been voluntary in the sense that it has not been obtained from him by fear of prejudice or hope of advantage, exercised or held out by a person in authority, or by oppression. In order to render such extra-judicial admissions or confessions admissible the prosecution must prove affirmatively to the satisfaction of the trial judge that they were not induced by any promise of favour or advantage, or by the use of fear, threats or pressure by a person in authority. It is not sufficient for the prosecution to show that the person in authority had not intended to extract a confession or that there had been no impropriety on his part; what is necessary is to show, as a matter of fact, that the statement in question had not been obtained in consequence of something said or done by him which amounted to an express or implicit threat or promise to the defendant.

The first sentence of the foregoing passage derives from the Judges' Rules published in 1964 (Home Office Circular No. 31/1964, p. 5, reprinted in "Practice Note," [1964] 1 W.L.R. 152 at p. 153). It is said to be "overriding and applicable in all cases." The Judges' Rules are, of course, merely administrative instructions which do not have the force of law in this country nor, indeed, in Eng-

<sup>3</sup> [1914] A.C. 599 (P.C.).

<sup>4</sup> (1922), 63 S.C.R. 226.

<sup>5</sup> [1949] S.C.R. 262.

### Le principe

La formulation classique du principe applicable est celle de lord Sumner dans l'arrêt *Ibrahim v. The King*<sup>3</sup>, aux pp. 609 et 610.

[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 qu'elle n'a pas été obtenue par crainte d'un préjudice ou dans l'espoir d'un avantage dispensés ou promis par une personne ayant autorité. Ce principe remonte à lord Hale.

Cette formulation de la règle a été adoptée par cette Cour: voir *Prosko c. Le Roi*<sup>4</sup>, *Boudreau c. Le Roi*<sup>5</sup>, *Piché c. La Reine*, précité.

En Angleterre, la règle est énoncée à 11 Hals. (4<sup>e</sup> éd.), par. 410, en ces termes (les notes en bas de page sont omises):

[TRADUCTION] Pour être recevable en preuve contre une personne, toute réponse verbale donnée par celle-ci à une question posée par un policier, ainsi que toute déclaration de cette personne, doit avoir été faite volontairement, c'est-à-dire ne doit pas avoir été faite par crainte d'un préjudice ou dans l'espoir d'un avantage dispensés ou promis par une personne ayant autorité, ou par intimidation. Pour que ces aveux ou déclarations extra-judiciaires soient admissibles, la poursuite doit établir positivement, à la satisfaction du juge du procès, qu'ils n'ont pas été obtenus par la promesse d'une faveur ou d'un avantage, ou sous l'effet de la crainte, de la menace ou de pressions exercées par une personne ayant autorité. Il ne suffit pas que la poursuite établisse que la personne ayant autorité n'avait pas l'intention d'arracher des aveux ou n'a commis aucun abus; il faut établir qu'en fait la déclaration en question n'a pas été obtenue grâce à des paroles ou actes de son fait équivalant à une menace ou promesse expresse ou tacite envers le défendeur.

La première phrase du passage précédent est tirée des *Judges' Rules* publiées en 1964 (Home Office Circular N° 31/1964, à la p. 5, réimprimées dans «Practice Note» [1964] 1 W.L.R. 152, à la p. 153). On dit «qu'on ne peut y déroger et qu'elles s'appliquent dans tous les cas». Bien sûr, les *Judges' Rules* ne sont que des directives administratives qui n'ont pas force de loi dans ce pays ni, d'ail-

<sup>3</sup> [1914], A.C. 599 (C.P.).

<sup>4</sup> (1922), 63 R.C.S. 226.

<sup>5</sup> [1949] R.C.S. 262.

land, but it is of importance that the sentence to which I have referred was adopted as a correct statement of the law by Lord Reid, speaking for a unanimous House of Lords in *Commissioners of Customs and Excise v. Harz*<sup>6</sup>.

I think it can now be taken to be clearly established in Canada that no statement made out of court by an accused to a person in authority can be admitted into evidence against him unless the prosecution shows, to the satisfaction of the trial judge, that the statement was made freely and voluntarily: *Boulet v. The Queen*<sup>7</sup>, *Powell v. The Queen*<sup>8</sup>, *Piché v. The Queen*, *supra*.

#### Procedure on Voir Dire

Accepting that a burden rests upon the Crown to show affirmatively that the statement sought to be introduced was voluntary, how does the Crown go about discharging that burden? In my experience, the usual procedure has been for the Crown, before adverting to the statement, to request the trial judge to retire the jury. In the absence of the jury the Crown calls witnesses, normally the police officers to whom the statement was made or given, and any other police officers who might have been in a position to threaten or to offer hope of advantage to the accused. These witnesses testify affirmatively to statements made and to the absence of threat or promise. They are cross-examined. The defence then calls its witnesses, including frequently the accused, and they are cross-examined. Then follows argument of counsel, and the ruling of the trial judge as to whether the statement is voluntary and, therefore, admissible. There is, in every sense, a trial within a trial. Once admitted, the statement goes to the jury who must then pass upon whether the statement was, in fact, made and the weight, if any, to be given to it.

#### Function of the Voir Dire

It is axiomatic that the *voir dire* and the trial itself have distinct functions. The function of the *voir dire* is to determine admissibility of evidence. The function of the trial is to determine the merits of the case on the basis of admissible evidence. The

leurs, en Angleterre, mais il faut remarquer que la phrase susmentionnée a été adoptée par lord Reid comme une formulation exacte du droit dans un arrêt unanime de la Chambre des lords, *Commissioners of Customs and Excise v. Harz*<sup>6</sup>.

Je crois qu'il est maintenant bien établi au Canada qu'aucune déclaration extra-judiciaire d'un accusé à une personne ayant autorité ne peut être admise en preuve contre lui à moins que la poursuite n'établisse à la satisfaction du juge du procès que la déclaration a été faite librement et volontairement: *Boulet c. La Reine*<sup>7</sup>, *Powell c. La Reine*<sup>8</sup>, *Piché c. La Reine*, précité.

#### La procédure au voir dire

Si l'on admet qu'il incombe au ministère public d'établir positivement que la déclaration qu'il veut introduire en preuve est volontaire, comment peut-il se libérer de ce fardeau? Selon mon expérience, le ministère public, avant de parler de la déclaration, demande habituellement au juge du procès de faire sortir le jury. En l'absence de ce dernier, le ministère public appelle des témoins, normalement les agents de police à qui la déclaration a été faite ou tout autre agent de police qui aurait été à même de menacer l'accusé ou de lui faire espérer un avantage. Ces témoins attestent que les déclarations ont été faites et qu'il n'y a eu ni menace ni promesse. Ils sont contre-interrogés. La défense appelle ensuite ses témoins, y compris souvent l'accusé, et ils sont contre-interrogés. Ensuite les avocats plaident et le juge du procès décide si la déclaration est volontaire et donc admissible. Il y a, à tout point de vue, un procès dans un procès. Une fois admise, la déclaration est soumise au jury qui doit décider si elle a effectivement été faite et éventuellement quel poids lui accorder.

#### Le rôle du voir dire

Il est évident que le voir dire et le procès lui-même jouent des rôles différents. Le voir dire sert à déterminer l'admissibilité d'un élément de preuve. Le procès vise à trancher l'affaire au fond en fonction de la preuve recevable. Le voir dire a

<sup>6</sup> [1967] 2 W.L.R. 297.

<sup>7</sup> [1978] 1 S.C.R. 332.

<sup>8</sup> [1977] 1 S.C.R. 362.

<sup>6</sup> [1967] 2 W.L.R. 297.

<sup>7</sup> [1978] 1 R.C.S. 332.

<sup>8</sup> [1977] 1 R.C.S. 362.

*voir dire* is conducted in the absence of the jury, who should not be informed, at any time, of the subject matter of the *voir dire*. The accused may testify on the *voir dire* while remaining silent during the trial. Evidence on the *voir dire* cannot be used in the trial itself. The fundamental nature of this functional separation was recently reaffirmed by this Court in *The Queen v. Gauthier*<sup>9</sup>. Mr. Justice Pigeon, speaking for the majority, stated that the procedure is similar whether or not the trial is before a jury, and he emphasized the necessity for a *voir dire* in both cases, at p. 450:

... For this reason I fail to see how it could be decided that in a trial without a jury, a *voir dire* is unnecessary, and statements made by the accused may be admitted in evidence without a preliminary decision as to whether or not they were freely and voluntarily made. *Furthermore, no one appears to suggest that in a trial without a jury a voir dire is unnecessary.* But if this is so, how can it be maintained that the rules are different? [emphasis added]

In a later passage, Pigeon J. also expressed his view that the holding of a *voir dire* is an essential requirement (at p. 451):

In deciding as it did in the case at bar, the Court allowed the accused to testify on the *voir dire* on a portion of the case that suited his purposes, while avoiding cross-examination on the rest and preventing the prosecution from referring to it. This can hardly be described as formalism; it touches one of the most basic aspects of the administration of justice, namely the rule that any judgment must be based exclusively on the evidence presented at the trial. *If it were to be held that in a trial without a jury it is not essential to hold a voir dire, and the judge may admit evidence of statements made by the accused, provided he rules on their admissibility at the end of the trial, I would not agree, but I would consider it less objectionable than a voir dire that does not respect the basic rule, namely that it is a trial within a trial, and accordingly the evidence produced therein is to be used on the voir dire only, even though the same judge presides at the voir dire and decides on the merits.* [emphasis added]

The courts have formulated strict standards governing the admissibility of statements in order to safeguard carefully the rights of an accused person. The principles focus on the jury trial, but they apply equally to trial by a judge alone.

<sup>9</sup> [1977] 1 S.C.R. 441.

lieu en l'absence du jury qui doit toujours en ignorer l'objet. L'accusé peut témoigner au voir dire et garder le silence pendant le procès lui-même. La preuve présentée au voir dire ne peut être utilisée au procès lui-même. Le caractère fondamental de cette séparation fonctionnelle a été récemment réaffirmé par cette Cour dans l'arrêt *La Reine c. Gauthier*<sup>9</sup>. Le juge Pigeon, parlant au nom de la majorité, a déclaré que la procédure est semblable, que le procès ait lieu devant un jury ou non, et il souligne la nécessité d'un voir dire dans les deux cas, à la p. 450:

... C'est pourquoi je ne vois pas comment on pourrait décider que dans un procès sans jury un «voir dire» n'est pas nécessaire et la preuve de déclarations par l'accusé peut être reçue sans décision préliminaire sur leur caractère libre et volontaire. *Au reste, personne ne semble suggérer que dans un procès sans jury un «voir dire» n'est pas nécessaire.* Mais s'il en est ainsi, comment peut-on soutenir que les règles en sont alors modifiées? [Les italiques sont de moi]

Plus loin, le juge Pigeon se dit aussi d'avis que la tenue d'un voir dire est une exigence fondamentale (à la p. 451):

En statuant comme on l'a fait dans la présente cause, on permet à l'accusé de témoigner lors d'un «voir dire» sur une partie de la cause où cela fait son affaire tout en se soustrayant au contre-interrogatoire sur le reste et en empêchant la poursuite d'en faire état. On ne saurait voir là du formalisme car on touche à ce qu'il y a de plus fondamental dans l'administration de la justice, c'est-à-dire la règle qu'il faut juger exclusivement suivant la preuve faite au procès. *Si l'on disait que lors d'un procès sans jury il n'est pas indispensable de recourir au «voir dire» et le juge peut recevoir la preuve de déclarations de l'accusé sous réserve de statuer à la fin sur leur admissibilité, je ne serais pas d'accord* mais j'y verrais une moins grande objection qu'à procéder au «voir dire» sans en respecter la règle fondamentale, savoir que c'est un procès dans un procès, de telle sorte que la preuve qui y est faite ne sert que pour cette fin-là quoique ce soit le même juge qui préside le «voir dire» et prononce sur le fond. [Les italiques sont de moi]

Les critères d'admissibilité des déclarations fixés par les tribunaux sont rigoureux afin de garantir soigneusement les droits de l'accusé. Les principes ont été définis à l'occasion de procès par jury, mais ils s'appliquent également aux procès par juge seul.

<sup>9</sup> [1977] 1 R.C.S. 441.

### The Court of Appeal Decision

It would seem to follow, as a matter of simple logic, that if the Crown fails to establish that the statement was not obtained by fear of prejudice or hope of advantage held out by a person in authority, it has failed to discharge the burden upon the Crown and the statement should be ruled inadmissible. In the case at bar, however, the trial judge, sitting without a jury, notwithstanding a request of defence counsel, refused to hold a *voir dire* in respect of two statements made by the appellant Erven to police officers. In upholding the conviction, the Appeal Division of the Supreme Court of Nova Scotia adopted what had been said earlier by Macdonald J.A. of that Court (16 N.S.R. (2d) 422-427) in respect of a statement given to the police by one Mayer, a co-accused of Erven, when Mayer's conviction was under appeal. The points taken by Mr. Justice Macdonald were: (i) when questioned by the police, the accused was not under arrest, nor even under the threat of arrest; (ii) in the opinion of Mr. Justice Macdonald, the conversation by the accused with the police officer was entirely voluntary and "even if a *voir dire* had been held such would surely have been found to have been made voluntarily and hence admissible in evidence." Mr. Justice Macdonald quoted from an earlier judgment of the Appeal Division (*R. v. Spencer*<sup>10</sup>) in which the view was taken that the holding of a *voir dire* would have been an "unnecessary farce" and the law does not require that a judge hold a "wholly useless *voir dire*" when the result would have been the same if the magistrate had held a *voir dire*.

Two issues arise from the Court of Appeal decision, one substantive as to the scope of the general rule, and one procedural as to how the general rule is to be put into practice in the course of the trial. I will deal with the substantive issue first.

### Investigatory Stage

I cannot accept the view that a *voir dire* is unnecessary (or required only where special circumstances cast doubt on voluntariness) if the statement in question is made to police during

<sup>10</sup> (1973), 6 N.S.R. (2d) 555.

