His Majesty The King *Appellant*

v.

Russell Steven Tessier *Respondent*

and

Attorney General of Ontario, Attorney General of New Brunswick and Canadian Civil Liberties Association *Interveners*

Indexed as: R. *v.* Tessier

2022 SCC 35

File No.: 39350.

2021: December 6; 2022: October 14.

Present: Wagner C.J. and Moldaver, Karakatsanis, Côté, Brown, Rowe, Martin, Kasirer and Jamal JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ALBERTA

Criminal law — Evidence — Admissibility — Confessions rule — Voluntariness — Caution — Police not cautioning individual during interviews in connection with murder investigation about right to remain silent and consequences of speaking to authorities — Individual later charged with first degree murder and seeking exclusion of statements made to police as involuntary — Trial judge admitting statements as voluntary despite lack of caution — Whether absence of caution during police questioning of individual affected voluntariness of statements under confessions rule — Whether statements admissible at trial.

Constitutional law — Charter of Rights — Detention — Right to counsel — Police questioning individual at police station in connection with murder investigation — Police not informing individual of right to obtain and instruct counsel without delay — Individual claiming psychological detention and seeking exclusion of statements at first degree murder trial as having been obtained in violation of right to

Sa Majesté le Roi *Appelant*

c.

Russell Steven Tessier *Intimé*

et

Procureur général de l'Ontario, procureur général du Nouveau-Brunswick et Association canadienne des libertés civiles *Intervenants*

Répertorié : R. *c.* Tessier

2022 CSC 35

N° du greffe : 39350.

2021 : 6 décembre; 2022 : 14 octobre.

Présents : Le juge en chef Wagner et les juges Moldaver, Karakatsanis, Côté, Brown, Rowe, Martin, Kasirer et Jamal.

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

Droit criminel — Preuve — Admissibilité — Règle des confessions — Caractère volontaire — Mise en garde — Absence de mise en garde de la part de la police à un individu durant des interrogatoires en lien avec une enquête sur un meurtre quant à son droit de garder le silence et aux conséquences du choix de parler aux autorités — Accusation de meurtre au premier degré portée ultérieurement contre l'individu et présentation par celui-ci d'une demande d'exclusion de déclarations faites à la police au motif qu'elles auraient été involontaires — Déclarations jugées volontaires et admises en preuve par le juge du procès malgré l'absence de mise en garde — L'absence de mise en garde durant l'interrogatoire de l'individu par la police a-t-elle porté atteinte au caractère volontaire des déclarations suivant la règle des confessions? — Les déclarations étaient-elles admissibles en preuve au procès?

Droit constitutionnel — Charte des droits — Détention — Droit à l'assistance d'un avocat — Individu interrogé par la police dans un poste de police en lien avec une enquête sur un meurtre — Individu non informé par la police de son droit d'avoir recours sans délai à l'assistance d'un avocat — Individu plaidant la détention psychologique et demandant lors de son procès pour meurtre au premier

counsel — Whether individual was psychologically detained such that statements should be excluded at trial — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 10(b).

degré l'exclusion de déclarations au motif qu'elles auraient été obtenues en violation du droit d'avoir recours à l'assistance d'un avocat — L'individu a-t-il été détenu psychologiquement de telle sorte que les déclarations devraient être écartées au procès? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 10b).

When the victim was found dead in a ditch by a rural road, the police immediately sought out several individuals connected to him for interviews, including his friend, the accused, who agreed to come to the station. The police did not caution the accused that he had the right to remain silent or that his statements could be used in evidence, nor was he informed of the right to retain and instruct counsel under s. 10(b) of the *Charter*. Over the course of the interview, the accused provided details about the victim, his relationship to him, and his own movements in the days leading up to the death. During a second interview later that same day, the accused revealed having recently retrieved a firearm from a shooting range. The accused asked the police to come to his apartment to confirm that the firearm was still in his bedroom closet, but the police found that it was not and the accused was read his rights and cautioned. He was eventually charged with first degree murder. While he did not confess, his answers to police questions included comments that the Crown sought to introduce at trial to show that he committed the crime.

