

Her Majesty The Queen *Appellant*;

and

Marcel Gauthier *Respondent*.

1975: March 18; 1975: June 26.

Present: Laskin C.J. and Martland, Judson, Spence, Pigeon, Dickson, Beetz and de Grandpré JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR QUEBEC

Criminal law—Trial before judge sitting alone—Testimony of accused on voir dire—Restriction of cross-examination—Evidence on voir dire not part of trial evidence—Criminal Code, s. 502.

Respondent was acquitted on two counts of robbery by a judge sitting without a jury. At the trial the Crown first submitted evidence on a *voir dire* to have certain statements made by the accused out of court declared admissible. The accused, who was not represented by counsel, then testified that no promises or threats had been made to him, but that he had never made a statement. Having heard this evidence, the judge held that the statements had been obtained freely and voluntarily and were therefore admissible. Subsequently respondent called some witnesses in defence but did not testify himself. At the conclusion of the trial the judge, in view of all the evidence, in particular the accused's deposition on the *voir dire*, concluded that he had a reasonable doubt in his mind as to whether the accused participated in the offence, and that he would give him the benefit of the doubt. The Court of Appeal unanimously dismissed the appeals by the Crown. Hence the appeal to this Court.

Held (Laskin C.J. and Spence J. dissenting): The appeal should be allowed and a new trial ordered.

Per Martland, Judson, Pigeon, Dickson, Beetz and de Grandpré JJ.: On the *voir dire*, the trial judge did not have to decide whether the statement that the prosecution sought to introduce in evidence had actually been made, and whether it was true. In a trial by jury, it is for the jury to answer such questions. Consequently, the judge who hears the evidence on the *voir dire* gives a ruling only on the admissibility of the statement in question. When there is no jury and the same judge has to rule on both the admissibility of the evidence and its probative value, he must necessarily withhold his conclusion on the second point until the end of the trial, that is, after hearing the whole case.

Sa Majesté La Reine *Appelante*;

et

Marcel Gauthier *Intimé*.

1975: le 18 mars; 1975: le 26 juin.

Présents: Le juge en chef Laskin et les juges Martland, Judson, Spence, Pigeon, Dickson, Beetz et de Grandpré.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DU QUÉBEC

Droit criminel—Procès devant juge seul—Témoignage de l'inculpé sur «voir-dire»—Limite du contre-interrogatoire—Preuve sur «voir-dire» ne fait pas partie de la preuve du procès—Code criminel, art. 502.

L'intimé a été acquitté par un juge siégeant sans jury de deux inculpations de vol qualifié. Au procès, le ministère public a fait d'abord une preuve de «voir-dire» afin de faire déclarer admissibles certaines déclarations extra-judiciaires de l'accusé. Ce dernier, qui n'était pas représenté par avocat, a alors témoigné pour déclarer qu'il n'avait pas reçu de promesse ou menace mais qu'il n'avait jamais fait de déclaration. A la fin de cette preuve, le juge a décidé que les déclarations avaient été obtenues librement et volontairement et étaient donc admissibles. Par la suite, l'intimé a fait entendre des témoins en défense mais n'a pas témoigné. A l'issue du procès, le juge, considérant l'ensemble de la preuve et plus particulièrement la déposition de l'inculpé sur le «voir-dire», a conclu qu'il avait un doute raisonnable quant à la participation de ce dernier à l'infraction et qu'il lui accordait le bénéfice du doute. La Cour d'appel a unanimement rejeté les appels de la poursuite. D'où le pourvoi devant cette Cour.

Arrêt: (Le juge en chef Laskin et le juge Spence étant dissidents): Le pourvoi doit être accueilli et un nouveau procès ordonné.

Les juges Martland, Judson, Pigeon, Dickson, Beetz et de Grandpré: Sur le «voir-dire», le juge du procès n'était pas appelé à décider si la déclaration que la poursuite voulait mettre en preuve avait réellement été faite et si elle était vraie. Dans un procès par jury, ces questions-là sont du ressort du jury et le juge qui entend la preuve sur le «voir-dire» ne statue que sur l'admissibilité de la déclaration qui en fait l'objet. Quand il n'y a pas de jury et que le même juge est appelé à statuer tant sur l'admissibilité de la preuve que sur sa valeur probante, il doit nécessairement garder pour la fin, soit après avoir entendu toute la cause, la conclusion sur le second aspect.

Since a *voir dire* is necessary in a trial without a jury, as in a trial with a jury, it cannot be maintained that the rules are different. Given that the prosecution is restricted in its cross-examination of the accused who is testifying on a *voir dire*, to consider this deposition as part of the evidence in a trial without jury would give the accused a singular advantage and the prosecution an extraordinary disadvantage. This would allow 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.

There is nothing in the record at bar to suggest a consent on the part of the prosecution that the evidence introduced on the *voir dire* be used as evidence at the trial. Without this consent, and in view of the fact that the deposition of the accused on the *voir dire* was the very basis for the conclusion as to a doubt on which the acquittal was based, there are grounds for granting a new trial.

Per Laskin C.J. and Spence J., *dissenting*: The *voir dire* evidence cannot be read into the trial without the concurrence of counsel. In the present appeal it would appear that the trial judge, the accused, who was not represented by counsel, and the Crown were all ready to accept the evidence given on the *voir dire* as part of the evidence in the trial upon the merits. The trial judge did not err in law in using the evidence given by the accused on the *voir dire*.

[*Re R. v. Shepherd* (1951), 100 C.C.C. 95; *R. v. Bannerman* (1966), 48 C.R. 110, followed; *DeClercq v. The Queen*, [1968] S.C.R. 902, considered; *R. v. Mulligan* (1955), 20 C.R. 269; *White v. The King*, [1947] S.C.R. 268, referred to; *R. v. Milner* (1969), 11 C.R. N.S. 178, not followed.]

APPEAL from a decision of the Court of Appeal for Quebec, affirming the acquittal of respondent by a judge without a jury. Appeal allowed and a new trial ordered.

G. Girouard, for the appellant.

G. Dansereau, for the respondent.

The judgment of Laskin C.J. and Spence J. was delivered by

SPENCE J. (*dissenting*)—I have read the reasons for judgment written by Mr. Justice Pigeon and I adopt the statement of facts set out in those reasons except as I shall add to them hereafter.

Puisque dans un procès sans jury le «voir-dire» est nécessaire, comme dans un procès avec jury, on ne peut soutenir que les règles y sont modifiées. Étant donné que la poursuite est limitée dans son contre-interrogatoire de l'accusé qui témoigne sur «voir-dire», considérer que cette déposition fait partie de la preuve dans un procès sans jury accorderait à l'accusé un singulier privilège et à la poursuite un désavantage exceptionnel. Cela permettrait 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.

Il n'y a rien dans le dossier qui fasse voir un consentement de la poursuite à faire servir comme preuve au procès la preuve faite lors du «voir-dire». En l'absence de ce consentement et devant le fait que la déposition de l'inculpé sur le «voir-dire» a été la base même de la conclusion à l'existence du doute sur lequel l'acquittement est fondé, il y a lieu d'accorder un nouveau procès.

Le juge en chef Laskin et le juge Spence, dissidents: La preuve sur «voir-dire» ne peut-être versée au dossier comme partie de la preuve au procès sauf si les parties y consentent. En l'espèce, il semble que le juge au procès, l'accusé, qui n'était pas représenté par un avocat, et le substitut étaient tous disposés à considérer la preuve faite sur «voir-dire» comme faisant partie de la preuve à considérer sur le fond. Le juge de première instance n'a donc pas erré en droit en faisant usage du témoignage rendu par le prévenu lors du «voir-dire».