### L'arrêt de la Cour d'appel

Logiquement il devrait s'ensuivre que si le ministère public n'établit pas que la déclaration n'a pas été obtenue par crainte d'un préjudice ou dans l'espoir d'un avantage promis par une personne ayant autorité, il ne s'est pas libéré de son fardeau et la déclaration doit être jugée irrecevable. En l'espèce cependant, le juge du procès qui siégeait sans jury a refusé de tenir un voir dire sur deux déclarations faites par l'appellant Erven aux policiers, bien que l'avocat de la défense l'ait demandé. La Division d'appel de la Cour suprême de la Nouvelle-Écosse a maintenu la condamnation et s'est ralliée à ce qu'avait dit le juge Macdonald de cette cour-là (16 N.S.R. (2d) 422-427) relativement à la déclaration faite par un nommé Mayer, un coaccusé d'Erven, alors que la condamnation de Mayer était en appel. Voici les points qu'avait retenus le juge Macdonald: (i) lorsqu'il a été interrogé par la police, l'accusé n'était pas en état d'arrestation ni même menacé d'arrestation; (ii) selon le juge Macdonald, la conversation entre l'accusé et le policier était totalement volontaire et [TRADUCTION] «même si l'on avait tenu un voir dire, on aurait sûrement conclu à son caractère volontaire et donc à son admissibilité en preuve». Le juge Macdonald a cité un arrêt antérieur de la Division d'appel (*R. v. Spencer*<sup>10</sup>) où l'on avait jugé qu'un voir dire n'aurait été qu'une «farce superflue» et que la loi n'exige pas que le juge tienne un «voir dire tout à fait inutile» lorsque le résultat aurait été le même suite au voir dire.

La décision de la Cour d'appel pose deux questions: une question de fond sur la portée de la règle générale et une question de procédure sur l'application pratique de la règle générale pendant le procès. J'examinerai d'abord la question de fond.

### L'enquête

Je ne puis admettre qu'un voir dire soit superflu (ou nécessaire seulement lorsque des circonstances particulières jettent un doute sur le caractère volontaire) lorsqu'il s'agit d'une déclaration faite à

<sup>10</sup> (1973), 6 N.S.R. (2d) 555.



investigation of a crime, rather than after the accused is in custody, or after he has been charged, or a decision to charge him has been reached, see, e.g.: *R. v. Rushton*<sup>11</sup>; *R. v. Swezey*<sup>12</sup>; *R. v. Spencer, supra*; *R. v. Armstrong*<sup>13</sup>. Such statements of the accused enjoy no exemption from the requirement of proof of voluntariness before admission into evidence. As Martin J.A. stated, in words I would adopt, in *R. v. Swezey*, at p. 413:

I conclude that the rule with respect to proof of voluntariness is not confined to statements made by a person in custody or charged or about to be charged with an offence. I am consequently of the view that a statement made by a person to a police officer conducting an investigation with respect to a suspected offence must be shown to have been made voluntarily before it is admissible against that person in a criminal trial in which he is an accused. The words "statement by an accused" used by Lord Sumner in *Ibrahim v. The King*, [1914] A.C. 599, in my view, refer to a statement made by a person who is an accused in a criminal trial when the statement is sought to be introduced against him rather than to the fact that he was an accused at the time he made the statement.

As Idington J. stated in the decision of this Court in *Prosko v. The King, supra*, at p. 234:

It is the inducement exercised by the officers in charge that is to be guarded against and not the accidental circumstances of an arrest and the bearing thereof on the mind of one accused that has to be guarded against.

The voluntariness rule is one of broad and general application. It applies with as much force to statements made during investigation as to statements made after the accused person is in custody. The procedure does not vary depending upon the stage at which the statement is made. Such a distinction would be fraught with difficulties in its application. Is the test subjective or objective? Where is the line to be drawn when investigation, discovery, custody, and arrest are a rapid continuous series of events? Practical considerations provide an additional reason which dictates the rejection of this distinction. The opportunities for

<sup>11</sup> (1974), 20 C.C.C. (2d) 297 (Ont. C.A.).

<sup>12</sup> (1974), 20 C.C.C. (2d) 400 (Ont. C.A.).

<sup>13</sup> [1970] 1 C.C.C. 136 (N.S.S.C., A.D.).

la police pendant l'enquête sur un crime, plutôt qu'après la mise en détention ou l'inculpation de l'accusé, ou après qu'on a décidé de l'inculper, voir *R. v. Rushton*<sup>11</sup>; *R. v. Swezey*<sup>12</sup>; *R. v. Spencer, précité*; *R. v. Armstrong*<sup>13</sup>. De telles déclarations de l'accusé ne sont en aucune façon exemptées de la règle, savoir que la preuve de leur caractère volontaire doit être faite avant qu'on puisse les admettre. Je me rallie à ce que disait le juge Martin dans *R. v. Swezey*, à la p. 413:

[TRADUCTION] Je conclus que la règle concernant le caractère volontaire ne se limite pas aux déclarations faites par une personne en détention, inculpée ou sur le point de l'être. Je suis donc d'avis qu'il faut établir le caractère volontaire d'une déclaration faite à un policier pendant l'enquête sur une infraction possible avant que cette déclaration soit recevable au procès de la personne qui l'a faite. L'expression «déclaration d'un accusé» (utilisée par lord Sumner dans l'arrêt *Ibrahim v. The King*, [1914] A.C. 599) vise, à mon avis, toute déclaration faite par une personne qui est accusée dans une affaire criminelle lorsqu'on veut produire ladite déclaration et non pas les seules déclarations faites par cette personne après sa mise en accusation.

Comme le disait le juge Idington dans un arrêt de cette Cour, *Prosko c. Le Roi, précité*, à la p. 234:

[TRADUCTION] Il faut se garder de l'influence exercée par les policiers en service et non des circonstances accessoires de l'arrestation et des conséquences qu'elle peut avoir sur l'esprit de l'accusé.

La règle concernant le caractère volontaire doit recevoir une application large et générale. Elle s'applique tout autant aux déclarations faites pendant l'enquête qu'aux déclarations faites pendant la détention de l'accusé. La procédure ne diffère pas selon le moment auquel la déclaration est faite. L'application d'une telle distinction serait fertile en difficultés. Le critère est-il subjectif ou objectif? Comment délimiter l'enquête, le repérage, la détention et l'arrestation lorsqu'ils constituent une succession rapide d'événements? Des considérations d'ordre pratique justifient également le rejet de cette distinction. Les possibilités d'abus par le

<sup>11</sup> (1974), 20 C.C.C. (2d) 297 (Ont. C.A.).

<sup>12</sup> (1974), 20 C.C.C. (2d) 400 (Ont. C.A.).

<sup>13</sup> [1970] 1 C.C.C. 136 (N.S.S.C., A.D.).

abuse by delaying arrest are obvious. I should note in passing that even cases supporting a special rule for statements made at the investigative stage generally require a *voir dire* where counsel expressly contests the admissibility of the statements, as counsel did in the present case: see *R. v. Swezey, supra*, at p. 417.

#### “Volunteered”

Nor can I accede to the second proposition which found favour with the Appeal Division, namely, that a *voir dire* is unnecessary where a statement is “obviously voluntary” or “volunteered”, or where the voluntariness of a statement is “apparent from the circumstances under which it was made”, or when it can be “abundantly established in some other way”, absent a *voir dire*: see *R. v. Spencer, supra*; *R. v. Swezey, supra*; *R. v. Toulany*<sup>14</sup>.

No doubt the “obviously voluntary” test derives from a desire to encourage practical efficiency in the conduct of trials. On that point alone, there are grounds for some doubt as to the efficacy of the test. However, there are also other interests which must be weighed in the balance along with efficiency—(i) the assurance of a full hearing of the evidence of both sides on the issue of voluntariness; (ii) the maintenance of the rights of the accused; and (iii) the integrity of the functional distinction between the *voir dire* and the trial itself. It is in the light of each of these interests, as well as that of trial economy, that the proposed test for a *voir dire* ought to be measured.

#### Hearing All the Evidence

In my respectful opinion, no judge at trial nor appellate judge should decide any issue on hearing only one side of the matter. It is trite in civil law that anyone having the duty to decide anything must hear both sides before reaching a decision. The obligation is not any less in criminal law. Unusual prescience would be required to determine that a statement is obviously voluntary before the accused has had a chance to call witnesses, testify, and present argument, and where

<sup>14</sup> (1973), 16 C.C.C. (2d) 208 (N.S.S.C., A.D.).

moyen d'arrestations tardives sont évidentes. Je ferai remarquer que même les arrêts qui appuient une règle spéciale pour les déclarations faites lors de l'enquête exigent généralement un *voir dire* lorsque l'avocat conteste expressément l'admissibilité des déclarations, comme il l'a fait en l'espèce: voir *R. v. Swezey*, précité, à la p. 417.

#### «Spontanée»

Il m'est également impossible d'admettre le deuxième argument accepté par la Cour d'appel, savoir, que le *voir dire* n'est pas nécessaire lorsque la déclaration est «manifestement volontaire» ou «spontanée» ou lorsque le caractère volontaire de la déclaration «ressort manifestement des circonstances dans lesquelles elle a été faite», ou «est amplement établi d'une autre façon», sans *voir dire*; *R. v. Spencer*, précité; *R. v. Swezey*, précité; *R. v. Toulany*<sup>14</sup>.

Sans aucun doute le critère du «manifestement volontaire» provient d'un désir d'assurer le prompt déroulement des procès. On peut, de ce seul point de vue, douter de l'efficacité du critère. Cependant des facteurs autres que cet aspect pratique doivent également être soupesés—(i) l'assurance d'un débat contradictoire sur la question du caractère volontaire; (ii) le maintien des droits de l'accusé; et (iii) l'intégrité de la distinction fonctionnelle entre le *voir dire* et le procès lui-même. C'est en fonction de chacun de ces facteurs et de l'économie du procès qu'il faut mesurer le critère suggéré pour le *voir dire*.

#### Le débat contradictoire

Avec égards, je pense qu'aucun juge, en première instance comme en appel, ne devrait se prononcer sur une question sans entendre les deux parties. C'est un axiome en droit civil que quiconque a l'obligation de décider quelque chose doit préalablement entendre les deux parties. L'obligation n'est pas moindre en droit criminel. Il faudrait une prescience remarquable pour décider qu'une déclaration est manifestement volontaire avant que l'accusé ait cité ses témoins, témoigné et plaidé et

<sup>14</sup> (1973), 16 C.C.C. (2d) 208 (N.S.S.C., A.D.).

all the persons involved have not been called as required by *Thiffault v. The Queen*<sup>15</sup>.

What would occur if a statement could be admitted without a *voir dire* where the context did not cast doubt on its voluntariness? The testimony of the Crown witness outlining the circumstances surrounding the statement might give no indication of any involuntariness. Defence witnesses might be prepared to give contrary testimony which might be believed over that of the Crown witness. The defence witnesses, however, could not be called at this point, as they can only be called after the Crown has concluded its case. Thus no evidence up to this point would have cast any doubt on the voluntariness of the statement, and it would be admitted into evidence for consideration by the jury. Even if the statement were later excluded, the harm would be done: see *R. v. Armstrong, supra*. As Dennistoun J.A., speaking for the Manitoba Court of Appeal in *R. v. Baschuk*<sup>16</sup>, said at p. 209:

Once the confession was read to the jury it was hopeless for the accused to call witnesses to show it was not a voluntary statement. The damage was done and could not be undone.

All surrounding circumstances must be examined on a *voir dire*. Although the main point of decision in *Boudreau v. The King, supra*, was that the absence of a warning would not bind the hands of the court so as to compel it to rule out a statement, Kerwin J. said, at p. 267: "All the surrounding circumstances must be investigated and, if upon their review the Court is not satisfied of the voluntary nature of the admission, the statement will be rejected." The last words of the last defence witness to testify in respect of the statement may establish that it was involuntary.

#### Rights of the Accused

An accused may testify on a *voir dire* without prejudice to his privilege not to take the stand before the jury. He may be examined and cross-

<sup>15</sup> [1933] S.C.R. 509.

<sup>16</sup> (1931), 56 C.C.C. 208.

avant que toutes les personnes impliquées aient comparu, comme l'exige l'arrêt *Thiffault c. La Reine*<sup>15</sup>.

Que se produirait-il si l'on pouvait admettre une déclaration en preuve sans voir dire lorsque le contexte ne permet pas de douter de son caractère volontaire? La déposition des témoins du ministère public quant aux circonstances de la déclaration ne pourrait en aucune façon indiquer que cette dernière a été extorquée. Les témoins de la défense pourraient être prêts à offrir des témoignages contraires qui pourraient être préférés à ceux des témoins à charge. Cependant les témoins de la défense ne peuvent être cités à ce stade puisqu'il faut attendre pour ce faire que le ministère public ait conclu sa preuve. Donc jusque là, aucune preuve ne mettrait en doute le caractère volontaire de la déclaration et cette dernière serait admise en preuve et soumise au jury. Même si la déclaration était exclue plus tard, le mal serait fait: voir *R. v. Armstrong, précité*. Comme l'a dit le juge Dennistoun, au nom de la Cour d'appel du Manitoba, dans l'arrêt *R. v. Baschuk*<sup>16</sup>, à la p. 209:

[TRADUCTION] Une fois les aveux lus au jury, il devenait inutile que l'accusé cite des témoins pour démontrer qu'elle n'était pas volontaire. Le mal était fait et ne pouvait être réparé.

Toutes les circonstances doivent être étudiées au voir dire. Bien que le point principal de l'arrêt *Boudreau c. Le Roi, précité*, soit que l'absence d'une mise en garde ne doit pas lier la cour au point de la forcer à déclarer les aveux irrecevables, le juge Kerwin dit à la p. 267: [TRADUCTION] «La Cour doit considérer toutes les circonstances qui ont entouré la déclaration et si, après cet examen, elle n'est pas convaincue de son caractère volontaire, elle doit la rejeter». Il se peut que les toutes dernières paroles du dernier témoin de la défense à témoigner sur la déclaration puissent établir qu'elle a été extorquée.

#### Les droits de l'accusé

Un accusé peut témoigner à un voir dire sans préjudice de son droit de ne pas témoigner devant le jury. Il peut être interrogé et contre-interrogé

<sup>15</sup> [1933] R.C.S. 509.

<sup>16</sup> (1931), 56 C.C.C. 208.

examined with regard to the statement allegedly given by him to one in authority, but not upon his innocence or guilt.

It is a most important right of the accused to call witnesses and present argument separately on the issue of the admissibility of a statement directly after the Crown's evidence on this matter has been adduced. This right would be totally lost if a statement of the accused could be admitted without a *voir dire* as part of the Crown's evidence because nothing in that evidence cast doubt on its voluntariness. An accused has the right to testify in the absence of the jury on the issue of voluntariness alone. On the *voir dire* he is permitted to testify on the issue of the voluntary nature of his statement without prejudice to his right not to testify on the main issue. The testimony of the accused may be the only evidence which indicates involuntariness. If a *voir dire* is not held, and the accused exercises his right not to testify on the main issue, the evidence negating voluntariness will never be revealed to the trial court nor to an appellate court. If the judge denies a *voir dire*, the accused may have to become a witness on the issue of whether the statement is voluntary, but he thereby is improperly exposed to Crown examination on the main issue of guilt or innocence. The effect of limiting the *voir dire* to cases where there is evidence of *involuntariness* is to obligate the accused to adduce such evidence, thereby relieving the Crown of a burden which properly rests on the Crown and placing an unwarranted evidential burden upon the accused.