Lorsque la victime a été retrouvée morte dans un fossé près d'une route rurale, la police a immédiatement communiqué avec plusieurs personnes liées au défunt pour les interroger, dont son ami, l'accusé, qui a accepté de se rendre au poste. La police n'a pas averti l'accusé qu'il avait le droit de garder le silence ou que ses déclarations pourraient être utilisées en preuve, et ne l'a pas informé de son droit d'avoir recours à l'assistance d'un avocat garanti par l'al. 10b) de la *Charte*. Au cours de l'interrogatoire, l'accusé a fourni des détails concernant la victime, son lien avec elle et ses propres déplacements dans les jours précédant le décès. Durant un deuxième interrogatoire qui a eu lieu plus tard la même journée, l'accusé a dévoilé qu'il avait récemment récupéré une arme à feu d'un champ de tir. Il a demandé à la police de se rendre à son appartement pour confirmer que l'arme à feu se trouvait toujours dans la penderie de sa chambre à coucher, mais la police a constaté que l'arme ne s'y trouvait pas et elle a fait lecture à l'accusé de ses droits et l'a mis en garde. Ce dernier a par la suite été inculpé de meurtre au premier degré. Bien qu'il n'ait pas fait d'aveu dans ses réponses aux questions de la police, il a formulé certains commentaires que la Couronne a voulu présenter au procès afin d'établir sa culpabilité.

A pre-trial *voir dire* was held to determine whether the accused's statements were voluntary and thus admissible under the common law confessions rule, and whether the police had breached his *Charter* rights to silence and to counsel such that the evidence should be excluded. The trial judge found that the accused was not a suspect when he was interviewed by the police, and that his statements were made voluntarily. Moreover, his *Charter* rights were not engaged as he was not psychologically detained by the police. He accordingly held that the statements were admissible at trial. The Court of Appeal observed that the trial judge made legal errors with respect to the confessions rule. It found that the trial judge did not address whether the accused made a meaningful choice to speak to the police as a condition of voluntariness, and therefore ordered a new trial. It did not resolve the psychological detention issue.

Un voir-dire préalable au procès a eu lieu pour vérifier si les déclarations de l'accusé étaient volontaires et donc admissibles suivant la règle des confessions de la common law, et si la police avait porté atteinte à son droit de garder le silence et à son droit de recourir à l'assistance d'un avocat garanti par la *Charte* de sorte que les éléments de preuve devraient être écartés. Le juge du procès a conclu que l'accusé n'était pas un suspect lorsque la police l'a interrogé et que ses déclarations ont été faites volontairement. De plus, ses droits protégés par la *Charte* ne sont pas entrés en jeu puisqu'il n'a pas été détenu psychologiquement par la police. Le juge du procès a donc conclu que les déclarations étaient admissibles au procès. Selon la Cour d'appel, le juge du procès a commis des erreurs de droit relativement à la règle des confessions. Elle a conclu que le juge du procès n'a pas examiné la question de savoir si l'accusé avait fait un choix utile de parler à la police comme condition du caractère volontaire, et a donc ordonné la tenue d'un nouveau procès. Elle n'a pas tranché la question de la détention psychologique.

Held (Brown and Martin JJ. dissenting): The appeal should be allowed and the conviction restored.

Per Wagner C.J. and Moldaver, Karakatsanis, Côté, Rowe, Kasirer and Jamal JJ.: Despite the absence of a caution, the accused's statements to the police were voluntary under the confessions rule. The accused exercised a free or meaningful choice to speak to the police and was not unfairly denied his right to silence. Given that there was a reasonable basis to consider the accused a suspect at the time of questioning, the absence of a caution raised *prima facie* evidence that the accused's statements were involuntary. However, the Crown discharged its burden by proving that the absence of a caution was without consequence and that the statements were, beyond a reasonable doubt and in view of the context as a whole, voluntary. Further, the accused was not psychologically detained, such that his *Charter* rights were not triggered. There was accordingly no breach of his right to counsel.

In accordance with the modern confessions rule, a statement will not be admissible if it is made under circumstances that raise a reasonable doubt as to whether the statement was given voluntarily. The Crown bears the persuasive or legal burden of proving voluntariness beyond a reasonable doubt. The inquiry is to be contextual and fact-specific, requiring a trial judge to weigh the relevant factors of the particular case. It involves consideration of the making of threats or promises, oppression, the operating mind doctrine, and police trickery. The operating mind consideration, for instance, requires proof that the accused was capable of making a meaningful choice to speak to the police and that the choice was not improperly influenced by state action. The language of meaningful, free or active choice emphasizes the overall voluntariness of the statement, rather than a minimum level of actual subjective knowledge that the accused did not have to say anything to the police and that anything said could be taken down in evidence. These factors are not a checklist: ultimately, a trial judge must determine, based on the whole context of the case, whether the statements made by an accused were reliable and whether the conduct of the state served in any way to unfairly deprive the accused of their free choice to speak to a person in authority.