[Arrêts suivis: *Re R. v. Shepherd* (1951), 100 C.C.C. 95; *R. v. Bannerman* (1966), 48 C.R. 110; arrêt considéré: *DeClercq c. La Reine*. [1968] R.C.S. 902; arrêts mentionnés: *R. v. Mulligan* (1955), 20 C.R. 269; *White c. Le Roi* [1947] R.C.S. 268; arrêt non suivi: *R. v. Milner* (1969), 11 C.R. N.S. 178.]

POURVOI à l'encontre d'un arrêt de la Cour d'appel du Québec qui a confirmé l'acquittement de l'intimé par un juge sans jury. Pourvoi accueilli et nouveau procès ordonné.

G. Girouard, pour l'appelante.

G. Dansereau, pour l'intimé.

Le jugement du juge en chef Laskin et du juge Spence a été rendu par

LE JUGE SPENCE (*dissident*)—J'ai lu les motifs de jugement de mon collègue le juge Pigeon et je fais mien l'exposé des faits qu'on y trouve, compte tenu de ce que je vais y ajouter.

I am in agreement with Mr. Justice Pigeon's opinion that the judge trying a charge without the intervention of a jury and who found it necessary to conduct a *voir dire* as to the admissibility of a statement by an accused must, when he has ruled that statement admissible in law and proceeded with the main trial, exclude from his mind, in determining the guilt or innocence of the accused, all evidence given in that *voir dire* and especially the evidence of the accused if he has himself testified upon the *voir dire*. I am, however, of the view that this is subject to the exception noted by Chief Justice Miller in *R. v. Bannerman*¹, at pp. 114-115, which Mr. Justice Pigeon has cited, *i.e.*, "unless leave is given, with the concurrence of counsel, to have *voir dire* evidence read into the trial for the purpose of saving time".

It must be noted that in the present appeal the accused at trial was not represented by counsel and that the learned trial judge was most meticulous in informing the accused of his rights and particularly of the effect of testifying. As noted by Mr. Justice Dubé in his reasons for the Court of Appeal of Quebec, the respondent was entitled to be under the impression that the evidence which he gave in the course of *voir dire* was also part of his defence, and it would appear that counsel for the Crown was under a similar impression. The experienced trial court judge quite evidently assumed, in giving reasons, that he was entitled to have regard for the evidence given during the *voir dire* in determining whether or not he should convict the accused.

Under these circumstances, it would appear that the learned trial judge, the accused and the Crown were all ready to accept the evidence given on the *voir dire* as part of the evidence in the trial upon the merits.

In view of those circumstances, I am in agreement with the view expressed by judges in the Court of Appeal for Quebec and particularly by Dubé J.A. when he said:

[TRANSLATION] It seems to me clear that the trial judge did not err in law in using the evidence given by the accused on the *voir dire* when he delivered his final

Je partage l'avis du juge Pigeon que lorsqu'un juge siégeant sans jury a jugé nécessaire de tenir un «voir-dire» relativement à la recevabilité d'une déclaration de l'accusé, a jugé cette déclaration recevable en droit et le procès a repris son cours, il doit faire abstraction, quant vient le temps de décider de l'innocence ou de la culpabilité de l'accusé, de toute la preuve faite au cours de ce «voir-dire» et surtout du témoignage de l'accusé si celui-ci a lui-même témoigné au cours du «voir-dire». Cependant, je suis d'avis qu'il faut admettre l'exception formulée par le juge en chef Miller dans *R. v. Bannerman*¹, aux pp. 114 et 115, d'ailleurs mentionnée par le juge Pigeon, c.-à-d. [TRA-DUCTION] «sauf si, pour gagner du temps, tous consentent à ce que la preuve faite sur le «voir-dire» soit versée au dossier».

Il faut noter qu'en l'espèce, l'accusé n'était pas représenté par un avocat lors de son procès et que le savant juge du procès a bien pris soin d'informer l'accusé de ses droits et particulièrement des conséquences de son témoignage. Comme l'a souligné le juge Dubé dans ses motifs, en Cour d'appel du Québec, l'intimé avait l'impression que le témoignage qu'il avait rendu au cours du «voir-dire» faisait également partie de sa défense, et il semble que le substitut avait la même impression. Le juge du procès, qui possède une vaste expérience, a de toute évidence présumé, lorsqu'il a formulé ses motifs, qu'il pouvait considérer la preuve faite au cours du «voir-dire» pour décider de la culpabilité ou de l'innocence de l'accusé.

Dans les circonstances, il semble que le savant juge du procès, l'accusé et le substitut étaient tous disposés à considérer la preuve faite sur «voir-dire» comme faisant partie de la preuve à considérer sur le fond.

Par conséquent, je suis d'accord avec l'opinion formulée par les juges de la Cour d'appel du Québec et particulièrement avec les propos suivants, tenus par le juge Dubé:

Il me paraît donc évident que le juge de première instance n'a pas erré en droit en faisant usage du témoignage rendu par le prévenu lors du «voir-dire»

¹ (1966), 48 C.R. 110.

¹ (1966), 48 C.R. 110.

judgment, even though this evidence was not repeated in defence; I think that the reverse would be a serious ground of appeal.

For these reasons, I would dismiss the appeal.

The judgment of Martland, Judson, Pigeon, Dickson, Beetz and de Grandpré JJ. was delivered by

PIGEON J.—This appeal is from a judgment of the Quebec Court of Appeal affirming respondent's acquittal at a trial without a jury. The trial was on three counts of robbery and began with a *voir dire* on which the accused testified. After an adjournment, the judge ruled as follows:

[TRANSLATION] ... at the hearing of May 4 last, the Crown revealed its intention to produce statements made by the accused out of court when he was arrested, and the Crown requested a *voir dire*, that is, a trial within a trial, to establish that the statements had been obtained freely and voluntarily.

Under the *Criminal Code*, the Crown must establish beyond any reasonable doubt that the statements were obtained freely and voluntarily, without promises or threats.

For the evidence on the *voir dire*, the Crown called the following witnesses: Det. Alfred Maccarone, Det. Jacques Grondines, Det. Maurice Fleurent, Det. Yvon Beaulieu, Const. Pierre Tétreault, Const. Wilkofsky, Const. Roger Deschamps, Const. André Yvon and Const. Pierre Morin, and all these persons, who had been in contact with the accused from the time of his arrest until the statements were given to Det. Maccarone and Det. Jacques Grondines, on May 13, 1972, testified that no promises or threats were made in their presence to induce the accused to make any statement whatever.

The accused testified in his own defence and admitted that the officers made no promises or threats: neither the detectives nor the constables who were present when he was arrested and who later kept him in the detention area. The accused said that he made no statement and also that no promises or threats were made to him.

On the *voir dire*, the fact of whether or not the accused made a statement must not be taken into consideration,

lorsqu'il a rendu son jugement final, et ceci même si on a négligé de répéter ce témoignage en défense; le contraire me paraîtrait plutôt un très sérieux motif d'appel.

Pour ces motifs, je rejeterais le pourvoi.