#### The Distinction between *Voir Dire* and Trial

The essential separation between proceedings on a *voir dire* and those in the trial itself would be undermined if a *voir dire* were held only where doubt was cast on the voluntariness of a statement by evidence given in the trial itself. As Kaufman says in *The Admissibility of Confessions* (2nd ed.), at p. 51, "... to say that a statement may have been admissible without a *voir dire* because it was voluntary is putting the cart before the horse." The importance of keeping all evidence of a statement from the jury unless the statement is admit-

relativement à la déclaration qu'il aurait faite à quelqu'un ayant autorité, mais pas au sujet de son innocence ou de sa culpabilité.

Le droit de l'accusé de citer des témoins et de plaider séparément sur la question de l'admissibilité d'une déclaration dès que le ministère public a présenté sa preuve sur cette question est des plus importants. Ce droit disparaîtrait entièrement si une déclaration de l'accusé pouvait être admise comme preuve à charge, sans voir dire, parce que rien dans cette preuve ne jette de doute sur son caractère volontaire. Un accusé n'a le droit de témoigner en l'absence du jury que sur la question du caractère volontaire. Au voir dire, il peut témoigner sur la question du caractère volontaire de sa déclaration sans préjudice de son droit de ne pas témoigner sur la question principale. Il se peut que le témoignage de l'accusé soit la seule preuve de l'extorsion de la déclaration. Sans voir dire, et si l'accusé exerce son droit de ne pas témoigner sur la question principale, la preuve niant le caractère volontaire ne sera jamais révélée à la cour de première instance ni à la cour d'appel. Si le juge refuse le voir dire, l'accusé peut être amené à témoigner sur la question du caractère volontaire de la déclaration, mais il s'expose alors à l'interrogatoire de la poursuite sur la question principale de la culpabilité ou de l'innocence. Si on limite le voir dire aux cas où il existe des éléments de preuve de l'extorsion de la déclaration, on oblige l'accusé à fournir cette preuve; on libère ainsi le ministère public d'un fardeau qui doit lui incomber et on impose à l'accusé un fardeau de preuve injustifié.

#### La distinction entre voir dire et procès

La différence essentielle entre les procédures de voir dire et le procès lui-même serait annihilée si l'on réservait le voir dire aux cas où la preuve présentée au procès lui-même jette un doute sur le caractère volontaire d'une déclaration. Comme le dit Kaufman dans *The Admissibility of Confessions* (2<sup>e</sup> éd.), à la p. 51 [TRADUCTION] «... dire qu'une déclaration peut être jugée recevable sans voir dire parce qu'elle est volontaire, c'est mettre la charrue avant les bœufs». Kaufman explique, dans le passage suivant, pourquoi il est important

ted in evidence is expressed by Kaufman in the following passage (at p. 52):

Despite these last two judgments [*John v. The Queen*, [1971] S.C.R. 781 and *R. v. Bohack* (1971), 6 C.C.C. (2d) 457 (Ont. C.A.)], it would still appear that a *voir dire* must be held, and where the Crown attempts to tender a statement without first requesting a trial within the trial, the Court must order it *proprio motu*. This may create a problem where the jury was made aware of the existence of a statement. In that case, the Court should proceed with the *voir dire*, but if the statement is rejected, a mistrial may be in order.

Can it ever be said that an answer given in response to questions asked by a police officer in circumstances of compulsive authority, as in the case at bar, are "volunteered?" One immediate objection to the introduction of an exception related to "obviously voluntary" or "volunteered" is the likelihood of confusing the word (i) "voluntary", which has a well-recognized and technical connotation when used in relation to statements given by accused persons to those in authority (variously expressed, but generally taken to mean free of fear of prejudice or hope of advantage) with the word (ii) "volunteered", which is a word of common parlance implying spontaneity. Yet, as pointed out in "Developments in the Law: Confessions" (1966), 79 Harv. L. Rev. 935, 1103, the Canadian concept of voluntariness, unlike the one prevailing in Scotland, does not imply spontaneity. Rand J. made this clear in *R. v. Fitton*<sup>17</sup>, at pp. 962-3, where he said: "The Chief Justice of Ontario, speaking for the majority of the Court of Appeal, has treated the expression 'freely and voluntarily' used in *Boudreau v. The King*, as if it connoted only a spontaneous statement, one unrelated to anything as cause or occasion in the conduct of the police officers; but with the greatest respect that is an erroneous interpretation of what was there said."

Statements should not slip in without a *voir dire* under the pretext that they form part of the *res gestae*: see *R. v. Spencer*, *supra*; *R. v. Toulany*, *supra*. The rules regarding *res gestae* are substantive rules regarding hearsay and the admissibility

<sup>17</sup> [1956] S.C.R. 958.

de ne pas révéler au jury l'existence d'une déclaration à moins que celle-ci soit admise en preuve (à la p. 52):

[TRANSLATION] En dépit de ces deux dernières décisions [*John c. La Reine*, [1971] R.C.S. 781 et *R. v. Bohack* (1971), 6 C.C.C. (2d) 457 (C.A. Ont.)], il semble toujours qu'il faille recourir au voir dire et, lorsque le ministère public cherche à présenter en preuve une déclaration sans demander préalablement un voir dire, la Cour doit l'ordonner de son propre chef. Cela peut créer un problème lorsque le jury a été informé de l'existence d'une déclaration. Dans ce cas, la Cour doit tenir un voir dire, mais le rejet de la déclaration peut invalider le procès.

Peut-on jamais dire que les réponses données à des questions posées par un policier dans une situation de coercition, comme en l'espèce, sont «spontanées»? Une première objection à la création d'une exception dans le cas de déclarations «manifestement volontaires» ou «spontanées» est le danger de confondre le mot (i) «volontaire» qui a une connotation technique bien établie en matière de déclarations faites par des accusés aux personnes ayant autorité (ce qui est exprimé de diverses façons, mais signifie généralement sans crainte de préjudice ni l'espoir d'un avantage) avec le mot (ii) «spontanée» qui dans le langage courant comporte la notion d'initiative. Toutefois comme on le dit dans «*Developments in the Law: Confessions*» (1966), 79 Harv. L. Rev. 935, 1103, le concept canadien du caractère volontaire, contrairement à celui qui prévaut en Écosse, n'implique pas la spontanéité. Le juge Rand est très explicite à ce sujet dans l'arrêt *R. c. Fitton*<sup>17</sup>, aux pp. 962 et 963, où il dit: [TRANSLATION] «Le juge en chef de l'Ontario, parlant pour la majorité de la Cour d'appel, a traité l'expression «librement et volontairement» utilisée dans l'arrêt *Boudreau c. Le Roi* comme si elle s'appliquait seulement à une déclaration spontanée, sans aucun rapport avec la conduite des policiers; avec égards, c'est là une mauvaise interprétation de ce qui a été dit».

Les déclarations ne devraient pas s'insinuer dans la preuve sans voir dire sous prétexte qu'elles font partie de la *res gestae*: voir les arrêts *R. v. Spencer*, précité, et *R. v. Toulany*, précité. Les règles concernant la *res gestae* sont des règles de droit

<sup>17</sup> [1956] R.C.S. 958.

of evidence. They do not affect the procedure by which decisions are to be made regarding admissibility of statements made to persons in authority. Statements constituting part of the *res gestae* are admissible as exceptions to the general rule excluding hearsay. As with all statements by an accused, they are subject to the general requirement of voluntariness. In order to determine whether they are voluntary, as well as whether they are, in fact, part of the *res gestae* and otherwise admissible, such statements must be considered by the judge on a *voir dire* in the absence of the jury.

### The Efficient Administration of Criminal Justice

I suspect that in a trial by judge sitting without a jury there is a tendency, in what is thought to be the interests of trial economy, to lose sight of the distinction between *voir dire* and *trial*. The distinction is just as important when the judge is sitting alone (and assumes also the jury function of trier of fact) as when he is presiding at a trial with jury, and the same rules apply so far as the *voir dire* is concerned: *R. v. Gauthier, supra*. The distinction between a "formal" and an "informal" *voir dire* was firmly rejected by this Court in *Powell*, at p. 368, where Mr. Justice de Grandpré said:

I note that for the second time the learned appeal judge uses the expression "formal *voir dire*". I assume that this is a slip of the pen because no *voir dire* at all was held and, in any event, I cannot see any difference between an informal *voir dire* and a formal one.

It is sometimes urged that the holding of a *voir dire* results in delay and, therefore, a loss in trial economy. I have some doubt whether trial economy would be achieved by recognition of an exception, expressed in terms of "volunteered" or "obviously voluntary", to the general requirement of a *voir dire*. The normal response, if a *voir dire* were denied, would be an appeal, with consequent cost in time and money. Accepting, *arguendo*, that a *voir dire* entails delay in the judicial process, it does not necessarily follow that efficient administration of justice should be sought at the expense of the legitimate rights of an accused.

It must be sound policy to have rules of practice which are clear and uncomplicated. This is par-

positif relatives au oui-dire et à l'admissibilité de la preuve. Elles ne touchent pas la procédure qui sert à décider de l'admissibilité des déclarations faites à des personnes ayant autorité. L'admissibilité des déclarations, qui font partie de la *res gestae*, est une exception à la règle générale d'exclusion du oui-dire. Comme toutes les déclarations d'un accusé, elles sont soumises à l'exigence générale du caractère volontaire. Afin de décider si elles sont volontaires et si elles font en fait partie de la *res gestae* ou sont recevables pour d'autres raisons, ces déclarations doivent être examinées par le juge dans un *voir dire*, en l'absence du jury.

### L'administration efficace de la justice criminelle

J'imagine que dans un procès où le juge siège sans jury, on a tendance à perdre de vue la distinction entre le *voir dire* et le *procès* sous prétexte de l'intérêt de l'économie du procès. La distinction est tout aussi importante lorsque le juge siège seul (et, comme le jury, joue le rôle de juge du fond) que lorsqu'il préside un procès avec jury, et les mêmes règles s'appliquent pour le *voir dire*: *R. c. Gauthier*, précité. Cette Cour a fermement rejeté la distinction entre *voir dire* «officiel» et *voir dire* «non officiel» dans l'arrêt *Powell* où le juge de Grandpré a dit à la p. 368:

Je remarque que le savant juge emploie pour la deuxième fois l'expression «voir dire» officiel. Je suppose qu'il s'agit là d'un lapsus, car aucun «voir dire» n'a eu lieu et, de toute façon, je ne vois aucune différence entre un «voir dire» non officiel et un «voir dire» officiel.

On prétend parfois que le *voir dire* entraîne des retards et ralentit donc le procès. Je doute que l'on puisse accélérer le procès en faisant pour les déclarations «spontanées» ou «manifestement volontaires» une exception à l'exigence générale d'un *voir dire*. En cas de refus d'un *voir dire*, la réaction normale est d'en appeler, avec les dépenses et les retards que cela implique. En admettant même, pour les besoins de la discussion, que le *voir dire* entraîne des retards dans le processus judiciaire, il ne s'ensuit pas nécessairement qu'il faille rendre l'administration de la justice plus efficace aux dépens des droits légitimes de l'accusé.

Il est bon d'avoir des règles de pratiques claires et simples et c'est particulièrement vrai en droit

ticularly true in the field of criminal law. Rules should be such as to be easily applied in the great variety of cases and circumstances which daily come before the courts. In my respectful view, a rule requiring a *voir dire* only after there is some evidence suggesting involuntariness is neither clear nor easily applied.

If a statement is, in fact, "volunteered", this means merely that voluntariness is easier to establish than in other cases. It does not mean there is a different procedure to determine voluntariness. The *voir dire* in such a case may take only a few minutes. On the other hand, where the initial impression is that the statement was voluntary, other evidence on the *voir dire* may point to quite the opposite conclusion. Either way, the rights of the accused will be protected and the efficient administration of justice enhanced by the holding of a *voir dire*.

Further, I would not want to say that counsel may not expressly waive the holding of a *voir dire* in a proper case where all precautions have been taken: see *Powell v. The Queen*, *supra*, at p. 368; *R. v. Swezey*, *supra*, at p. 416; *R. v. Dietrich*<sup>18</sup>, at pp. 734-7 (Ont. C.A.) (leave to appeal to this Court dismissed [1970] S.C.R. xi). I do not express any concluded view on the matter of waiver, however, as there is no suggestion that defence counsel waived *voir dire* in the case at bar.

### The Cases

Generally speaking, the authorities appear to be against any exception to the general rule requiring a *voir dire*. In the recent case of *Boulet v. The Queen*, *supra*, it was affirmed that previous statements made under oath by the accused *during a judicial proceeding* are admissible without proof of voluntariness, and that therefore no *voir dire* is required in respect of such statements. The Court, speaking through Mr. Justice Beetz, contrasted the situation where a statement is made out of court to a person in authority and clearly envisaged that the admissibility of such a statement would always

<sup>18</sup> [1970] 3 O.R. 725, leave to appeal refused [1970] S.C.R. xi.

criminel. Les règles doivent pouvoir s'appliquer aisément à la multitude de situations soumises quotidiennement aux tribunaux. Avec égards, je crois qu'une règle n'exigeant le voir dire que lorsqu'il existe un élément de preuve de l'extorsion de la déclaration n'est ni claire ni facile à appliquer.

Si, en fait, une déclaration est «spontanée» cela signifie simplement que son caractère volontaire est plus facile à établir que dans d'autres cas. Cela ne signifie pas qu'il faut suivre une procédure différente pour en décider. En pareil cas, le voir dire peut ne durer que quelques minutes. Par ailleurs, si à première vue la déclaration semble volontaire, d'autres preuves présentées au voir dire peuvent mener à une conclusion tout à fait contraire. D'une façon ou de l'autre, les droits de l'accusé seront protégés et l'efficacité de l'administration de la justice sera accrue par la tenue d'un voir dire.

Toutefois, je ne veux pas dire que l'avocat ne peut pas renoncer expressément au voir dire dans un cas donné, lorsque toutes les précautions ont été prises: voir *Powell c. La Reine*, précité, à la p. 368; *R. v. Swezey*, précité, à la p. 416; *R. v. Dietrich*<sup>18</sup>, aux pp. 734-737 (C.A. Ont.) (autorisation d'appeler refusée par cette Cour [1970] R.C.S. xi). Cependant, je ne me prononce pas sur la question de la renonciation puisqu'en l'espèce, il est clair que l'avocat n'a pas renoncé au voir dire.