Arrêt (les juges Brown et Martin sont dissidents) : Le pourvoi est accueilli et la déclaration de culpabilité est rétablie.

Le juge en chef Wagner et les juges Moldaver, Karakatsanis, Côté, Rowe, Kasirer et Jamal : Malgré l'absence d'une mise en garde, les déclarations de l'accusé à la police étaient volontaires suivant la règle des confessions. L'accusé a fait le choix libre et éclairé de parler à la police et n'a pas été privé injustement de son droit au silence. Puisqu'il y avait un motif raisonnable de considérer l'accusé comme un suspect au moment de l'interrogatoire, l'absence de mise en garde constitue une preuve *prima facie* que les déclarations de l'accusé étaient involontaires. Toutefois, la Couronne s'est acquittée de son fardeau en prouvant que l'absence d'une mise en garde a été sans conséquence et que les déclarations étaient, hors de tout doute raisonnable et compte tenu du contexte dans son ensemble, volontaires. De plus, l'accusé n'a pas été détenu psychologiquement, de telle sorte qu'il ne saurait prétendre à la violation de ses droits protégés par la *Charte*. En conséquence, son droit de recourir à l'assistance d'un avocat n'a pas été violé.

Suivant la règle moderne des confessions, une déclaration ne sera pas jugée admissible si elle a été faite dans des circonstances qui soulèvent un doute raisonnable quant à son caractère volontaire. La Couronne a le fardeau de persuasion ou le fardeau juridique de prouver le caractère volontaire hors de tout doute raisonnable. L'analyse doit être contextuelle et fondée sur les faits; elle exige du juge de première instance qu'il soupèse les facteurs pertinents de l'affaire en cause. Il faut notamment tenir compte de l'existence de menaces ou de promesses, de l'oppression, de la théorie de l'état d'esprit conscient et des ruses policières. L'état d'esprit conscient, par exemple, exige de démontrer que l'accusé était en mesure de faire un choix utile de parler ou non à la police et que ce choix n'a pas été indûment influencé par les actes de l'État. Les termes employés pour parler du choix utile, libre ou fait activement mettent l'accent sur le caractère volontaire général de la déclaration, plutôt que sur un niveau minimal de connaissance subjective véritable que l'accusé n'avait aucune obligation de parler à la police et que tout ce qui serait dit pourrait servir de preuve. Ces facteurs ne sont pas une liste de contrôle : en fin de compte, le juge de première instance doit déterminer, à la lumière de l'ensemble du contexte de l'affaire, si les déclarations faites par l'accusé étaient fiables et si la conduite de l'État a servi d'une quelconque façon à le priver de son libre choix de parler ou non à une personne en autorité.

The confessions rule strives for a balance between the rights of the accused to remain silent and against self-incrimination and the legitimate law enforcement objectives of the state relating to the investigation of crime. These interests share a common preoccupation in the repute of the administration of criminal justice. Justice mandates a recognition that the rights of the accused are important but not without limit; it also insists that the police be given leeway in order to solve crimes but that their conduct not be unchecked. In seeking this balance, the law imposes the heavy burden on the Crown to prove voluntariness beyond a reasonable doubt, which serves as substantial protection for the accused at all stages of a criminal investigation.

La règle des confessions vise à établir un équilibre entre le droit de l'accusé de garder le silence et son droit à la protection contre l'auto-incrimination et les objectifs légitimes de l'État en matière d'application de la loi dans le cadre d'enquêtes criminelles. Ces droits et intérêts visent à préserver la confiance du public envers l'administration de la justice pénale. Pour que justice soit rendue, il faut reconnaître que les droits de l'accusé sont importants, mais pas illimités; il faut également donner aux policiers une marge de manœuvre pour mener à bien les enquêtes criminelles, sans toutefois laisser leur comportement sans surveillance. Dans la recherche de cet équilibre, la loi impose à la Couronne le lourd fardeau de prouver le caractère volontaire hors de tout doute raisonnable, ce qui protège grandement l'accusé à toutes les étapes d'une enquête criminelle.