Le jugement des juges Martland, Judson, Pigeon, Dickson, Beetz et de Grandpré a été rendu par

LE JUGE PIGEON—Ce pourvoi attaque un arrêt de la Cour d'appel du Québec qui a confirmé l'acquittement de l'intimé prononcé à la suite d'un procès sans jury. Ce procès a eu lieu sur trois inculpations de vol qualifié. Il a débuté par un «voir-dire» où l'inculpé a témoigné. Après un ajournement, le juge a statué dans les termes suivants:

... lors de l'audition du 4 mai dernier, la Couronne a manifesté l'intention de produire des déclarations extrajudiciaires provenant de l'accusé, lors de son arrestation et la Couronne a procédé à faire un voir-dire, c'est-à-dire un procès dans le procès afin d'établir que les déclarations avaient été obtenues librement et volontairement.

En vertu du *Code Criminel*, la Couronne doit établir et ce, hors de tout doute raisonnable, que les déclarations sont obtenues librement et volontairement, sans promesse ni menace.

Dans la preuve sur «voir-dire», la Couronne a fait entendre les témoins suivants: le détective Alfred Maccarone, le détective Jacques Grondines, le détective Maurice Fleurent, le détective Yvon Beaulieu, le constable Pierre Tétreault, le constable Wilkofsky, le constable Roger Deschamps, le constable André Yvon, le constable Pierre Morin et toutes ces personnes qui ont été en contact avec l'accusé depuis son arrestation jusqu'au moment où les déclarations ont été données au détective Maccarone et au détective Jacques Grondines, le treize (13) mai 1972, ont témoigné à l'effet qu'en leur présence l'accusé n'a eu aucune promesse ni menace l'incitant à faire quelque déclaration que ce soit.

L'accusé s'est fait entendre en défense et il a lui-même admis qu'il n'avait eu aucune promesse ni menace de la part des officiers; soit les détectives, soit les agents de police qui étaient sur les lieux lors de son arrestation et qui par la suite l'ont gardé au quartier de détention. L'accusé affirme qu'il n'a fait aucune déclaration et confirme également qu'il n'a pas reçu de promesse ou menace.

Au stage du «voir-dire», le fait de savoir si l'accusé a fait ou non une déclaration ne doit pas être pris en considé-

but is used mainly for, and may affect, the evidence that will be introduced as to whether or not he made a statement; the evidence given on the *voir dire*, however, must be used only to determine whether the statement was given freely and voluntarily.

Having heard all the evidence, the Court comes to the conclusion that the statements are admissible in evidence, since the Crown proved beyond any reasonable doubt that the statements were obtained freely and voluntarily.

Following this decision, the Crown called Det. Maccarone, who had taken the statements made to him by respondent and had them recorded in writing. The statements were then filed and received in evidence. The accused called some witnesses in defence, but did not testify himself. The trial judge acquitted him in two judgments, the essential of which is as follows:

[TRANSLATION] The extra-judicial statement was not signed by the accused. Can it be used as evidence against the accused despite this fact? On the basis of the decision in *R. v. VAUPOTIC*, 70 W.W.R. 128, it seems that this question can be answered in the affirmative . . .

The accused testified on the *voir dire* and categorically denied making any statement to Dets. MACCARONE and GRONDINES. Does this evidence introduced on the *voir dire* constitute evidence at the trial? The answer must be in the affirmative if we consider the decision of the British Columbia Court of Appeal in *R. v. MILNER*, 11 C.R.N.S. 178 . . .

Where an extra-judicial confession is admitted in evidence, it is for the jurors or the judge sitting alone to assess the truth or falsity of the statement. The courts have long recognized that a confession made out of court could be the basis of a conviction. In this regard see a decision of the Court of Appeal of Quebec in *FORD v. THE QUEEN*, 17 C.R. 26. That case involved an extra-judicial statement signed by the accused, which the latter tried to repudiate at the trial . . .

In the record at bar, in view of the testimony of Mrs. Marcelle LAVOIE, the fact that the extra-judicial statement was not signed by the accused, and that he denies having made it, the Court has a reasonable doubt in its mind as to whether the accused participated in the robbery committed in the FELIPE cocktail lounge on March twenty-first (21), one thousand nine hundred and seventy-two (1972).

ration mais servira surtout et pourra affecter la preuve qui sera faite à savoir s'il a fait ou non une déclaration mais la preuve de «voir-dire» doit tendre uniquement à savoir si la déclaration a été donnée librement et volontairement.

Or, après avoir entendu toute cette preuve, la Cour en vient à la conclusion que les déclarations sont admissibles en preuve, la Couronne ayant présenté une preuve hors de tout doute raisonnable que les déclarations ont été obtenues librement et volontairement.

Après cette décision, la poursuite a fait entendre le détective Maccarone qui avait recueilli les déclarations qui lui avaient été faites par l'intimé et les avait consignées par écrit. Ces déclarations ont alors été versées au dossier et reçues en preuve. L'inculpé a fait entendre des témoins en défense mais il n'a pas témoigné lui-même. Le juge du procès l'a acquitté dans deux jugements dont l'essentiel est comme suit:

La déclaration extra-judiciaire n'a pas été signée par l'accusé. Nonobstant ce fait, peut-elle servir de preuve contre l'accusé? Il semble qu'on puisse répondre affirmativement suite à l'arrêt *R. v. VAUPOTIC*, 70 W.W.R. 128, . . .

L'accusé a témoigné lors du «voir-dire» et a catégoriquement nié avoir fait quelque déclaration que ce soit aux détectives MACCARONE et GRONDINES. Cette preuve faite dans le «voir-dire» constitue-t-elle une preuve dans le procès? Il faut répondre oui si l'on s'en tient à une décision de la Cour d'Appel de la Colombie-Britannique dans *R. v. MILNER*, 11 C.R.N.S. 178 . . .

Lorsqu'une confession extra-judiciaire a été admise en preuve, il incombe aux jurés ou au juge siégeant seul, d'apprécier la véracité ou la fausseté de sa teneur. La jurisprudence a depuis longtemps reconnu qu'un aveu extra-judiciaire pouvait faire la base d'une condamnation. Voir à ce sujet une décision de la Cour d'Appel du Québec dans *FORD v. THE QUEEN*, 17 C.R. 26. Notons qu'il s'agissait d'une déclaration extra-judiciaire signée par l'accusé, déclaration qu'il a voulu répudier lors du procès. . . .

Dans le présent dossier, considérant le témoignage de Madame Marcelle LAVOIE, considérant que la déclaration extra-judiciaire n'a pas été signée par l'accusé, considérant qu'il nie l'avoir faite, le Tribunal a un doute raisonnable dans son esprit quant à la participation de l'accusé au vol commis au bar salon FELIPE le vingt-et-un (21) mars mil neuf cent soixante-douze (1972).

ACCORDINGLY, the accused must be given the benefit of this doubt, and he must be acquitted of the charge as laid in No. 72-3756.

With respect to record No. 72-3754, namely a robbery perpetrated on the person of Mr. Claude ST-AMOUR on March twenty-first (21), one thousand nine hundred and seventy-two (1972), except for the extra-judicial statement of the accused submitted as Exhibit P-5, the Crown had no direct evidence of the robbery. With regard to the extra-judicial statement, for the reasons above stated, the Court comes to the same conclusion, namely that there is a reasonable doubt as to whether the accused participated in a robbery committed on the person of Mr. Claude ST-AMOUR on March twenty-first (21), one thousand nine hundred and seventy-two (1972).

ACCORDINGLY, the Court acquits him of the charge as laid.