### La jurisprudence

Globalement, la jurisprudence s'oppose à toute exception à la règle générale qui exige un voir dire. Dans un arrêt récent, *Boulet c. La Reine*, précité, cette Cour a confirmé que les déclarations antérieures faites sous serment par l'accusé *au cours d'une procédure judiciaire* sont admissibles sans preuve de leur caractère volontaire et donc aucun voir dire n'est nécessaire à leur égard. Le juge Beetz, au nom de la Cour, a distingué le cas où la déclaration est faite hors cour à une personne constituée en autorité et dit clairement que l'admissibilité d'une telle déclaration doit toujours être

<sup>18</sup> [1970] 3 O.R. 725, autorisation d'appeler refusée [1970] R.C.S. xi.

be decided in the absence of the jury, on a *voir dire*, (at p. 343):

The courts have long made a distinction between statements made by the accused out of court to persons in authority and those which are made in a judicial proceeding. The first are admitted in evidence *once the presiding judge had decided alone, without the jury, after a voir dire*, that they were freely and voluntarily made, the onus of proving these conditions being on the prosecution: *R. v. Warickshall; Rex v. Baldry; Ibrahim v. Rex; Piché v. The Queen; Powell v. The Queen*. [emphasis added]

While the decision in *Powell v. The Queen*, was carefully restricted to what was necessary to decide the outcome of that case, it nevertheless established a stringency in the need for a *voir dire* which is consistent only with its requirement in all cases where voluntariness must be established. In his reasons, Mr. Justice de Grandpré quoted the Court of Appeal's view of the matter, at p. 367:

In our view, it would have been preferable for the trial judge to have conducted a formal *voir dire*, then ruling on the voluntariness of the statement [ . . . ]; but it is perfectly plain from his reasons for judgment that he directed himself to that question and considered the statement to be voluntary.

and then de Grandpré J. stated.

I am unable to accede to the proposition that if a trial judge directs himself to the question of the voluntariness of a statement and is satisfied on the whole of the evidence of the guilt of the accused, there is no need for a *voir dire*.

In *Powell* this Court also expressly rejected the contention that a *voir dire* was only needed where counsel for the accused objected to the admission of the evidence. Mr. Justice de Grandpré stated, at p. 368:

The Crown further submits that, the evidence of Constable Fisher having been received without any objection by counsel for the accused, this silence amounts to an admission that the statement was voluntary. Although the point was mentioned by Hall J.A., it was not dealt with in the Court of Appeal. For my part, I do not believe that this submission is well founded. While I might be ready to accept in a proper case that counsel for an accused may well waive the holding of a *voir dire*, I see a considerable difference between an expressed waiver surrounded by all the precautions

décidée en l'absence du jury, au cours d'un voir dire (à la p. 343):

Depuis longtemps, la jurisprudence distingue les déclarations faites hors cour par l'accusé à des personnes constituées en autorité, de celles qu'il a faites lors d'une procédure judiciaire. Les premières sont admises en preuve *une fois que le président du tribunal a décidé seul, sans jury, après un voir dire*, qu'elles ont été faites librement et volontairement, la preuve qu'elles ont été ainsi faites incombant à la poursuite: *R. v. Warickshall; Rex v. Baldry; Ibrahim v. Rex; Piché c. La Reine; Powell c. La Reine*. [Les italiques sont de moi]

Bien que l'arrêt *Powell c. La Reine* soit soigneusement limité à ce qui était nécessaire pour trancher cette affaire-là, il révèle néanmoins dans l'exigence d'un voir dire une certaine rigueur qui n'est compatible qu'avec sa nécessité dans tous les cas où il faut établir le caractère volontaire. Dans ses motifs, le juge de Grandpré cite l'opinion de la Cour d'appel sur ce point, à la p. 367:

[TRADUCTION] A notre avis, il aurait été préférable que le juge de première instance tienne un «voir dire» officiel et statue sur le caractère volontaire de la déclaration selon laquelle l'accusé était sur les lieux du présumé délit; mais il est parfaitement clair, d'après ses motifs de jugement, qu'il s'est penché sur la question et qu'il a considéré que la déclaration était volontaire.

et ensuite le juge de Grandpré dit:

Je ne puis accepter la proposition selon laquelle un «voir dire» n'est pas nécessaire si un juge de première instance prend en considération le caractère volontaire d'une déclaration et si, d'après l'ensemble de la preuve, il est convaincu de la culpabilité de l'accusé.

Dans l'arrêt *Powell*, cette Cour a nettement rejeté la prétention qu'un voir dire n'était nécessaire que lorsque l'avocat de l'accusé s'opposait à l'admission de la preuve. Le juge de Grandpré dit à la p. 368:

La Couronne prétend de plus que, le témoignage de l'agent Fisher ayant été reçu sans que l'avocat de l'accusé n'y fasse aucune objection, ce silence équivaut à admettre que la déclaration était volontaire. Ce point, bien que mentionné par le juge Hall, n'a cependant pas été traité par la Cour d'appel. Quant à moi, je ne crois pas que cette prétention soit bien fondée. Je pourrais, dans un cas donné, admettre que l'avocat d'un accusé peut renoncer à la tenue d'un «voir dire», mais, à mon avis, il existe une différence considérable entre une renonciation explicite, accompagnée de toutes les pré-



indicating that the question has been examined in depth and mere silence on counsel's part. The heavy onus resting on the Crown certainly cannot be displaced in such an informal fashion.

In a comment on *Powell*, (1976), 18 Crim. L.Q. 404, Professor S. I. Bushnell noted that the case dealt with four questions:

- (1) Must all statements made by an accused to a person in authority pass the test of voluntariness?
- (2) Need there be a *voir dire* for those confessions to which the rule applies?
- (3) Is there any obligation on the defence to object to the voluntariness of a confession in order to require a *voir dire*?
- (4) In a case in which there should have been a *voir dire*, and none was held, can s. 613(1)(b) (iii) of the *Criminal Code* be applied?

In discussing the second question, he stated, at p. 411:

- (2) Need there be a *voir dire* in all cases?

The answer, following *Powell*, must also be a yes, except when there has been an express waiver. *Spencer* had called it a wise precaution to have a *voir dire* until the limits of *Piché v. The Queen* were clarified. The clarification has now occurred in *Powell*. *Swezey* and *Rushton* must be considered overturned on this point.

In a more recent article in (1978), 20 Crim. L.Q. 312, Professor Ratushny said, at p. 324:

In *Powell v. The Queen* the court clearly established that *all* statements made to a person in authority must pass the test of voluntariness on a *voir dire* in the absence of an express waiver on the part of the accused. Moreover, there is no obligation on the part of defence counsel to object where the necessity for such a *voir dire* has been overlooked.

I do not think the Crown can take any comfort from *John v. The Queen, supra*. In *John*, the point here in issue was expressly not decided because, in any event, there was sufficient admissible evidence of the accused's guilt to apply the provisions of s. 529(1)(b)(iii) (now s. 613(1)(b)(iii)).

cautions indiquant que la question a été examinée à fond, et un simple silence de la part de l'avocat. La Couronne ne peut certes pas s'acquitter de façon aussi irrégulière de sa lourde obligation.

Dans un commentaire de *Powell*, (1976), 18 Crim. L.Q. 404, le professeur S.I. Bushnell a fait remarquer que l'affaire portait sur quatre questions:

- [TRADUCTION] (1) Les déclarations faites par un accusé à une personne ayant autorité doivent-elles toutes répondre au critère du caractère volontaire?
- (2) Faut-il un voir dire pour les aveux auxquels la règle s'applique?
  - (3) Pour obtenir un voir dire, la défense doit-elle nécessairement contester le caractère volontaire d'une déclaration?
  - (4) Si le voir dire s'imposait et n'a pas eu lieu peut-on appliquer le sous-al. 613(1)(b)(iii) du Code criminel?

A propos de la deuxième question, il dit à la p. 411:

- [TRADUCTION] (2) Faut-il toujours tenir un voir dire?

Suite à l'arrêt *Powell*, la réponse doit aussi être affirmative, sauf lorsqu'il y a renonciation expresse. Selon l'arrêt *Spencer*, le voir dire était une sage précaution jusqu'à ce que l'on clarifie la portée de l'arrêt *Piché c. La Reine*. L'arrêt *Powell* a maintenant apporté cette clarification. Les arrêts *Swezey* et *Rushton* sont donc infirmés sur ce point.

Dans un article plus récent (1978), 20 Crim. L.Q. 312, le professeur Ratushny dit à la p. 324:

[TRADUCTION] Dans l'arrêt *Powell c. La Reine*, la Cour a nettement statué qu'en l'absence de renonciation expresse de l'accusé, *toutes* les déclarations faites à une personne ayant autorité doivent satisfaire au critère du caractère volontaire lors d'un voir dire. De plus, il n'existe aucune obligation pour l'avocat de la défense de faire des objections lorsque la nécessité de pareil voir dire a été méconnue.

Je ne crois pas que le ministère public puisse se raccrocher à l'arrêt *John c. La Reine*, précité. La question en litige ici n'a pas été formellement tranchée dans cette affaire-là parce qu'il y avait de toute façon suffisamment de preuves recevables sur la culpabilité de l'accusé pour appliquer les dispositions du sous al. 529(1)(b)(iii) (maintenant le sous-al. 613(1)(b)(iii)).

In my opinion, it is always necessary to hold a *voir dire* to determine the voluntariness of a statement made by an accused out of court to a person in authority. Only in this way can fairness to the accused be assured. To require a *voir dire* only if doubt is cast on the voluntariness of a statement by the circumstances under which it was made, as determined from evidence given in the trial proper, would not only shift a burden to the accused but also, in other respects, cause him significant prejudice. One must be realistic with the jury process. If the statement is subsequently ruled inadmissible, the jury will, nevertheless, at least be left with the knowledge that a statement was made by the accused which has now been excluded. This is bound to arouse suspicion as to its content. If evidence of the context of the statement is allowed to be given for some time before anything casts doubt on its voluntariness, the jury will know something, and perhaps much, of its content. Prejudice will surely result. Such a limited requirement would destroy the fundamental distinction between the function of the *voir dire*, which is to determine voluntariness, and that of the trial proper, which is to determine guilt.

I can see no justification for engrafting upon the general rule, which is remarkably free of qualifications, any exception and, particularly, one expressed in such terms as "obviously voluntary" or "volunteered." Attempts in the past to water down the rule have not met with success and, in my opinion, the present attempt should also be repelled.

### The Facts

I turn now to the evidence in the case. I do not think the evidence is of great importance because it is not the task of this Court nor, with respect, the task of any appellate court to make an independent judgment as to whether a particular statement is voluntary. If the true rule is, as I conceive it to be, that the voluntary nature of a statement given to a person in authority can only be determined in a *voir dire*, then it is undisputed that the judge at trial failed to hold a *voir dire*, though requested to do so. I do not think it can be seriously contended that the statements admitted

A mon avis, le voir dire s'impose toujours pour décider du caractère volontaire d'une déclaration faite hors cour par un accusé à une personne ayant autorité. C'est la seule façon de garantir l'impartialité envers l'accusé. N'exiger le voir dire que lorsque les circonstances de la déclaration, qui se dégagent de la preuve au procès lui-même, jettent un doute sur son caractère volontaire, c'est non seulement imposer un fardeau à l'accusé, mais aussi lui occasionner, à d'autres points de vue, un préjudice important. Il faut être réaliste à l'égard des procès par jury. Même si, par la suite, une déclaration est jugée irrecevable, le jury saura tout au moins que l'accusé a fait une déclaration qui a été exclue. Ceci va inévitablement éveiller des soupçons sur son contenu. Si l'on permet de présenter la preuve des circonstances de la déclaration avant qu'apparaissent des doutes quant à son caractère volontaire, le jury saura déjà quelque chose de son contenu et peut-être beaucoup. Il en résultera certainement un préjudice. Une exigence aussi restreinte anéantirait la distinction fondamentale entre le rôle du voir dire, soit décider du caractère volontaire, et celui du procès lui-même, soit décider de la culpabilité.

Je ne vois aucune raison de faire une exception à la règle générale qui est remarquablement exempte de restrictions, et surtout une exception formulée par des expressions telles que «manifestement volontaire» ou «spontanée». Les tentatives passées pour atténuer la règle n'ont pas réussi et, à mon avis, celle-ci doit également être repoussée.

### Les faits

Je vais maintenant examiner la preuve en l'espèce. Je ne crois pas qu'elle soit de grande importance parce qu'il n'appartient pas à cette Cour, ni, avec égards, à aucune cour d'appel de porter son propre jugement sur le caractère volontaire d'une déclaration donnée. Si la vraie règle est, comme je la conçois, que le caractère volontaire d'une déclaration faite à une personne ayant autorité ne peut être décidé qu'à un voir dire, il est alors admis que le juge du procès n'a pas tenu de voir dire bien qu'on lui ait demandé de le faire. Je ne crois pas que l'on puisse sérieusement prétendre que les

in evidence without a *voir dire* were not of importance on the issue of guilt.

The facts are these. The accused was alleged to have been part of a large-scale operation to traffic in hashish. The plan called for the hashish to be cached on the Cape La Have Islands, just off the coast of Nova Scotia, and to be transported by helicopter to an isolated cottage at Beech Hill, on the mainland, for packaging and later resale. On August 21, 1974, one Robson made three trips transporting hashish by helicopter from Cape La Have Islands to the cottage. On the first of the trips, the appellant Erven and one Mayer were passengers. The helicopter picked them up at Crescent Beach, on the mainland, and transported them to the Islands. Upon arrival at the Islands, the appellant and Mayer disappeared for two or three hours, during which time Robson loaded the hashish into the aircraft and made two trips to the cottage, where the hashish was unloaded. After the helicopter had been loaded by Robson for the third and final time, the appellant and Mayer reappeared and were taken back to Crescent Beach, where they were dropped off. The helicopter continued its flight to the cottage. During the flights, the hashish was packed in large wrapped bags and transported in the luggage compartment of the aircraft, out of sight of pilot and passengers. There is no direct evidence that the appellant was aware of the nature of the cargo.

Immediately after the appellant and Mayer returned to Crescent Beach, they were confronted by two uniformed R.C.M.P. officers, Botham and Gaudet, who began asking questions. In response, Mayer indicated that he and the appellant were involved in a Search and Rescue operation, as well as collecting soil samples from the Cape La Have area. In reply to a question by Constable Botham, the appellant acknowledged that he was engaged in the same operations. He gave the same address in Vancouver, British Columbia, as Mayer. The appellant and Mayer were later picked up at the beach by a red Maverick automobile, driven to the beach by a Miss Hale, but driven, on leaving, by the appellant. The trial judge found, as a fact, that the red Maverick was a rented vehicle in the same

déclarations admises en preuve sans voir dire étaient sans incidence sur la question de la culpabilité.

Voici les faits: l'accusé aurait participé à une opération importante de trafic de haschich. Le haschich devait être caché sur l'Île du Cap-La-Hève, près de la côte de la Nouvelle-Écosse, pour être ensuite transporté par hélicoptère à un chalet isolé à Beech Hill sur le continent, puis empaqueté et revendu. Le 21 août 1974, un nommé Robson a fait trois voyages pour transporter le haschich par hélicoptère de l'Île du Cap-La-Hève au chalet. Erven et un nommé Mayer étaient ses passagers lors du premier voyage. L'hélicoptère les a pris à Crescent Beach, sur le continent, et les a transportés jusqu'à l'île. Dès leur arrivée sur l'île, l'appellant et Mayer ont disparu deux ou trois heures; pendant ce temps Robson a chargé le haschich dans l'hélicoptère et a fait deux allers et retours au chalet où le haschich fut déchargé. Après que Robson eut chargé l'hélicoptère pour la troisième et dernière fois, l'appellant et Mayer sont revenus et il les a ramenés à Crescent Beach. L'hélicoptère a poursuivi son vol jusqu'au chalet. Pendant les vols, le haschich était empaqueté dans de grands sacs placés dans la soute à bagages hors de la vue du pilote et des passagers. Il n'y a aucune preuve directe que l'appellant était au courant de la nature de la cargaison.

Dès leur retour à Crescent Beach, Mayer et l'appellant se sont trouvés en présence de deux agents de la G.R.C. en uniforme, Botham et Gaudet, qui ont commencé à leur poser des questions. Mayer leur a répondu que l'appellant et lui participaient à une opération de recherche et de sauvetage et qu'ils ramassaient des échantillons de sol de la région de l'Île du Cap-La-Hève. En réponse à une question du constable Botham, l'appellant a reconnu qu'il participait aux mêmes opérations. Il donna la même adresse que Mayer à Vancouver en Colombie-Britannique. Plus tard, une Maverick rouge conduite alors par M<sup>lle</sup> Hale vint chercher l'appellant et Mayer à la plage; l'appellant conduisait la voiture au retour. Le juge du procès a constaté que la Maverick rouge était en

of one of the persons involved in the narcotics operation.

The appellant and the others were arrested shortly after leaving the beach. During the time the appellant and several co-accused were in custody, they were interviewed on August 27, 1974 by two officers, Berry and Melbourne. According to Constable Melbourne, "as a result of conversation with the accused and with some of the co-accused," he and Constable Berry went to the cottage at Beech Hill and removed some articles of clothing and toiletries. They brought these articles to the jail and gave various of them to the accused, "because he requested them." The importance of this evidence to the trial judge is expressed in the following passage from his judgment:

... it seems to me that the acceptance by the accused of these three items of clothing is some evidence which is unexplained and which connected the accused with the whole operation. It is perhaps convenient to point out, at this point, that a very large quantity of cannabis resin, some seventeen hundred, sixty-five and a quarter pounds was found in eighty-nine packages in the cabin at Beech Hill from which the clothes were removed. Indeed, it was at this point the general evidence indicates that the resin was being packaged by two persons who are not before me in this trial.

The accused was tried without a jury in the County Court Judges' Criminal Court, on a charge of unlawfully having in his possession cannabis resin, for the purposes of trafficking.

The interview on Crescent Beach when the accused and Mayer were confronted by two uniformed police officers, Botham and Gaudet, was admitted into evidence by the trial judge without a *voir dire*, as I have indicated, despite the objection of defence counsel. Constable Botham was the only officer to testify. The accused did not testify. According to Constable Botham, he and Constable Gaudet did not, at that point, know the nature of the operation they had discovered. However, they were, he testified, investigating complaints from a person who was very suspicious of what was going on. The trial judge regarded the affirmative response of the appellant to Constable Botham's question as an adoption by the appellant of Mayer's false story that the appellant and Mayer, and

fait une voiture louée au nom d'une des personnes impliquées dans ce trafic de stupéfiants.

L'appelant et les autres ont été arrêtés peu après avoir quitté la plage. Pendant leur détention, l'appelant et plusieurs coaccusés ont été interrogés le 27 août 1974 par les agents Berry et Melbourne. Aux dires du constable Melbourne, [TRADUCTION] «après une conversation avec l'accusé et certains des coaccusés», le constable Berry et lui-même se sont rendus au chalet à Beech Hill et y ont pris quelques vêtements et articles de toilette. Ils ont apporté les effets à la prison et en ont remis plusieurs à l'accusé, «parce qu'il les a demandés». L'importance de cette preuve pour le juge du procès ressort du passage suivant de son jugement:

[TRADUCTION] ... je suis d'avis que l'acceptation par l'accusé de ces trois vêtements est une preuve inexplicquée qui l'implique dans cette opération. Il est peut-être pertinent de faire remarquer ici qu'une très grande quantité de résine de cannabis, quatre-vingt-neuf paquets totalisant mille sept cent soixante-cinq livres et quart, a été trouvée dans le chalet à Beech Hill où ces articles ont été ramassés. En fait, il se dégage de l'ensemble de la preuve à ce stade-ci que la résine a été empaquetée à cet endroit par deux personnes qui ne sont pas devant moi dans ce procès.

L'accusé a été jugé sans jury devant la Division criminelle de la Cour de comté sur l'accusation de possession illégale de résine de cannabis aux fins d'en faire le trafic.

Malgré les objections de l'avocat de la défense, le juge du procès a admis en preuve, sans voir dire, l'interrogatoire de l'accusé et Mayer à Crescent Beach par deux agents de police en uniforme, Botham et Gaudet. Le constable Botham est le seul agent à avoir témoigné. L'accusé n'a pas témoigné. Aux dires du constable Botham, le constable Gaudet et lui-même ignoraient à ce moment la nature de l'opération qu'ils venaient de découvrir. Cependant il a témoigné qu'ils faisaient une enquête sur les plaintes d'une personne qui soupçonnait ce qui se passait. Le juge du procès a conclu qu'en répondant affirmativement à la question du constable Botham, l'appelant se joignait à la version mensongère de Mayer, selon laquelle l'appelant et Mayer, avec l'hélicoptère, étaient là

the helicopter, were just engaged in collecting soil samples.

Although the exact words were not disclosed, the fact of the conversations on August 27, 1974, respecting the clothing and the result of those conversations, was also admitted without a *voir dire*, again over the objection of defence counsel.

The appellant was convicted and sentenced to five years' imprisonment. The Appellate Division dismissed the appeal. Three main grounds of appeal were advanced in the Appellate Division. It was contended that the trial judge erred in admitting without a *voir dire* the statements made by the appellant to the police on August 21 and August 27, 1974, and that the judge erred in the wrongful use of hearsay evidence. On this last point, MacKeigan C.J.N.S. said:

Dealing first with the last, I respectfully think the learned judge erred in admitting and referring in his decision to hearsay evidence by a police constable that the red Maverick car driven from the beach by the appellant was rented, and even more seriously erred in saying in his decision, with no evidence to support it, that the vehicle had been rented 'in the name of one of the persons involved in the series of circumstances to which I have related.' The judge did not specify which of Carr, Robson, Mayer or Miss Hale had, as he understood, rented the car.

Carr was one of those found packaging the hashish in the cottage. The learned Chief Justice continued:

I do not, however, look upon this error as fatal. The wrongfully imputed rental of the car does not constitute a vital or indispensable link between the appellant and Carr or Robson. Without it, strong and ample evidence connects the appellant with Robson and his handling of the hashish in the helicopter and at the cottage—including his unexplained presence on the helicopter, his adoption, if admissible, of Mayer's false story that they were just engaged in collecting "soil samples", and his acceptance, if admissible, of some clothing picked up at the cottage. I am of opinion that no substantial wrong or miscarriage of justice occurred and that the learned judge's conclusion would necessarily have been the same had he not made this mistake. Section 613(1)(b)(iii) may properly be applied.

pour ramasser des échantillons de sol.

Sans que leur teneur exacte soit révélée, les conversations du 27 août 1974 au sujet des vêtements ainsi que l'aboutissement de ces conversations ont été mentionnés et également admis en preuve sans voir dire malgré les objections de l'avocat de la défense.

L'appelant a été déclaré coupable et condamné à cinq ans de prison. La Division d'appel a rejeté l'appel dans lequel trois principaux moyens ont été invoqués. On a prétendu que le juge du procès avait commis une erreur en admettant sans voir dire les déclarations faites par l'appelant à la police les 21 et 27 août 1974 et que le juge avait fait une erreur dans l'utilisation d'une preuve par ouï-dire. Sur ce dernier point le juge en chef MacKeigan de la Nouvelle-Écosse a dit:

[TRADUCTION] Je commence par le dernier moyen; je crois, avec égards, que le savant juge a commis une erreur en admettant en preuve un ouï-dire rapporté par un policier, savoir que la Maverick rouge que l'appelant conduisait en quittant la page était louée, et en s'y référant dans son jugement. Il a commis une erreur encore plus grave en disant dans son jugement sans aucune preuve à l'appui, que la voiture avait été louée «au nom d'une des personnes impliquées dans la suite d'événements que j'ai relatés». Le juge n'a pas précisé lequel, selon lui, de Carr, Robson, Mayer et M<sup>lle</sup> Hale avait loué la voiture.

Carr est l'un de ceux que l'on a surpris à emballer le haschich dans le chalet. Le savant Juge en chef a poursuivi:

[TRADUCTION] Cependant, je ne considère pas que cette erreur soit fatale. La location de la voiture qu'on a incorrectement attribuée n'est pas un lien vital ni indispensable entre l'appelant, Carr et Robson. Si on l'exclut, beaucoup d'autres preuves solides lient l'appelant à Robson et à la manutention du haschich dans l'hélicoptère et au chalet—y compris sa présence inexplicquée dans l'hélicoptère, le fait d'avoir adopté l'histoire mensongère de Mayer selon laquelle ils ne faisaient que ramasser des «échantillons de sol» et d'avoir accepté les vêtements pris au chalet, dans la mesure où ces dernières preuves sont recevables. Je crois qu'il n'y a eu aucun tort important ni aucun déni de justice et que la conclusion du savant juge aurait nécessairement été la même s'il n'avait pas commis cette erreur. On peut à bon droit appliquer le sous-al. 613(1)(b)(iii).

The Appeal Division, in sustaining the conviction, applied s. 613(1)(b)(iii) of the *Criminal Code*, and in so doing relied upon (1) the unexplained presence of the appellant on the helicopter; (2) the appellant's adoption, if admissible, of Mayer's false story that they were just engaged in collecting soil samples; (3) the appellant's acceptance, if admissible, of clothing picked up at the cottage.

### Conclusion

For the reasons expressed earlier, in my opinion a *voir dire* should have been held to determine the admissibility of the appellant's statement to police at the beach on August 21, 1974. During argument of this appeal, counsel for the Crown was advised from the Bench that the Court did not need to hear him with respect to the request for clothing. I therefore say nothing further with respect to August 27 and the clothing. Consideration of that aspect is not, in my view, essential to the outcome of the appeal, for it cannot be said with assurance that no substantial wrong or miscarriage of justice occurred from the denial of a *voir dire* in respect of the earlier August 21 "beach" statement. In light of the importance of that evidence as affecting credibility, I do not believe this to be a proper case for the application of s. 613(1)(b)(iii). That is not to say that the failure to hold a *voir dire* will in every case provide grounds for ordering a new trial. As with every other case where inadmissible evidence is admitted at trial, consideration has to be given to the importance of the evidence improperly admitted in light of the whole of the case. When one considers, however, the function of a *voir dire*, and the interests at stake in the holding of a *voir dire*, it will be but rarely that the admission of such statements will have caused no substantial wrong or miscarriage of justice, such that the appellate court may apply s. 613(1)(b)(iii).

I would therefore allow the appeal, set aside the decision of the Appeal Division of the Supreme Court of Nova Scotia, and order a new trial.

En maintenant la condamnation, la Division d'appel a appliqué le sous-al. 613(1)(b)(iii) du *Code criminel* et, ce faisant, elle a tenu compte (1) de la présence inexplicée de l'appelant dans l'hélicoptère; (2) de son adoption de la version mensongère de Mayer selon laquelle ils ne faisaient que ramasser des échantillons de sol, si cette preuve est recevable, et (3) de son acceptation des vêtements pris au chalet, si cette preuve est recevable.

### Conclusion

Pour les raisons susmentionnées, je crois qu'il fallait tenir un *voir dire* pour décider de l'admissibilité de la déclaration faite par l'appelant à la police sur la plage, le 21 août 1974. Durant les débats, cette Cour a informé le substitut qu'elle n'estimait pas nécessaire qu'il parlât de la demande de vêtements. Je n'ajouterai donc rien d'autre sur la conversation du 27 août et les vêtements. A mon avis, il n'est pas nécessaire d'examiner ce point pour trancher le pourvoi parce qu'on ne peut pas dire avec certitude que le refus de tenir un *voir dire* relativement à la déclaration faite sur «la plage» le 21 août n'a entraîné aucun tort important ni aucun déni de justice. Compte tenu de l'importance de cette preuve en ce qui concerne la crédibilité, je ne crois pas qu'il convienne d'appliquer ici le sous-al. 613(1)(b)(iii). Cela ne signifie pas que l'absence de *voir dire* donnera toujours ouverture à un nouveau procès. Comme dans tous les cas, lorsqu'une preuve irrecevable a été admise au procès, il faut toujours tenir compte de son importance par rapport à l'ensemble de la preuve. Cependant, compte tenu du but du *voir dire* et des intérêts en jeu dans les cas où il y a lieu d'en tenir un, ce n'est que très rarement que l'admission de telles déclarations n'entraînera aucun tort important ni aucun déni de justice, et que la cour d'appel pourra appliquer le sous-al. 613(1)(b)(iii).

Je suis donc d'avis d'accueillir le pourvoi, d'infirmer l'arrêt de la Division d'appel de la Cour suprême de la Nouvelle-Écosse et d'ordonner un nouveau procès.

The judgment of Martland, Ritchie and Pigeon JJ. was delivered by

RITCHIE J. (*dissenting*)—This is an appeal from a judgment delivered by MacKeigan, C.J.N.S., on behalf of the Appeal Division of the Supreme Court of Nova Scotia, whereby he dismissed the appellant's appeal from a conviction entered by His Honour Judge R. F. McLellan sitting without a jury on a charge of possession of cannabis resin for the purpose of trafficking, contrary to s. 4(2) of the *Narcotic Control Act*.