Appeals by the Crown were unanimously dismissed, the Chief Justice saying *inter alia*:

[TRANSLATION] On the *voir dire*, the trial judge had to rule only on the admissibility of the confession submitted by the prosecution, namely whether it was free and voluntary. In my opinion, he did not have to decide at that time whether it was actually made by respondent and whether it was true. By admitting it in evidence, the judge ruled that the Crown had proved beyond any reasonable doubt and to his satisfaction that respondent had not been subjected to undue pressure before the time at which the Crown contends the confession was made. By subsequently acquitting the accused, the judge in no way contradicted himself. He found that the additional evidence introduced during the trial created a reasonable doubt in his mind.

With respect to the Crown's contention that the trial judge could not, for his final decision, take into account respondent's testimony during the *voir dire*, this is in my opinion excessive formalism. To require the judge to hear the accused and, if we are to be logical, all the other witnesses on the *voir dire*, a second time, is in my view an unjustified waste of time.

For his part, Turgeon J.A. said, *inter alia*:

[TRANSLATION] I am not convinced that in a trial where a judge is sitting alone, he may, without the consent of the parties, take into account the testimony of the accused on the *voir dire* when deciding on the merits, because in principle the prosecution is restricted at that time in its cross-examination of the accused . . .

EN CONSÉQUENCE, il doit en faire bénéficier l'accusé et l'acquitter de l'accusation telle que portée dans le No. 72-3756.

Quant au dossier No. 72-3754, soit un vol qualifié perpétré sur la personne de M. Claude ST-AMOUR le vingt-et-un (21) mars mil neuf cent soixante-douze (1972), sauf la déclaration extra-judiciaire de l'accusé produite comme exhibit P-cinq (P-5), la Couronne n'a pas fait de preuve directe du vol. Quant à la teneur de la déclaration extra-judiciaire, pour les motifs plus haut mentionnés, le Tribunal en vient à la même conclusion, c'est-à-dire qu'il a un doute raisonnable quant à la participation de l'accusé pour vol commis sur la personne de M. Claude ST-AMOUR le vingt-et-un (21) mars mil neuf cent soixante-douze (1972).

EN CONSÉQUENCE, il l'acquitte de l'accusation telle que portée.

Les appels interjetés par la poursuite ont été rejetés unanimement, M. le juge en chef disant en particulier:

Sur le «voir dire», le premier juge ne devait décider que de l'admissibilité de la confession que présentait la poursuite, c'est-à-dire, si cette confession était libre et volontaire. A mon avis, il ne lui appartenait pas à ce moment de décider si elle avait été réellement faite par l'intimé et si elle était vraie. En l'admettant en preuve, il prononçait que la Couronne avait prouvé hors de tout doute raisonnable et à sa satisfaction que l'intimé n'avait été soumis à aucune pression induite avant le moment où la Couronne prétend que la confession fut faite. En acquittant ensuite l'accusé, il ne se contredit nullement. Il prononce que la preuve additionnelle faite au cours du procès a créé un doute raisonnable dans son esprit.

Quant à la prétention de la Couronne à l'effet que le premier juge ne pouvait, en vue de sa décision finale, tenir compte du témoignage de l'intimé au cours du «voir-dire», elle me paraît faire appel à un formalisme exagéré. Obliger le juge à entendre une deuxième fois l'accusé et, si l'on veut être logique, tous les autres témoins sur le «voir-dire» me paraît une perte de temps injustifiée.

De son côté, M. le juge Turgeon a dit notamment:

Je ne suis pas convaincu que lorsqu'il s'agit d'un procès devant un juge seul, celui-ci peut tenir compte lorsqu'il décide sur le mérite, sans le consentement des parties, du témoignage rendu par l'accusé sur le «voir-dire», puisqu'en principe la poursuite est alors limitée dans son contre-interrogatoire de l'accusé. . . .

However, in this case, as my brother has shown, the accused, counsel for the prosecution and the trial judge all took it for granted that the accused's testimony on the *voir dire* was part of the evidence at the trial. This was done without any objection or protest on the part of counsel for the Crown. There was thus tacit consent on this point and it is too late to raise the objection on appeal.

Dubé J.A., with the concurrence of Bélanger J.A., said *inter alia*:

[TRANSLATION] In a trial before a judge sitting alone, it is not necessary to treat the *voir dire* as a trial within the trial, since it is the same judge who has to rule on the admissibility of the confession and also on its probative value.

The commonly accepted expression in our case law, that the *voir dire* is a trial within a trial, is only an expression, not a fact. There is in fact only one trial, but in the portion which takes place before a jury, it is the judge's duty to take all possible precautions to ensure that the jurors are not influenced by unlawful or inadmissible elements of evidence . . .

However, in trials before a judge sitting alone, these formalities become completely pointless. The evidence heard by the trial judge on the *voir dire* is as much a part of the trial as any other evidence. It is not even necessary for the parties to agree for this evidence to be included in the record, because it is there already.

In my opinion, this rule also applies to the testimony of the accused if he chooses to testify during the *voir dire*. Clearly, the judge should not then take into account questions, which the accused may have been asked in order to test the truth of his testimony, regarding his criminal record or even his confession (*DE CLERCQ*, Supreme Court, reported in 4 C.R. N.S. p. 205; a majority decision, three dissents). He must disregard these "side issues" in the case and keep strictly to the proven facts . . .

Moreover, in the instant case it is clear that the accused, who presented his own defence, was always under the impression that the testimony he gave on the *voir dire* was also part of his defence (J.R. Vol. 3, p. 480):

No, but Your Lordship, I would like to make it clear that this evidence, since it is *voir dire* evidence and applies to the three (3) counts, that I will use it in future in the other cases.

Dans le présent litige cependant, comme le démontre mon collègue, l'accusé, le procureur de la poursuite et le premier juge ont tous pris pour acquis que le témoignage de l'accusé sur le «voir-dire» faisait partie de la preuve au procès. Cela fut fait sans aucune objection ou protestation de la part du procureur de la Couronne. Il y a donc eu consentement tacite sur ce point et il est trop tard en appel pour soulever l'objection.

Quant à M. le juge Dubé il a, avec l'accord de M. le juge Bélanger, dit spécialement:

Lorsqu'il s'agit d'un procès devant un juge seul, il n'est pas nécessaire de traiter le «voir-dire» comme un procès dans le procès, étant donné que c'est le même juge qui doit décider de l'admissibilité de la confession et aussi de sa valeur probante.

L'expression couramment acceptée dans notre jurisprudence à l'effet que le «voir-dire» est un procès dans le procès, est plutôt une expression qu'une réalité: en effet, il s'agit toujours du même procès, mais lorsque l'on procède devant le jury, le juge a le devoir de prendre toutes les précautions possibles pour que les jurés ne soient pas affectés par des éléments de preuve qui seraient illégaux ou inadmissibles. . . .

Mais lorsqu'il s'agit d'un procès devant un juge seul, ces formalités deviennent tout à fait inutiles; la preuve entendue par le juge de première instance sur le «voir-dire» fait partie du procès comme toute autre preuve. Il n'est même pas nécessaire que les parties s'entendent pour que cette preuve soit versée au dossier puisqu'elle y est déjà.