This appeal is brought pursuant to leave granted by this Court on the following question of law:

Did the Nova Scotia Supreme Court, Appeal Division, err in holding that the trial Judge did not err in refusing to hold a *voir dire* in respect of the voluntariness of statements allegedly made by the accused to officers of the Royal Canadian Mounted Police on August 21 and August 27, 1974 and in admitting such statements accordingly?

The circumstances giving rise to this prosecution are somewhat complex, but the background indicating involvement on the part of the appellant is described in the reasons for judgment of the learned trial judge which were in this regard adopted by the Court of Appeal. From these reasons I excerpt the following passages with respect to which it can be said that there is no dispute:

It is clear from the evidence before me that there was evolved a very sophisticated high grade operation, the object of which was to import a large quantity of cannabis resin into this country. I, of course, am not involved with the importing aspect but the whole of the evidence makes it abundantly clear that the importation was the first step in what led to the charges to which I have referred and has led to the charge before the accused. At some point the cannabis resin was cached on Cape LaHave Island and it was transported from there to a cottage in the Beech Hill area in Lunenburg County. The accused's connection with this matter, if any, arises out of the transportation aspect to which I have referred. It was accomplished by the use of a helicopter, a rented helicopter, which made three trips between a point on Cape LaHave Island and a cleared out area adjacent to a cottage in or near Beech Hill. This transportation was accomplished in three trips made on August 21st, 1974. . . .

Le jugement des juges Martland, Ritchie et Pigeon a été rendu par

LE JUGE RITCHIE (*dissident*)—Ce pourvoi attaque un arrêt prononcé par le juge en chef MacKeigan, au nom de la Division d'appel de la Cour suprême de la Nouvelle-Écosse, rejetant l'appel interjeté par l'appelant de sa déclaration de culpabilité prononcée par M. le juge R. F. McLellan, siégeant sans jury, sur une accusation de possession de résine de cannabis pour en faire le trafic, en contravention du par. 4(2) de la *Loi sur les stupéfiants*.

Ce pourvoi, interjeté sur autorisation de cette Cour, pose la question de droit suivante:

La Division d'appel de la Cour suprême de la Nouvelle-Écosse a-t-elle commis une erreur en concluant que le juge du procès n'a pas erré en refusant de tenir un voir dire relativement au caractère volontaire des déclarations qu'aurait faites l'accusé à des agents de la Gendarmerie royale du Canada les 21 et 27 août 1974 et en les déclarant admissibles en preuve?

Les faits à l'origine des poursuites sont assez compliqués, mais les circonstances indiquant la participation de l'appelant sont exposées dans les motifs du savant juge du procès qui, de ce point de vue, ont été adoptés par la Cour d'appel. J'extrait de ces motifs les passages suivants dont on peut dire qu'ils ne sont pas contestés:

[TRADUCTION] La preuve qui m'est soumise indique manifestement un plan soigneusement préparé d'importation au Canada d'une quantité importante de résine de cannabis. Bien sûr, je n'ai pas à examiner l'importation elle-même, mais il se dégage nettement de l'ensemble de la preuve que l'importation était la première étape des activités qui ont entraîné les accusations susmentionnées et qui ont donné lieu à l'inculpation de l'accusé. A un moment donné, la résine de cannabis a été cachée sur l'Île du Cap-La-Hève d'où elle a été transportée à un chalet de la région de Beech Hill dans le comté de Lunenburg. L'accusé a participé à l'aspect transport de cette affaire. Le transport a été fait par hélicoptère, un hélicoptère loué, qui a fait trois voyages entre l'Île du Cap-La-Hève et une clairière voisine d'un chalet à Beech Hill, ou près de là. Ce transport a nécessité trois voyages effectués le 21 août 1974. . . .

By prior arrangement with somebody, the helicopter which was engaged by one of the principals or one of the subordinates in the scheme which involved the transportation of this drug, picked up the accused and one, Mayer, from a point on Crescent Beach on August 21st, 1974. The accused and Mayer were transported to a point on Cape LaHave Island. They disembarked from the helicopter and reappeared, at least as far as the evidence goes, only to join the aircraft after the last of the cannabis resin had been stored aboard the aircraft, entered the aircraft and were deposited by the helicopter at or near the same point on Crescent Beach where they had been picked up. There is no evidence, at least no direct evidence, that either of these men which of course includes the accused, had any hand or part in the loading of the aircraft. I accept the evidence that on the last occasion, that is the occasion of the third trip required to transport the forbidden substance, the forbidden substance was all stored in the compartment at the rear of the helicopter. While the accused and Mayer were on the beach, they were interviewed by Constable Botham of the Royal Canadian Mounted Police.

The interview which ensued was admitted by the trial judge without the holding of a *voir dire* notwithstanding the objection of counsel for the defence and this constitutes one of the alleged errors referred to in the order granting leave to appeal to this Court. The relevant evidence describing this interview is to be found in the following testimony given by Constable Botham of the R.C.M. Police:

Q. Alright, well now witness, you were questioning these two men, that is Mayer and the accused, about the circumstances under which they were on the beach and were in the proximity of the boat and motor, is that correct?

A. Yes.

Q. And were they under arrest at that time?

A. No.

Q. And what was your general purpose in being in the area that day?

A. Well the initial reason we had there was because the person that called was very suspicious of what was going on.

Q. Alright, you were investigating.

A. Complaints.

An objection followed from the accused's counsel and the witness then continued:

Conformément à une entente préalable avec quelqu'un, l'hélicoptère loué par un responsable ou par un exécutant du projet qui comportait le transport de ce stupéfiant, est allé chercher l'accusé et un nommé Mayer à Crescent Beach le 21 août 1974. L'accusé et Mayer ont été transportés à l'Île du Cap-La-Hève. Ils sont descendus de l'hélicoptère et, selon la preuve, n'y sont revenus qu'après la fin du chargement de la résine de cannabis dans l'hélicoptère. Ils sont remontés dans l'hélicoptère qui les a déposés à l'endroit à Crescent Beach d'où ils étaient partis ou près de là. Aucune preuve, du moins aucune preuve directe, n'établit que l'un de ces hommes, ce qui comprend bien sûr l'accusé, a participé au chargement de l'hélicoptère. J'accepte la preuve que, lors du dernier voyage, c'est-à-dire le troisième, requis pour transporter la substance interdite, cette dernière était entreposée dans le compartiment arrière de l'hélicoptère. Pendant que l'accusé et Mayer étaient sur la plage, ils ont été interrogés par le constable Botham de la Gendarmerie royale du Canada.

Le juge du procès a admis en preuve cette conversation, sans voir dire, malgré les objections de l'avocat de la défense et c'est là une des erreurs mentionnées dans l'autorisation d'appel à cette Cour. Le témoignage suivant du constable Botham de la G.R.C. relate cette conversation et constitue la preuve pertinente à cet égard:

[TRADUCTION] Q. Très bien, est-il vrai que vous questionniez ces deux hommes, c'est-à-dire Mayer et l'accusé, sur les circonstances qui les ont menés sur la plage à proximité du bateau et du moteur?

R. Oui.

Q. Étaient-ils alors en état d'arrestation?

R. Non.

Q. Pourquoi étiez-vous à cet endroit ce jour-là?

R. Nous étions là parce que la personne qui a téléphoné soupçonnait ce qui se passait.

Q. Vous faisiez une enquête.

R. Sur des plaintes.

Après une objection de l'avocat de l'accusé, le témoin a poursuivi:



Q. Yes, would you continue Cst. Botham, you met these chaps and what happened?

A. After finding out their names I also obtained their addresses in Vancouver, B.C. as 132 Ontario Street. This applied to both Mr. Mayer and Erven. Mr. Mayer indicated that he was a commercial artist; Mr. Erven, the accused, indicated he was a truck driver working with Wells Fargo. We had some conversation for I would say approximately five minutes. During that time Marcel Patrick Mayer, after being asked what he was doing in the area, stated he was working with search and rescue and that he was in this area to collect soil and water samples from the Cape LaHave Island area. After that, I asked Bruce Keith Erven if this was what he was doing as well and he said, 'Yes'.

Upon it being suggested to Constable Botham in cross-examination that some other member of the R.C.M. Police had told him to say what he did about the reference to soil samples and water samples, he made the following answers:

A. *Actually at the time I didn't realize it was important.* I didn't realize any of this was important at the time. But I couldn't add it to my notes four hours later when I found out it could have been. [The italics are my own.]

Q. Now let me ask you these questions. You didn't think it was important so I take it you didn't read the notes back to Mr. Mayer or Mr. Erven on any occasion?

A. *No, I did not. Initially I had no idea of what was even going on.* [The italics are my own.]

Q. No. And so your question Mr. Erven was in relation to what Mr. Mayer said he was doing?

A. Yes. Mr. Mayer did ninety per cent of the talking, or more.

Q. Mr. Mayer, in other words, virtually

A. Gave the story. I just asked Mr. Erven if he was doing the same thing and he indicated he was.

Q. How did he indicate it?

A. 'Yes'.

[TRANSLATION] Q. Voulez-vous poursuivre, constable Botham, vous avez rencontré ces gars et que s'est-il passé?

R. Je leur ai d'abord demandé leurs noms et j'ai également obtenu leur adresse à Vancouver (C.-B.), 132, rue Ontario. M. Mayer et M. Erven ont donné la même adresse. M. Mayer m'a dit qu'il était un artiste commercial; M. Erven, l'accusé, m'a dit qu'il était chauffeur de camion et travaillait pour Wells Fargo. Je dirais que nous avons parlé environ cinq minutes. Pendant ce temps, Marcel Patrick Mayer, à qui on avait demandé ce qu'il faisait dans la région, a déclaré qu'il participait à une opération de recherche et de sauvetage et qu'il était là pour ramasser des échantillons de sol et d'eau de l'Île du Cap-La-Hève. Ensuite j'ai demandé à Bruce Keith Erven s'il participait à la même opération et il a répondu «Oui».

En contre-interrogatoire, comme on lui laissait entendre que d'autres membres de la G.R.C. lui avaient suggéré de dire ce qu'il a déclaré au sujet des échantillons de sol et d'eau, le constable Botham a ajouté ceci:

[TRANSLATION] R. *A vrai dire, à l'époque, je ne me suis pas rendu compte que c'était important.* Je ne savais pas que c'était important à ce moment-là. Mais, je ne pouvais pas l'ajouter à mes notes quatre heures plus tard, lorsque j'ai saisi l'importance que cela pouvait avoir. [Les italiques sont de moi]

Q. Maintenant, permettez-moi de vous poser les questions suivantes: vous n'avez pas jugé cela important, aussi je présume que vous n'avez pas lu les notes à M. Mayer ni à M. Erven?

R. *Non, je ne l'ai pas fait. Au départ j'ignorais totalement ce qui se passait.* [Les italiques sont de moi]

Q. Non. Votre question à M. Erven concernait-elle ce que M. Mayer avait dit qu'il faisait?

R. Oui. C'est M. Mayer qui a parlé presque tout le temps.

Q. Autrement dit, c'est vraiment M. Mayer

R. qui a donné les explications. J'ai simplement demandé à M. Erven s'il faisait la même chose et il m'a dit oui.

Q. De quelle manière?

R. Il a dit «Oui».

And later in the cross-examination the Constable said:

- Q. Certainly you have no knowledge that anything that Mr. Erven told you as to name, address or occupation or where he was staying at that time, is incorrect?
- A. Not at that time, no.
- Q. No, at any time, as far as his name or his address or the place he was staying on August 21, 1974, did you ever subsequently find out that any of that was incorrect?
- A. No I did not.
- Q. No, and you never found out that what he said about his occupation was incorrect?
- A. I have not made any inquiries to determine otherwise if it is incorrect.

I think it to be established that the burden rests upon the Crown to satisfy the trial judge that all statements made by the accused which it seeks to introduce in evidence against him have been freely and voluntarily made and where, as here, counsel for the accused objects to the admission of such statements without the holding of a *voir dire*, the trial judge should require one to be held, but his failure to do so in this case did not occasion any substantial wrong or miscarriage of justice or vitiate the trial as the circumstances were such as to make the voluntary nature of the statements self evident and no basis was suggested in argument upon which the appellant's answers might have been held to be otherwise than voluntary had a *voir dire* in fact been held. Apart from the fact that the statements were made to police officers, no evidence was adduced casting any doubt on the voluntary nature of the answers.

The principle was recently restated by de Grandpré J., speaking on behalf of this Court in *Powell v. The Queen*<sup>19</sup>, where he observed at pp. 366 and 367:

It is conceded by the Crown that in principle before a statement of any kind can be admitted in evidence against a person accused, it must be shown by the prosecution to the satisfaction of the trial judge to have been freely and voluntarily made by that accused person. This principle, of course, has been repeatedly stated by this Court, particularly in *Sankey v. The King*, [1927] S.C.R. 436, *Piché v. The Queen*, [1971] S.C.R.

<sup>19</sup> [1977] 1 S.C.R. 362.

Plus tard, au contre-interrogatoire, le constable a dit:

- [TRADUCTION] Q. Savez-vous si les renseignements que M. Erven vous a donnés concernant son nom, son adresse, son emploi ou sa résidence à l'époque sont faux?
- R. Pas à ce moment-là, non.
- Q. Je veux dire, avez-vous jamais découvert par la suite l'inexactitude de certains de ces renseignements concernant son nom, son adresse ou sa résidence au 21 août 1974?
- R. Non.
- Q. Non, et vous n'avez jamais constaté que ce qu'il disait concernant son emploi était faux?
- R. Je ne me suis jamais renseigné depuis pour vérifier.

Il est admis, je crois, que le ministère public doit convaincre le juge du procès que toutes les déclarations faites par l'accusé, que l'on veut déposer en preuve contre lui, ont été faites librement et volontairement et lorsque, comme en l'espèce, l'avocat de l'accusé s'oppose à l'admission de telles déclarations sans voir dire, le juge du procès devrait en ordonner un; toutefois, le défaut de ce faire en l'espèce n'a entraîné aucun tort important ni aucun déni de justice et n'a pas vicié le procès puisque, dans les circonstances, le caractère volontaire des déclarations était manifeste et rien dans l'argumentation ne permet de supposer que les réponses de l'appelant auraient pu être qualifiées autrement que de volontaires si l'on avait effectivement tenu un voir dire. Excepté le fait que les déclarations ont été faites à des agents de police, aucune autre preuve ne met en doute le caractère volontaire des réponses.