Je suis d'opinion que cette règle vaut tout autant quant au témoignage de l'accusé s'il a choisi de témoigner au cours de la preuve de «voir-dire»; évidemment, le juge ne devra pas alors tenir compte des questions qu'on aurait pu poser à l'accusé en vue de sonder la véracité de son témoignage soit sur ses antécédents judiciaires, soit même sur la véracité de sa confession (*DE CLERCQ*, Cour Suprême, rapporté à 4 C.R. N.S. p. 205) (arrêt majoritaire, 3 dissidences). Il devra dans son esprit faire abstraction de ces «à côté» de la cause et s'en tenir strictement aux faits prouvés. . . .

D'ailleurs, dans le présent procès, on voit que l'accusé, assumant lui-même sa propre défense, a toujours été sous l'impression que le témoignage qu'il rendait au cours du «voir-dire» faisait aussi partie de sa défense (D.C. Vol. 3, p. 480):

«Non mais Votre Seigneurie, je veux vous faire comprendre que cette preuve, vu que c'est la preuve de «voir-dire» qui est dans les trois (3) chefs d'accusation, que je vais m'en servir dans le futur dans les autres causes.»

Counsel for the Crown also gave the impression that he considered the *voir dire* evidence as part of the evidence throughout the entire proceedings, in particular at p. 312 J. R. Vol. 2, when he said:

I object, Your Lordship, not to the accused's arguments, but to the manner in which he is presenting them, because I would like to know in which record a motion for a nonsuit is being made. At the beginning of the trial, I stated that we would proceed in record 3756, and I also said that the *voir dire* evidence would be included in the other two records because it is the same *voir dire* evidence; these are statements which were taken successively; the accused is now making a motion for a nonsuit.

It should first be noted that the Court of Appeal correctly held that, on the *voir dire*, the trial judge did not have to decide whether the statement that the prosecution sought to introduce in evidence had actually been made, and whether it was true. In a trial by jury, it is for the jury to answer such questions. Consequently, the judge who hears the evidence on the *voir dire* gives a final ruling only on the admissibility of the statement in question: *R. v. Mulligan*², (Ontario Court of Appeal). When there is no jury and the same judge has to rule on both the admissibility of the evidence and its probative value, he must necessarily withhold his conclusion on the second point until the end of the trial. In fact, with regard to the question as to whether the statement was actually made and whether it is true, the judge presiding over a *voir dire* in a trial by jury is required to decide only whether there is evidence to be submitted to the jury; it is not for him to weigh such evidence. There is no provision authorizing a judge sitting alone to do otherwise or to make a final ruling on these questions before hearing the entire case. It is true that in *DeClercq v. The Queen*³, Hall J., dissenting, appears to say at the foot of p. 921 that on a *voir dire*, it is the judge's duty to decide whether the statement was actually made by the accused. However, this must be read with the categorical statement at the top of the same page:

Le procureur de la Couronne a lui-même donné cette impression qu'il considérait que la preuve de «voir-dire» faisait partie de la preuve tout au long des procédures, et plus particulièrement à la page 312 D.C. Vol. 2, alors qu'il s'exprime ainsi:

«Là Votre Seigneurie je m'objecte, je m'objecte pas aux arguments de l'accusé, je m'objecte à sa façon de les faire parce que je voudrais bien savoir dans quel dossier il fait une motion de non-lieu, j'ai indiqué au début du procès qu'on procédait dans le dossier 3756, je vous ai indiqué également que la preuve de «voir-dire» serait versée dans les deux autres dossiers parce que c'est la même preuve de «voir-dire», ce sont les déclarations qui ont été prises successivement monsieur fait une motion de non-lieu.»

Disons tout d'abord que c'est à bon droit que la Cour d'appel a statué que sur le «voir-dire», le juge du procès n'était pas appelé à décider si la déclaration que la poursuite voulait mettre en preuve avait réellement été faite et si elle était vraie. Dans un procès par jury, ces questions-là sont du ressort du jury. Par conséquent, le juge qui entend la preuve sur le «voir-dire» ne statue définitivement que sur l'admissibilité de la déclaration qui en fait l'objet: *R. v. Mulligan*² (Cour d'appel de l'Ontario). Quand il n'y a pas de jury et que le même juge est appelé à statuer tant sur l'admissibilité de la preuve que sur sa valeur probante, il doit nécessairement garder pour la fin la conclusion sur le second aspect. En effet, sur la question de savoir si la déclaration a vraiment été faite et si elle est vraie, le juge qui préside un «voir-dire» dans un procès par jury n'a pas à aller plus loin que de décider qu'il y a une preuve à soumettre au jury, il ne lui appartient pas d'en apprécier la valeur. Rien ne lui permet d'agir autrement lorsqu'il siège seul et de statuer définitivement sur ces questions avant d'avoir entendu toute la cause. Il est vrai que dans *DeClercq c. La Reine*³, M. Le juge Hall, dissident, semble dire au bas de la p. 921 que sur un «voir-dire», il appartient au juge de décider si la déclaration a vraiment été faite par l'accusé, mais il faut lire cela en regard de l'affirmation catégorique au haut de la même page.

² (1955), 20 C.R. 269.

³ [1968] S.C.R. 902.

² (1955), 20 C.R. 269.

³ [1968] R.C.S. 902.

Once admitted, the statement goes to the jury who alone may decide whether the statement was in fact made, whether it was true and who may give it such weight as they see fit.

The important question in the case at bar is whether, in a case where there is no jury, the evidence on the *voir dire* is part of the trial evidence like any other evidence, as Dubé J.A. maintains. In my opinion, this statement cannot be supported. No provision of the *Criminal Code* was cited in support, and I can see no other legal basis for it. Part XVI of the *Criminal Code*, headed *Indictable Offences—Trial without Jury*, under which the trial was held, ends with the following section:

502. The provisions of Part XIV, the provisions of Part XV relating to transmission of the record by a magistrate where he holds a preliminary inquiry, and the provisions of Parts XVII and XX, in so far as they are not inconsistent with this Part, apply, *mutatis mutandis*, to proceedings under this Part;

Provisions concerning trials by jury are in Part XVII, headed *Procedure by Indictment*. Although the rules concerning the admissibility of confessions, including those for *voir dire*, are not spelled out there, they definitely form part of the provisions to be followed in the procedure by indictment. In my opinion, it can therefore be stated without risk of error, that those same rules should be applied *mutatis mutandis* in a trial without jury, "in so far as they are not inconsistent" with the provisions of Part XVII. I find nothing that might be said to be inconsistent. Consequently, we need only consider what changes may be necessary because there is no jury. I fail to see how it could be argued that one of such necessary changes would be the exclusion of any *voir dire*. There is definitely nothing which prevents a judge sitting alone from proceeding in this regard exactly as if there were a jury. Of course, the result will be that he will also have to decide at the end of the trial whether the confession was actually made, after previously deciding whether it is admissible in evidence. But there is nothing to prevent him from dealing with these two stages separately and from holding on the admissibility of the confession in evidence the "trial within the trial", which is held

[TRANSLATION] «Lorsqu'elle est jugée recevable, la déclaration est soumise au jury qui, seul, peut décider si cette déclaration a effectivement été faite, si elle est véridique et quelle valeur il convient de lui attribuer.»

La question importante en la présente cause est celle de savoir si, lorsqu'il n'y a pas de jury, la preuve sur le «voir-dire» fait partie du procès comme toute autre preuve, ainsi que le soutient M. le juge Dubé. Cette affirmation me paraît dépourvue de toute base juridique. On ne mentionne à l'appui aucune disposition du *Code criminel* et je ne vois rien qui puisse l'étayer. La Partie XVI du *Code criminel*, intitulée *Actes criminels—Procès sans jury*, en vertu de laquelle le procès a eu lieu, se termine par l'article suivant:

502. Les dispositions de la Partie XIV, les dispositions de la Partie XV relatives à la transmission du dossier par un magistrat, lorsqu'il tient une enquête préliminaire, et les dispositions des Parties XVII et XX, dans la mesure où elles ne sont pas incompatibles avec la présente Partie, s'appliquent, *mutatis mutandis*, aux procédures prévues à la présente Partie.

C'est dans la Partie XVII intitulée *Procédure par acte d'accusation* que l'on trouve les dispositions relatives au procès devant jury. Même si les règles relatives à l'admissibilité des confessions y compris celles du «voir-dire» n'y sont pas énoncées, elles font indubitablement partie des dispositions à suivre dans la procédure par acte d'accusation. On peut donc, à mon avis, affirmer sans crainte d'erreur, que ces mêmes règles doivent être suivies *mutatis mutandis* lors d'un procès sans jury «dans la mesure où elles ne sont pas incompatibles» avec les dispositions de la Partie XVII. Je ne vois rien que l'on puisse considérer incompatible. Par conséquent, il suffit de s'arrêter à considérer quels changements peuvent être nécessaires comme conséquence de l'absence d'un jury. Je ne vois pas comment on pourrait soutenir que l'un des changements nécessaires serait la suppression du «voir-dire». Il n'y a sûrement rien qui empêche le juge siégeant sans jury de procéder à cet égard exactement comme s'il y en avait un. Évidemment, il en résultera que c'est lui qui devra à la fin du procès décider si la confession a vraiment été faite après avoir antérieurement décidé si la preuve en est recevable. Mais rien ne l'empêche de procéder distinctement à ces deux étapes et de tenir sur

as a *voir dire* when there is a jury. *Mutatis mutandis* means making all necessary changes, but necessary changes only. 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?

I must also add, with respect, that Dubé J.A.'s position appears contradictory. On the one hand he says that if the accused testifies on the *voir dire* but not at the trial proper, his deposition may be used to his benefit, however he adds:

[TRANSLATION] ... of course, the judge should not at that time take into account questions, which the accused may have been asked in order to test the truth of his testimony, regarding his criminal record or even the truthfulness of his confession (DE CLERCQ, Supreme Court, reported 4 C.R. N.S. at p. 205).

For all practical purposes, in my opinion this is tantamount to maintaining that in a trial without a jury, the deposition of an accused on a *voir dire* may later be used for him but not against him. Nothing of the sort was decided by this Court in *DeClercq*. In that case the accused was convicted by the trial judge sitting without a jury, and the only question before this Court was whether the judge had erred in asking the accused, who was testifying on the *voir dire*, whether the statement he had signed was true. Martland J., speaking for the majority, said (at p. 910):

... The sole issue before this court is as to whether the learned trial judge erred in law when he asked the appellant whether the statement which he had signed was true.

In conclusion, he said (at pp. 911-912):

There was no attempt by the learned trial judge in the present case to use the *voir dire* as a means of determining the guilt of the appellant. He stated at the outset of the inquiry that he had seen the statement and that he

l'admissibilité de la preuve de la confession «le procès dans un procès» qui se tient comme «voir-dire» quand il y a un jury. *Mutatis mutandis* signifie: en faisant les changements nécessaires, mais les changements nécessaires seulement. 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?

Avec respect, je dois d'ailleurs dire que la position de M. Le juge Dubé me paraît contradictoire. En effet, tout en affirmant que si l'accusé a témoigné au «voir-dire», mais non au procès proprement dit, sa déposition peut servir en sa faveur, il ajoute:

... évidemment, le juge ne devra pas alors tenir compte des questions qu'on aurait pu poser à l'accusé en vue de sonder la véracité de son témoignage soit sur ses antécédents judiciaires, soit même sur la véracité de sa confession (DE CLERCQ, Cour suprême, rapporté à 4 C.R. N.S. p. 205).

A toutes fins pratiques, cela me paraît équivaloir à soutenir que, dans un procès sans jury, la déposition d'un accusé sur un «voir-dire» peut ensuite servir pour lui mais non contre lui. Rien de semblable n'a été décidé par cette Cour dans *DeClercq*. L'accusé y avait été trouvé coupable par le juge du procès sans jury et la seule question dont nous avons été saisis a été de savoir si ce juge avait commis une erreur en demandant à l'accusé témoignant lors du «voir-dire» si la déclaration qu'il avait signée était vraie. M. le juge Martland, exprimant l'opinion majoritaire, dit (à la p. 910):

[TRADUCTION] ... La seule question litigieuse soulevée devant cette Cour est de savoir si le savant juge du procès a commis une erreur de droit lorsqu'il a demandé à l'appellant si la déclaration qu'il avait signée était véridique.

En conclusion, il a dit (aux pp. 911-912):

[TRADUCTION] Le juge du procès n'a jamais tenté en l'espèce d'utiliser le «voir-dire» comme un moyen de déterminer la culpabilité de l'appellant. Il a déclaré dès le début de l'enquête qu'il n'avait pas vu la déclaration

did not propose to look at it. When it was produced it was handed to the witness for identification and he was questioned concerning it. Had he been satisfied that the statement was not voluntary, the trial judge would not have become aware of its contents. The inquiry as to its truth was related solely to the weight to be given to the evidence on the issue as to whether or not it was voluntary.

In my opinion it is important to consider, as Turgeon J.A. did, that when the accused testifies on a *voir dire* the prosecution is restricted in its cross-examination of the accused. As Kaufman J.A. states in his book *The Admissibility of Confessions* (second ed., p. 30), "this should be limited to testing credibility and to the matter in issue". Thus, if it is held that in a trial without jury the accused's deposition on a *voir dire* is part of the evidence and may be used on his behalf, but may not be used against him to the extent indicated above, the accused has a singular advantage and the prosecution suffers an extraordinary disadvantage. This runs counter to the general rule established by the *Canada Evidence Act*, namely that the accused is not required to testify and his silence cannot be used against him, but, if he chooses to testify, he is treated as an ordinary witness. He may therefore be cross-examined on all facts of the case as well as on anything that may affect his credibility, subject to the one generally admitted exception that he cannot be cross-examined on a statement that was held inadmissible on the *voir dire*.

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

et qu'il n'avait pas l'intention de l'examiner. Lorsque la déclaration a été produite, elle a été remise au témoin pour identification et il a été interrogé à son sujet. Si le juge du procès avait été convaincu que la déclaration n'était pas volontaire, il n'en aurait pas connu la teneur. L'enquête sur la véracité n'avait rapport qu'à la crédibilité du témoignage donné sur la question de savoir si la déclaration était volontaire ou non.