Le juge de Grandpré, parlant au nom de cette Cour, a récemment énoncé à nouveau le principe dans l'arrêt *Powell c. La Reine*<sup>19</sup>, où il fait remarquer, aux pp. 366 et 367:

La Couronne concède qu'en principe, avant d'admettre en preuve contre un accusé une déclaration, de quelque nature qu'elle soit, la poursuite doit établir, à la satisfaction du juge de première instance, que l'accusé l'a faite librement et volontairement. En fait, cette Cour a énoncé ce principe à plusieurs reprises, notamment dans les arrêts *Sankey c. The King* [1927] R.C.S. 436; *Piché c. La Reine*, [1971] R.C.S. 23; *John c. La Reine*,

<sup>19</sup> [1977] 1 R.C.S. 362.

23, *John v. The Queen*, [1971] S.C.R. 781, and *R. v. Gauthier*, a judgment of June 26, 1975, still unreported.

In the *Powell* case, the accused was charged with having assaulted a woman and a statement which he had made to a constable which placed him at the scene of the assault was admitted by the trial judge, who was sitting alone, without the holding of a *voir dire*. In finding that the trial judge was wrong in so admitting the statement, Mr. Justice de Grandpré observed, at p. 366:

Was the statement admissible without a *voir dire*? It must first be remembered that the conversation reported in the above quotation took place in a context. When the police officers first made the accused aware of the purpose of their investigation, they were met with a flat denial that he had been in the vicinity of the hotel. Again, a few minutes later, upon being charged and cautioned by the police officers, he denied involvement. It is only when Constable Melvin was busy attending to some other duties that the impugned conversation took place. Later on, that same night, when questioned by detectives, the accused twice repeated having no knowledge of the occurrence.

Later in the same judgment the learned judge observed that these circumstances clearly show "that the rule had to be applied without question".

It will readily be seen that the context in which the statements were made by the accused at Crescent Beach differs in all material respects from that in the *Powell* case. Here, when the police questioned Erven and his companions they were not aware of any crime having been committed by anyone but were acting on suspicion resulting from a telephone tip from someone who was very suspicious of what was going on at the beach. The two men being questioned were not under arrest and no crime was at that time being investigated.

In my view, the reasons for judgment of Mr. Justice de Grandpré in *Powell* reaffirm the rule that the sole purpose of a *voir dire* is to determine whether the statement sought to be introduced against the accused was made voluntarily and that the necessity for holding such an inquiry is to be determined by the circumstances under which the statement is made. The matter was clearly put by

[1971] R.C.S. 781, et *R. c. Gauthier*, arrêt du 26 juin 1975 qui n'est pas encore publié.

Dans cet arrêt, Powell était accusé d'attentat à la pudeur contre une femme et le juge du procès, qui siégeait sans jury, a admis en preuve, sans voir dire, une déclaration qu'il avait faite à un constable et qui le plaçait sur les lieux de l'attentat. En concluant que le juge du procès avait commis une erreur en admettant ainsi la déclaration, le juge de Grandpré fait remarquer, à la p. 366:

La déclaration était-elle recevable sans un «voir-dire»? Nous devons nous rappeler que la conversation rapportée dans la citation ci-dessus a eu lieu dans des circonstances précises. Lorsque les agents de police informèrent en premier lieu l'accusé du but de leur enquête, ce dernier nia catégoriquement être allé dans le voisinage de l'hôtel et, quelques minutes plus tard, après avoir été accusé et mis en garde par les agents de police, il nia encore avoir été impliqué dans l'incident. Ce n'est qu'au moment où l'agent Melvin était occupé à d'autres fonctions qu'eut lieu la conversation en question. Plus tard, cette même nuit, lorsque l'accusé fut interrogé par les détectives, il nia à deux reprises avoir eu connaissance de l'incident.

Plus loin, dans le même jugement, le savant juge fait remarquer que ces circonstances démontrent clairement «qu'il fallait appliquer la règle sans aucune hésitation».

Il ressort immédiatement que les circonstances des déclarations faites par l'accusé à Crescent Beach diffèrent sous tous leurs aspects pertinents de celles examinées dans *Powell*. En l'espèce, lorsque les policiers ont interrogé Erven et ses compagnons, ils ne savaient pas qu'un acte criminel avait été commis; ils enquêtaient à la suite d'un appel téléphonique d'une personne qui soupçonnait ce qui se passait sur la plage. Les deux hommes interrogés n'étaient pas en état d'arrestation et on ne menait alors aucune enquête criminelle.

A mon avis, les motifs de jugement du juge de Grandpré dans l'arrêt *Powell* réaffirment la règle que le seul but du voir dire est de déterminer si la déclaration que l'on veut présenter en preuve contre l'accusé a été faite volontairement et la nécessité de cette procédure dépend des circonstances dans lesquelles la déclaration a été faite. Le

Mr. Justice Rand in the case of *Boudreau v. The King*<sup>20</sup>, where he said at p. 269:

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

The historical origins of the rule making it necessary to ensure that the trial judge is satisfied as to the voluntary character of all statements made by the accused has its origins in early inquisitorial practices when torture was far from unknown in order to extort a confession and bribery frequently employed to the same end.

The nature of the burden of proof resting upon the Crown in order to establish the voluntariness and therefore the admissibility of statements made by an accused person has long been accepted as it was stated by Viscount Sumner in *Ibrahim v. The King*, *supra*, at p. 609 where he said:

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.

The statements made by the accused at Crescent Beach in the present case are limited to his having given his address and occupation and having agreed when he was asked whether he was engaged like his companion in working for search and rescue and in collecting soil samples. I can

juge Rand l'a dit clairement dans l'arrêt *Boudreau c. Le Roi*<sup>20</sup>, à la p. 269:

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

Les origines historiques de la règle imposant de s'assurer que le juge du procès est convaincu du caractère volontaire de toutes les déclarations de l'accusé remontent aux anciennes pratiques inquisitoriales, où l'on recourait volontiers à la torture ou à la corruption afin d'obtenir des aveux.

On a depuis longtemps adopté la formule donnée par le vicomte Sumner, dans l'arrêt *Ibrahim v. The King*, précité, au sujet du fardeau de la preuve incombant au ministère public pour établir le caractère volontaire des déclarations faites par un accusé, et donc leur recevabilité; il dit à la p. 609:

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

En l'espèce, les seules déclarations faites par l'accusé à Crescent Beach se limitent à son adresse, à son emploi et à son acquiescement quand on lui a demandé s'il participait à une expédition de recherche et de sauvetage et ramassait des échantillons de sol comme son compagnon.

<sup>20</sup> [1949] S.C.R. 262.

<sup>20</sup> [1949] R.C.S. 262.

think of no way in which doubt could be cast on the voluntariness of the first statement as to his address and occupation and although I am satisfied that the second statement was untrue, I do not think that this affects its admissibility. The mere fact that an untrue statement may be exculpatory does not of itself, in my opinion, make it inadmissible under the judgment of this Court in *Piché v. The Queen*<sup>21</sup>. It was stated more than once in the majority judgment in that case that the initial question to be determined in deciding whether or not such statements should be admitted was whether or not it was voluntarily made. In a case tried with a jury when such a statement has been admitted after holding a *voir dire*, the question of its truth is a separate issue for the jury to determine and, as is pointed out by Mr. Justice Pigeon in the case of *R. v. Gauthier*<sup>22</sup>, the issues of truth and voluntariness in such cases are to be treated as severable even where the trial is conducted by a judge sitting alone.

It was contended on behalf of the appellant that the fact that the statements in the present case were made to police officers who were obviously persons in authority is enough to raise a doubt as to whether they were obtained from him by fear of prejudice or hope of advantage, and while it may frequently be the case that questioning by police officers could affect the voluntariness of the answers, I think the matter is best viewed in light of what was said by Mr. Justice Rand in *The Queen v. Fitton*<sup>23</sup>, at pp. 963 and 964 where he said:

The accused was not at the time under formal arrest although he had been requested to stay in the police station and, for the greater part of the time, remained in the general office, and the earlier questions were such as the police might have addressed to any person in the remotest way drawn into the enquiry. Questions without intimidating or suggestive overtones are inescapable from police enquiry; and put as they were here, they cannot by themselves be taken to invalidate the response given. The question still remains: was the statement made through fear or hope induced by authority?

Je ne vois pas comment on peut douter du caractère volontaire de la première déclaration relative à son adresse et à son emploi et, bien que je sois convaincu de l'inexactitude de la deuxième déclaration, elle n'en est pas moins, à mon avis, recevable en preuve. Le simple fait qu'une déclaration inexacte puisse être justificative ne suffit pas, à mon avis, à la rendre irrecevable en preuve en vertu de l'arrêt de cette Cour dans *Piché c. La Reine*<sup>21</sup>. On lit plus d'une fois dans le jugement de la majorité dans cette affaire-là que la question initiale à trancher, pour décider de l'admissibilité de pareilles déclarations, est leur caractère volontaire. Dans un procès avec jury, lorsque pareille déclaration a été admise après un voir dire, la véracité en est une question distincte laissée à l'appréciation du jury et, comme l'a fait remarquer le juge Pigeon dans l'arrêt *R. c. Gauthier*<sup>22</sup>, la véracité et le caractère volontaire doivent, en pareils cas, être considérés séparément même s'il s'agit d'un procès où le juge siège seul.

On prétend au nom de l'appellant que le fait que les déclarations ont été faites, en l'espèce, à des agents de police, qui étaient manifestement des personnes ayant autorité, suffit pour qu'on se demande si elles ont été obtenues par crainte d'un préjudice ou dans l'espoir d'un avantage. Bien qu'un interrogatoire par des policiers puisse souvent influencer sur le caractère volontaire des réponses, je crois qu'il convient d'examiner la question à la lumière des remarques suivantes du juge Rand dans l'arrêt *La Reine c. Fitton*<sup>23</sup> aux pp. 963 et 964.

[TRADUCTION] L'accusé n'était pas alors formellement en état d'arrestation bien qu'on lui ait demandé de rester au poste de police et qu'il ait passé la plupart du temps dans la salle commune. Les premières questions étaient du genre de celles que les policiers pouvaient poser à toute personne le moindrement impliquée dans l'enquête. Les enquêtes policières comprennent aussi des questions non-intimidantes et sans sous-entendus. En l'espèce, les questions posées ne peuvent en elles-mêmes invalider la réponse donnée. Malgré cela, il faut se demander si la déclaration a été faite sous l'effet d'une crainte ou d'un espoir suscités par la présence de l'autorité.

<sup>21</sup> [1971] S.C.R. 23.

<sup>22</sup> [1977] 1 S.C.R. 441.

<sup>23</sup> [1956] S.C.R. 958.

<sup>21</sup> [1971] R.C.S. 23.

<sup>22</sup> [1977] 1 R.C.S. 441.

<sup>23</sup> [1956] R.C.S. 958.

The statements made by Erven at Crescent Beach were in answer to questions such as the police might have addressed to any person in the remotest way drawn into the inquiry. They were not made by a person who was under arrest or in custody and I find no suggestion of intimidation or suggestive overtones in anything which the police asked of the accused. Furthermore, it appears to me to be unrealistic to treat Constable Botham as having held out any fear of prejudice or hope of advantage to Erven in relation to the commission of any offence, particularly as he did not realize that the conversation was important and "initially . . . had no idea of what was going on". Even if a *voir dire* had been held, there was, in my opinion, nothing which could raise a doubt in the mind of the trial judge as to the voluntary character of the answers given by the accused.

The order granting leave to appeal to this Court is not limited to the statements made by the appellant at Crescent Beach on August 21, but also puts in question the admissibility of statements allegedly made by him while in custody on August 27. This Court was, however, of opinion that the exchange between the appellant and the police while he was in custody when he accepted the items of his clothing which had been found in the cabin at Beech Hill, was admissible without a *voir dire* and it was stated at the hearing that it was not necessary to call on the respondent in this regard.

It is thus apparent that the only statements which are now challenged as having been improperly introduced without the holding of a *voir dire* are those made by the appellant to Constable Botham at Crescent Beach. These statements were limited to the appellant giving his address in Vancouver and his having said "Yes" when asked whether he was engaged, as Mayer had claimed to be, in work with search and rescue collecting samples in the area.

As I have indicated, I do not think that the learned trial judge erred in admitting the conversation at Crescent Beach without the holding of a *voir dire*, but even if he had been in error in this regard, it appears to me from a careful reading of his judgment that the statements made by the

Les déclarations faites par Erven à Crescent Beach étaient des réponses à des questions que les policiers auraient pu poser à toute personne le moindrement impliquée dans l'enquête. Elles n'émanaient pas d'une personne en état d'arrestation ou détenue et je ne vois aucune intimidation ni aucun sous-entendu dans les questions des policiers. De plus, j'estime peu réaliste de penser que le constable Botham a suscité chez Erven la crainte d'un préjudice ou l'espoir d'un avantage, quant à la perpétration d'une infraction, alors qu'il n'avait pas réalisé l'importance de la conversation et [TRADUCTION] «au départ, . . . ignorait totalement ce qui se passait». Même si l'on avait tenu un *voir dire*, à mon avis, il n'y a rien qui aurait pu susciter de doute dans l'esprit du juge du procès quant au caractère volontaire des réponses données par l'accusé.

L'autorisation d'appel devant cette Cour ne se limite pas aux déclarations faites par l'appelant à Crescent Beach le 21 août; elle met également en cause l'admissibilité de déclarations qu'il aurait faites le 27 août, pendant sa détention. Cependant cette Cour est d'avis que ce qui s'est dit entre l'accusé et les policiers à ce moment-là lorsqu'il a accepté les vêtements qu'on avait retrouvés dans le chalet de Beech Hill, est recevable en preuve sans *voir dire*, et on a dit à l'audience qu'il n'était pas nécessaire d'entendre l'intimé à cet égard.

Il est donc évident que les seules déclarations dont on conteste l'admission en preuve sans *voir dire* sont les réponses faites par l'appelant aux questions du constable Botham à Crescent Beach. Dans celles-ci, l'appelant n'a fait que donner son adresse à Vancouver et répondre «Oui» lorsqu'on lui a demandé s'il participait, comme Mayer a prétendu le faire, à une expédition de recherche et de sauvetage et de ramassage d'échantillons dans la région.

Comme je l'ai fait observer, je ne crois pas que le savant juge du procès ait commis une erreur en déclarant recevable sans *voir dire* la conversation de Crescent Beach. Toutefois, même s'il avait fait une erreur à cet égard, je crois, après une lecture attentive de son jugement, que les déclarations

appellant at that time did not play an essential part in the reasoning which led to his finding that the appellant was guilty of possession of cannabis resin.