A mon avis, il importe de considérer comme l'a fait M. le juge Turgeon que lorsque l'accusé témoigne sur un «voir-dire», la poursuite est limitée dans son contre-interrogatoire de l'accusé. Comme le dit M. le juge Kaufman dans son ouvrage *The Admissibility of Confessions* (2^{ème} éd. p. 30) [TRANSLATION] «ce contre-interrogatoire ne peut porter que sur la question en litige ou sur ce qui peut servir à éprouver la crédibilité.» Il en résulte donc que si l'on tient que dans un procès sans jury la déposition de l'accusé sur un «voir-dire» fait partie de la preuve et peut servir pour lui tout en ne pouvant servir contre lui dans la mesure ci-dessus indiquée, l'accusé jouit alors d'un singulier privilège et la poursuite d'un désavantage exceptionnel. Cela vient à l'encontre de la grande règle établie par la *Loi de la preuve* au Canada, savoir que l'accusé n'est pas obligé de témoigner et son silence ne peut être invoqué contre lui, mais s'il choisit de témoigner, il est traité comme un témoin ordinaire. Il peut donc être contre-interrogé sur tous les faits de la cause de même que sur tout ce qui peut porter atteinte à sa crédibilité sous la seule réserve généralement admise qu'on ne peut le contre-interroger sur une déclaration qui n'a pas été jugée admissible lors d'un «voir-dire».

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

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.

In my opinion, the correct rule was stated by Kelly J. in *Re R. v. Shepherd*⁴, namely that even in a trial without a jury, the evidence presented on the *voir dire* is not part of the evidence to be considered on the merits. With respect, I do not find the opposite approach, as adopted by the British Columbia Court of Appeal in *R. v. Milner*⁵, convincing or logical. In that case Davey C.J.B.C. said (at p. 180):

... where the trial is before a judge sitting alone. There, the judge is the trier of the fact; he hears the evidence which is given on the *voir dire*; the *voir dire* is part of the trial and, regardless of the finding of the learned trial judge in those circumstances on the admissibility of the evidence, any evidence which is given on the *voir dire* is given as in the course of the trial itself and, if it is relevant, it is admissible in favour of or against the parties. Of course, it goes without saying that the evidence on the *voir dire* must be confined to what is material to and admissible on the question to be decided upon it.

If the *voir dire* is an integral part of the trial without a jury, why should the evidence be restricted to a particular question?

On the other hand, I see no objection to the judgment of the Manitoba Court of Appeal in *R. v. Bannerman*⁶. In that case the accused, who was found guilty, contended that the judge sitting alone should have heard a second time the evidence introduced on the *voir dire* concerning the free and voluntary nature of the statement. He maintained that the judge having ruled, at the end of the *voir dire*, that the statement was admissible, it was not enough for the person who had taken the statement to be called upon to introduce the statement in evidence, as was done in the case at bar. In my opinion, the Manitoba Court of Appeal was correct in saying (at pp. 114-115):

d'accord mais j'y verrais une moindre 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.

A mon avis, la vraie doctrine a été énoncée par M. le juge Kelly dans *Re R. v. Shepherd*⁴, savoir que, même dans un procès sans jury, la preuve faite sur «voir-dire» ne fait pas partie de la preuve à considérer sur le fond. Avec respect, je ne trouve ni logique ni convaincant le raisonnement contraire fait par la Cour d'appel de la Colombie-Britannique dans *R. v. Milner*⁵, où M. le juge en chef Davey dit (à la p. 180):

[TRADUCTION] ... lorsque le procès se déroule devant un juge siégeant seul. Ce dernier est alors juge des faits; il entend la preuve faite au cours du «voir-dire»; le «voir-dire» fait partie du procès et, peu importe la conclusion tirée par le savant juge du procès dans ces circonstances au regard de la recevabilité de la preuve, toute preuve faite sur «voir-dire» est considérée comme faite au cours du procès et, si elle est pertinente, elle est recevable en faveur ou au détriment des parties. Naturellement, il va sans dire que la preuve faite sur «voir-dire» doit être pertinente et recevable au regard de la question à trancher au «voir-dire».

Si le «voir-dire» est partie intégrante du procès sans jury, pourquoi faut-il que la preuve y soit restreinte à une certaine question?

Par ailleurs, je ne vois rien à redire à l'arrêt rendu par la Cour d'appel du Manitoba dans *R. v. Bannerman*⁶. L'accusé trouvé coupable y prétendait que le juge siégeant sans jury devait entendre de nouveau la preuve faite lors du «voir-dire» sur le caractère libre et volontaire de la déclaration. Il soutenait que le juge ayant en conclusion du «voir-dire» déclaré la déclaration admissible, il ne suffisait pas que la personne qui l'avait recueillie soit entendue aux fins de la produire en preuve, comme on l'a fait dans la présente cause. A mon avis, c'est à bon droit que la Cour d'appel du Manitoba a dit (aux pp. 114-115):

⁴ (1951), 100 C.C.C. 95.

⁵ (1969), 11 C.R.N.S. 178.

⁶ (1966), 48 C.R. 110.

⁴ (1951), 100 C.C.C. 95.

⁵ (1969), 11 C.R. N.S. 178.

⁶ (1966), 48 C.R. 110.

The admission of the statement was allowed only after a *voir dire*. The learned trial judge held it was a voluntary statement and properly admissible, so after the *voir dire* it was filed in the trial as Exhibit 3. Counsel did not raise any objection as to voluntariness when the trial resumed after the *voir dire*, before the statement was filed as Exhibit 3. Mr. Walsh now contends that evidence should have been produced at the trial after the conclusion of the *voir dire* to show the voluntariness of the statement. I am unable to accept this contention. It is true that after a *voir dire* in a jury trial the trial resumes and the admission or confession must be proved, including the voluntary aspect, in the ordinary way in the presence of the jury. This is done necessarily because a jury is excluded during the *voir dire*, and, furthermore, it is part of the jury's function to assess the truth, and the voluntariness or otherwise, of the statement. However, it is not reasonable to require a repetition in the trial proper, before the judge alone, of all the evidence taken on the *voir dire* in order to establish whether the statement was or was not made voluntarily. I realize that the *voir dire* must be kept separate from the trial and that certain evidence on the *voir dire* must be completely excluded from the mind of the trial judge—such as evidence that might be given by the accused and others—unless leave is given, with the concurrence of counsel, to have *voir dire* evidence read into the trial for the purpose of saving time. The judge's function is to decide whether a statement is or is not admissible, and he decides that after hearing the *voir dire*. Then the statement, if ruled admissible instead of being an exhibit for identification as in the *voir dire*, becomes an exhibit in the trial, and once it becomes an exhibit in the trial it is part of the evidence by virtue of the ruling of the learned trial judge that it is admissible.

I have underlined the passage in this quotation where the Court refused to allow the accused's deposition on the *voir dire* to be considered part of the evidence at the trial. It is possible that only the question whether such a deposition may be used as evidence against the accused was considered, but once again, I fail to see how a distinction can be made and how it can be said that without being evidence against him, it becomes evidence for him. The rule is that what is evidence against a party is also evidence for him. If a statement made by the accused is introduced in evidence, the accused is obviously entitled to rely on everything in the statement that may be favourable to his case. This is not doubtful.