The learned trial judge found that the appellant and his friend Mayer had made two or three trips to and from LaHave Island in the helicopter which was carrying the drug and he further made the following finding concerning the clothing found at the cabin where the cannabis resin was stored:

It seems to me that the acceptance by the accused of these three items of clothing is some evidence which is unexplained and which connected the accused with the whole operation.

The two items of evidence to which I have last referred afford ample material to support the finding of guilt and whatever doubt may be cast on the admissibility of the brief words spoken by Erven at the beach, I am satisfied that the judge's verdict would have been the same if these words had been excluded from the evidence and that their admission occasioned no substantial wrong or miscarriage of justice. I am therefore in any event of opinion that this is a case in which s. 613(1)(b)(iii) of the *Criminal Code* should be invoked.

I would accordingly dismiss this appeal.

The judgment of Beetz and Pratte JJ. was delivered by

PRATTE J.—I agree with my brother Dickson that the appeal should be allowed, but I come to this conclusion on narrower grounds. I feel obligated to express my views separately.

The issue is as to whether the trial judge erred in admitting into evidence two verbal statements allegedly made by appellant to officers of the R.C.M.P. without holding a *voir dire* which in both instances had been requested by counsel for the defence.

The first statement was made to Const. Botham of the R.C.M.P. on August 21, 1974, when in the course of a conversation that lasted approximately five minutes, appellant answered questions as to his name, his address and the reason for his pres-

faites par l'appelant à ce moment-là n'ont pas joué un rôle essentiel dans le raisonnement qui a amené le juge à le déclarer coupable de possession de résine de cannabis.

Le savant juge du procès a constaté que l'appelant et son ami Mayer avaient fait deux ou trois voyages allers et retours à l'Île-La-Hève dans l'hélicoptère qui transportait le stupéfiant et il a de plus fait le commentaire suivant au sujet des vêtements trouvés dans le chalet où la résine de cannabis était entreposée:

[TRADUCTION] ... je suis d'avis que l'acceptation par l'accusé de ces trois vêtements est une preuve inexplicquée qui l'implique dans cette opération.

Les deux dernières preuves que je viens de mentionner suffisent amplement pour étayer la déclaration de culpabilité et, quel que soit le doute soulevé par l'admissibilité des quelques mots prononcés par Erven à la plage, je suis convaincu que la décision du juge aurait été la même s'ils n'avaient pas été admis en preuve et que leur admission n'a entraîné aucun tort important ni aucun déni de justice. Je suis donc d'avis que de toute façon, ce cas justifie l'application du sous-al. 613(1)(b)(iii) du *Code criminel*.

Je suis d'avis de rejeter le pourvoi.

Le jugement des juges Beetz et Pratte a été rendu par

LE JUGE PRATTE—Comme mon collègue le juge Dickson, je suis d'avis que le pourvoi doit être accueilli, mais ma décision s'appuie sur des motifs plus étroits. Je me dois donc de rédiger des motifs distincts.

La question en litige est de savoir si le juge du procès a commis une erreur en admettant en preuve deux déclarations que l'appelant aurait faites à des agents de la G.R.C., sans tenir de voir dire, alors que l'avocat de la défense l'avait demandé dans les deux cas.

La première déclaration a été faite au constable Botham de la G.R.C. le 21 août 1974, lorsqu'au cours d'une conversation d'environ cinq minutes, l'appelant a répondu à des questions relatives à ses nom et adresse et au motif de sa présence sur la

ence on the beach. This conversation took place in the presence of another constable, and of one Mayer, who was appellant's companion in the venture; after this conversation, the two constables kept appellant and Mayer under surveillance for about one and a half hours and then proceeded to their arrest.

We know little about the circumstances of the conversation between Const. Botham and appellant. Of the four witnesses to this conversation, only Botham gave evidence; he said that at the time he did not know that he was investigating an important criminal operation and that appellant was to be arrested shortly after the conversation. There is no evidence as to the actions of the other constable prior to and during the conversation between appellant and Botham.

In my opinion, the statement made on the beach by appellant to Const. Botham was not admissible in evidence unless it was proven by the prosecution to have been made voluntarily (*Ibrahim v. Rex*<sup>24</sup>, at p. 609).

The normal procedure for determining the voluntariness of a statement of the accused is through a *voir dire* and, the onus being on the Crown to prove voluntariness, a request for a *voir dire* should not be denied save in rare circumstances, where, for instance, the request would be clearly frivolous or would constitute a demonstrable abuse of process.

In the case at bar, the trial judge refused to hold a *voir dire* because he was of the view that the voluntariness of the statements of the appellant had been established by the decision of the Nova Scotia Supreme Court, Appeal Division in *R. v. Mayer*<sup>25</sup>. Whatever be the merits of the decision in *Mayer*, it was not concerned with the statement here in question. Whether a statement is voluntary or not is essentially a question of fact to be determined by the trial judge who hears the case. In *D.P.P. v. Ping Lin*<sup>26</sup>, Lord Salmon spoke thus at p. 606:

<sup>24</sup> [1914] A.C. 599.

<sup>25</sup> (1976), 16 N.S.R. (2d) 404.

<sup>26</sup> [1976] A.C. 574.

plage. Cette conversation a eu lieu en présence d'un autre constable et d'un nommé Mayer, un compagnon de l'appelant dans cette opération. Après cette conversation, les deux constables ont gardé l'appelant et Mayer à vue pendant une heure et demie environ avant de procéder à leur arrestation.

Nous connaissons mal les circonstances de la conversation entre le constable Botham et l'appelant. Des quatre témoins de cette conversation, seul Botham a déposé au procès; il a déclaré ignorer à ce moment l'importance de l'affaire criminelle sur laquelle il enquêtait et ne pas savoir que l'appelant serait arrêté peu après la conversation. Il n'y a aucune preuve des faits et gestes de l'autre constable avant et pendant la conversation de l'appelant avec Botham.

Je suis d'avis que la déclaration que l'appelant a faite sur la plage au constable Botham ne pouvait être recevable en preuve que si la poursuite établissait son caractère volontaire (*Ibrahim v. Rex*<sup>24</sup>, à la p. 609).

Le voir dire est la procédure normale pour décider du caractère volontaire d'une déclaration de l'accusé. Comme il incombe au ministère public d'établir le caractère volontaire, une demande de voir dire ne saurait être rejetée sauf dans de rares cas, lorsque, par exemple, la demande est nettement futile ou constitue un abus de procédure manifeste.

En l'espèce, le juge du procès a refusé de tenir un voir dire parce qu'il était d'avis que l'arrêt *R. v. Mayer*<sup>25</sup>, de la Division d'appel de la Cour suprême de la Nouvelle-Écosse établissait le caractère volontaire des déclarations de l'appelant. Quel que soit le bien-fondé de la décision dans l'affaire *Mayer*, elle ne portait pas sur la déclaration en cause ici. La détermination du caractère volontaire d'une déclaration est avant tout une question de fait qu'il appartient au juge du procès de trancher. Dans *D.P.P. v. Ping Lin*<sup>26</sup>, lord Salmon dit, à la p. 606:

<sup>24</sup> [1914] A.C. 599.

<sup>25</sup> (1976), 16 N.S.R. (2d) 404.

<sup>26</sup> [1976] A.C. 574.



... In deciding whether an alleged confession or statement was free and voluntary and should be admitted in evidence, it is useless, just as it is in an accident case, to search for another case in which the facts seem to be similar and treat it as binding. Facts vary infinitely from case to case. The judge's task is to consider the evidence before him, to assess its implications and to decide the case on his view of that evidence in the light of the basic established principle.

I am therefore of the opinion that the trial judge erred in refusing to hold a *voir dire* as to the voluntariness of the first statement of August 21, 1974.

But it does not necessarily follow that such error on the part of the trial judge be fatal and the statement necessarily inadmissible. The holding of a *voir dire* is only a means to an end and a statement should not be held to be not voluntary for the sole reason that no *voir dire* was held. The substantive issue always is whether the statement has been proven to have been made voluntarily. There are some situations where the failure to hold a *voir dire* which should have been held, while a technical breach of a rule of procedure, would entail no practical effect because the statement would otherwise have been proven to be voluntary; for instance, in *R. v. Spencer*<sup>27</sup>, Chief Justice MacKeigan said at p. 36:

... Even if a *voir dire* had been held, the statement would have had to have been held to be voluntary. This was shown in subsequent evidence by the accused and his friends who said nothing to dispute the circumstances but only disputed exactly what was said and by whom: the accused indeed admitted being asked the question about the carton of hashish but claimed: "No, I think I said, 'Yeah, let's go.'"—rather than the police version of his reply, namely: "Yes, that's all", or "Yes."

The situation in the case at bar is entirely different; there is an almost complete dearth of evidence as to the circumstances in which the statement of August 21 was made. The evidence does not indicate whether or not there was any inducement or threat. The mere fact that the appellant was only under surveillance and not yet under arrest cannot be the determining factor in establishing the voluntary nature of the statement.

<sup>27</sup> (1973), 16 C.C.C. (2d) 29.

[TRANSLATION] ... Lorsqu'il s'agit de décider si une déclaration ou un aveu allégué est libre et volontaire et devrait être admis en preuve, il est inutile, tout comme dans une affaire d'accident, de chercher une autre affaire où les faits seraient identiques et de se sentir lié par elle. Les faits varient à l'infini d'une cause à l'autre. Le juge doit examiner la preuve qui lui est soumise, l'apprécier et trancher l'affaire selon son analyse de cette preuve à la lumière des principes fondamentaux bien établis.

Je suis donc d'avis que le juge du procès a commis une erreur en refusant de tenir un *voir dire* sur le caractère volontaire de la première déclaration du 21 août 1974.

Toutefois cette erreur du juge du procès n'est pas nécessairement fatale et la déclaration n'est pas nécessairement irrecevable. Le *voir dire* n'est qu'un moyen de parvenir à une fin précise et il ne faut pas conclure qu'une déclaration n'était pas volontaire pour la seule raison qu'il n'y a pas eu de *voir dire*. La question essentielle est toujours de savoir s'il est prouvé que la déclaration était volontaire. Dans certains cas, le défaut de tenir le *voir dire* qui s'imposait, tout en constituant une inobservation des règles de procédure, n'aurait aucun effet pratique parce que le caractère volontaire de la déclaration a été établi autrement; par exemple, dans *R. v. Spencer*<sup>27</sup>, le juge en chef MacKeigan dit à la p. 36:

[TRANSLATION] ... Même s'il y avait eu un *voir dire*, il aurait fallu juger la déclaration volontaire. Cela ressort des témoignages ultérieurs de l'accusé et de ses amis qui n'ont pas cherché à nier les circonstances, mais ont seulement contesté ce qui s'était vraiment dit et qui l'avait dit: l'accusé admet qu'on l'a interrogé au sujet de la boîte de chanvre indien, mais prétend avoir répondu «Non, je pense que j'ai dit «Ouais, allons-y», plutôt que, selon la version de la police, «Oui, c'est tout» ou «Oui».

En l'espèce, la situation est tout à fait différente; il y a une absence presque totale de preuve des circonstances de la déclaration du 21 août. La preuve ne révèle pas s'il y a eu promesse ou menace. Le simple fait que l'appellant n'était que sous surveillance et pas encore en état d'arrestation ne peut être le facteur déterminant pour établir que la déclaration était volontaire.

<sup>27</sup> (1973), 16 C.C.C. (2d) 29.

It has also been suggested to us that the statement should be admitted in evidence because it was volunteered by appellant. I cannot agree. A statement that is volunteered is one that is not asked for. The verb "to volunteer" means: "To communicate (information, etc.) on one's own initiative" (*Shorter Oxford English Dictionary*). It is clear that the voluntary nature of a volunteered statement would be much easier to prove than that of a statement which, while not volunteered, is nevertheless voluntary. But in both cases, the rule in *Ibrahim* is applicable. In the case at bar, the evidence does not support the conclusion that the appellant took the initiative to communicate to Const. Botham information as to his name, his address and also as to the reasons for his presence on the beach.

I am therefore of the opinion that the statement of August 21, 1974 has not been proven to have been made voluntarily and should not have been allowed in evidence. I am further of the view that the rest of the evidence is not so strong against the appellant as to permit me to say that the error of the trial judge resulted in no miscarriage of justice. This is therefore not a case where we should exercise our discretion under art. 613(1)(b)(iii) of the *Criminal Code*.

As to the statement of August 27, our unanimous decision not to disturb the decision of the trial judge was announced in Court at the close of the argument for the appellant.

I would therefore dispose of this appeal in the manner proposed by my brother Dickson.

*Appeal allowed, new trial ordered, MARTLAND, RITCHIE and PIGEON JJ. dissenting.*

*Solicitors for the appellant: Walker & Taylor, New Germany, Nova Scotia.*

*Solicitor for the respondent: S. M. Froomkin, Ottawa.*

On a également prétendu devant nous que la déclaration devrait être admise parce que l'appellant l'avait faite spontanément. Je ne suis pas de cet avis. Une déclaration est spontanée lorsqu'elle n'a pas été sollicitée. Le verbe «volunteer» (offrir spontanément) signifie «fournir (une information, etc.) librement» (*Shorter Oxford English Dictionary*). Il est évident qu'il est beaucoup plus facile d'établir le caractère volontaire d'une déclaration spontanée que d'établir le caractère volontaire d'une déclaration qui est volontaire sans toutefois être spontanée. Mais dans les deux cas, la règle énoncée dans l'arrêt *Ibrahim* s'applique. En l'espèce, rien dans la preuve n'indique que l'appellant a de lui-même décidé de donner au constable Botham des renseignements sur ses nom et adresse et d'expliquer sa présence sur la plage.

Je suis donc d'avis que l'on n'a pas prouvé que la déclaration du 21 août 1974 a été faite volontairement. Elle n'aurait donc pas dû être admise en preuve. J'estime également que le reste de la preuve contre l'appellant ne me permet pas de dire que l'erreur du juge du procès n'a entraîné aucun déni de justice. Il ne s'agit donc pas d'un cas où il convient d'exercer le pouvoir discrétionnaire conféré par le sous-al. 613(1)(b)(iii) du *Code criminel*.

En ce qui concerne la déclaration du 27 août, notre décision unanime de ne pas modifier la décision du juge du procès a été annoncée à l'audience à la clôture de la plaidoirie de l'appellant.

Je suis donc d'avis de trancher ce pourvoi comme le propose mon collègue le juge Dickson.

*Pourvoi accueilli, nouveau procès ordonné, les juges MARTLAND, RITCHIE et PIGEON étant dissidents.*

*Procureurs de l'appellant: Walker & Taylor, New Germany, Nouvelle Écosse.*

*Procureur de l'intimée: S. M. Froomkin, Ottawa.*