[TRANSLATION] La déclaration n'a été reçue qu'après un «voir-dire». Le savant juge du procès a conclu au caractère volontaire de la déclaration et l'a jugée recevable, de sorte qu'à la suite du «voir-dire» elle a été produite au procès comme Pièce n° 3. L'avocat n'a alors soulevé aucune objection à l'égard du caractère volontaire de la déclaration avant qu'elle soit ainsi cotée. M^e Walsh prétend maintenant qu'une preuve aurait dû être produite au procès, après la conclusion du «voir-dire», afin de démontrer le caractère volontaire de la déclaration. Je ne puis accepter cette prétention. Il est vrai qu'à la reprise d'un procès devant jury après un «voir-dire», il faut prouver la déclaration ou la confession, y compris son caractère libre et volontaire, de la façon ordinaire en présence du jury. Cela est nécessaire en raison de l'exclusion du jury au cours du «voir-dire» et de plus parce qu'il appartient au jury d'apprécier la véracité et le caractère volontaire de la déclaration. Cependant, il est déraisonnable d'exiger la répétition, à la reprise du procès devant un juge seul, de toute la preuve qui a été faite sur le «voir-dire» pour démontrer que la déclaration était volontaire. Je conçois bien qu'il faut séparer le «voir-dire» du procès et que le juge se doit d'effacer de son esprit certaines preuves présentées au cours du «voir-dire»—telle que le témoignage qu'aurait pu rendre l'accusé ou d'autres témoins—sauf si, pour gagner du temps, tous consentent à ce que la preuve faite sur le «voir-dire» soit versée au dossier. Le juge a pour tâche de décider si la déclaration est recevable et cette décision doit être prise à la suite du «voir-dire». Si la déclaration est jugée recevable, elle devient non pas une pièce cotée pour identification comme au cours du «voir-dire», mais bien une pièce déposée au procès, et à ce titre elle forme partie de la preuve au procès en raison de sa recevabilité décidée par le savant juge du procès.

J'ai souligné le passage où dans ce texte l'on refuse d'admettre que la déposition de l'accusé sur le «voir-dire» puisse être considérée comme partie de la preuve au procès. Il est possible qu'on ait alors songé uniquement à la question de savoir si pareille déposition peut faire preuve contre l'accusé mais, encore une fois, je ne vois pas comment l'on pourrait distinguer et dire que, sans faire preuve contre lui, cela fait preuve pour lui. La règle c'est que ce qui fait preuve contre une partie fait également preuve pour elle. Si l'on met en preuve une déclaration de l'accusé, il a parfaitement le droit d'invoquer tout ce qui peut s'y trouver en sa faveur. Cela n'est pas douteux.

It only remains to consider whether in the record at bar, there was a consent on the part of the prosecution that the evidence introduced on the *voir dire* be used as evidence at the trial. In my opinion, Dubé J.A. was completely mistaken with regard to the meaning of the statements made by counsel for the prosecution which he cited. In order to properly appreciate the meaning of these statements, it must be remembered that the accused was on trial on three different indictments, that is, three different cases before the same judge. The statements made by counsel for the prosecution were only that he intended that the evidence introduced on the *voir dire* in the first case should also be used in the other two cases. It is clear that there was no question of using it otherwise than as evidence on the *voir dire* in those other cases. In fact, in each case, the prosecution relied on a separate statement made at the same time before the same witness, Det. Maccarone.

In view of these facts, it is clear that when the accused referred to three "counts", he actually meant three indictments. After carefully examining the record in this regard, I must come to the conclusion that the statements quoted by Dubé J.A. meant only that the evidence introduced on the *voir dire* in the first record was to be used for the same purpose in each of the other two records. The accused's comments on this show that he understood these statements and there is nothing from which one can conclude that the prosecution consented that evidence introduced on the *voir dire* should be used as evidence at the trial. Without such consent, this evidence could not be used on the merits, any more than could a deposition taken at a preliminary inquiry that had not been introduced as evidence at the trial in the prescribed manner, in cases where, exceptionally, this is permitted or agreed upon. It no doubt often happens that on appeal from a judgment on summary conviction, the parties agree to use the evidence introduced before the magistrate rather than having a trial *de novo*. However, without such consent, the evidence introduced in the first trial is not part of the record when an appeal is taken, and this cannot be regarded as unnecessary formalism.

Il ne reste plus qu'à se demander si dans le présent dossier, on trouve un consentement par la poursuite à faire servir comme preuve au procès la preuve faite lors du «voir-dire». A mon avis, M. le juge Dubé s'est complètement mépris sur la portée des déclarations du procureur de la poursuite qu'il cite. Pour bien apprécier la portée de ces déclarations, il faut considérer que l'accusé subissait son procès sur trois actes d'accusation distincts, donc dans trois causes distinctes devant le même juge. Tout ce que les déclarations du procureur comportent c'est qu'il entendait que la preuve faite sur le «voir-dire» dans la première cause serve également dans les deux autres causes. Il est clair qu'il n'était pas question de la faire servir autrement que comme preuve sur «voir-dire» dans ces autres causes. En effet, dans chacune de ces causes-là, la poursuite invoquait une déclaration distincte faite en la même occasion devant le même témoin, le détective Maccarone.

En regard de ces faits, il est évident que lorsque l'inculpé parlait de trois «chefs» d'accusation il voulait dire trois actes d'accusation. Après examen attentif du dossier à ce sujet, je dois en venir à la conclusion que les déclarations citées par M. le juge Dubé signifient uniquement que l'on entendait que la preuve faite sur «voir-dire» dans le premier dossier, serve à cette même fin dans chacun des deux autres dossiers. Ce que l'accusé a dit à ce sujet démontre qu'il ne s'est pas mépris sur la portée de ces déclarations et il n'y a rien d'où l'on puisse conclure à l'existence d'un consentement par la poursuite à ce que la preuve faite sur «voir-dire» serve comme preuve faite au procès. En l'absence d'un tel consentement, cette preuve ne pouvait pas plus servir à juger au fond qu'une déposition recueillie à une enquête préliminaire qui n'aurait pas été mise en preuve au procès de la façon prescrite dans les cas où, par exception, cela peut être permis ou convenu. Il arrive sans doute bien souvent que lors d'un appel d'un jugement rendu sur poursuite sommaire, l'on convient de se servir de la preuve faite devant le magistrat au lieu de faire un procès *de novo*. Il n'en reste pas moins qu'en l'absence de consentement à cette fin, la preuve faite au premier procès ne fait pas partie du dossier de l'affaire lors d'un appel et on ne peut pas considérer cela comme du formalisme à écarter.

In conclusion, it should be noted that the judgment of the trial judge shows that the reference to the accused's deposition on the *voir dire* is the very basis for the conclusion as to a doubt on which the acquittal was based. Consequently, in my opinion, the prosecution has shown the existence of the condition required for the granting of a new trial in accordance with the principles laid down in *White v. The King*⁷.

I conclude that the appeal should be allowed, the judgments of the Court of Appeal and the acquittals by the trial judge on the two charges mentioned therein should be set aside and a new trial on these charges should be ordered.

Appeal allowed.

Solicitor for the appellant: Gérard Girouard, Montreal.

Solicitor for the respondent: Gilles Dansereau, Montreal.

⁷ [1947] S.C.R. 268.

Notons enfin que le jugement de première instance fait voir que la mention de la déposition de l'inculpé sur le «voir-dire» est la base même de la conclusion à l'existence du doute sur lequel l'acquiescement est fondé. En conséquence, il me paraît que le ministère public a démontré l'existence de la condition requise pour qu'un nouveau procès soit accordé suivant les principes exposés dans l'arrêt *White c. Le Roi*⁷.

Je conclus qu'il y a lieu d'accueillir le pourvoi, d'infirmer les arrêts de la Cour d'appel, d'annuler le jugement d'acquiescement prononcé par le premier juge sur les deux inculpations y mentionnées et d'ordonner un nouveau procès sur ces inculpations.

Pourvoi accueilli.

Procureur de l'appelante: Gérard Girouard, Montréal.

Procureur de l'intimé: Gilles Dansereau, Montréal.

⁷ [1947] R.C.S. 268.