The confessions rule is animated by both reliability and fairness concerns, and it operates differently depending on context. The police caution is typically understood as speaking to fairness, as the absence of a caution may unfairly deprive someone of being able to make a free and meaningful choice to speak to police when they are at risk of legal jeopardy. However, the caution does not resolve all of the concerns addressed by the confessions rule. The absence of a caution is an important but not a decisive factor in the voluntariness inquiry. A caution is designed to rectify an informational imbalance when a detained or arrested individual is in a state of heightened vulnerability, whereas voluntariness extends to a broader complex of values animated by both reliability and fairness. Though fairness plays an important role in the modern rule, it cannot dominate the analysis to the exclusion of other values. The confessions rule is also about protecting innocent defendants from false confessions and protecting suspects from abusive police tactics, which are distinct purposes reflected in their own ways in the threats or inducements, oppression and trickery factors. These concerns persist even where a caution has been properly delivered and understood. Contextual analysis is thus required to extend adequate protections to suspects beyond what the caution provides on its own.

La règle des confessions est guidée par des préoccupations de fiabilité et d'équité, et elle s'applique différemment selon le contexte. La mise en garde policière est habituellement considérée comme une question d'équité, puisque l'absence d'une mise en garde peut injustement priver quelqu'un de sa capacité à faire un choix libre et utile de parler ou non à la police, même s'il est exposé à un risque juridique. Toutefois, la mise en garde ne règle pas toutes les questions soulevées par la règle des confessions. L'absence d'une mise en garde constitue un facteur important, mais pas déterminant dans l'analyse du caractère volontaire. Une mise en garde vise à corriger un déséquilibre informationnel lorsqu'une personne détenue ou arrêtée est dans un état de vulnérabilité accrue, tandis que le caractère volontaire englobe un faisceau de valeurs plus large guidé par la fiabilité et l'équité. Bien que l'équité joue un rôle important dans la règle moderne, elle ne saurait prévaloir dans l'analyse au détriment d'autres valeurs. La règle des confessions vise également à empêcher que les défendeurs innocents fassent de fausses confessions et à protéger les suspects des tactiques policières abusives. Il s'agit d'objectifs distincts qui, chacun à sa façon, sont pris en considération dans les facteurs liés aux menaces ou aux encouragements, à l'oppression et aux ruses. Ces préoccupations demeurent, même lorsqu'une mise en garde a été adéquatement faite et comprise. Une analyse contextuelle est donc nécessaire pour offrir aux suspects une protection adéquate qui s'étend au-delà de celle qu'offre la mise en garde à elle seule.

In deciding that the absence of a caution is an important but not a decisive factor in the voluntariness inquiry, the Court in *Boudreau v. The King*, [1949] S.C.R. 262, confirmed that the confessions rule should also remain flexible to account for the complex realities of police

En décidant que l'absence d'une mise en garde constitue un facteur important, mais pas déterminant, dans l'analyse du caractère volontaire, la Cour, dans *Boudreau c. The King*, [1949] R.C.S. 262, a confirmé que la règle des confessions devrait également demeurer souple pour tenir compte de la

investigations. To make the absence of a police caution determinative of voluntariness by way of a bright-line rule would risk inhibiting legitimate investigative techniques while ignoring the other protections provided by the rule. The confessions rule accepts in its design that statements resulting from police questioning are valuable, provided they are reliable and fairly obtained; accordingly, even where a caution is not given, the circumstances may nevertheless indicate that a person has freely chosen to speak and no fairness concerns arise.

complexité des réalités des enquêtes policières. Considérer l'absence d'une mise en garde policière comme un facteur déterminant du caractère volontaire en imposant une règle rigide risquerait d'empêcher le recours à des techniques d'enquête légitimes tout en faisant fi des autres protections prévues par la règle. La règle des confessions reconnaît par son objet que les déclarations obtenues lors d'un interrogatoire policier ont une valeur, pourvu qu'elles soient fiables et qu'elles aient été obtenues équitablement; par conséquent, même en l'absence d'une mise en garde, les circonstances peuvent indiquer qu'une personne a choisi librement de parler et qu'aucune question d'équité ne se pose.

Furthermore, although a caution can contribute to ensuring that an investigation is conducted fairly, fairness considerations are unlikely to arise in the same way where the person is not suspected of being involved in the crime under investigation. Fairness concerns only really manifest once an individual is targeted by the state; where a mere witness or uninvolved individual is questioned, introducing a caution requirement as a condition of voluntariness could exact a cost on the administration of justice, notwithstanding the fact that no unfairness has arisen in obtaining the statement. To call for cautions in all circumstances would unnecessarily inhibit police work, and could even chill investigations where a person faces no apparent legal jeopardy and the intentions of police are merely to gather information. Accordingly, it is preferable to allow courts to take measure of the true circumstances of the police encounter flexibly.

Qui plus est, même si une mise en garde peut contribuer à assurer qu'une enquête soit menée de manière équitable, les considérations liées à l'équité sont peu susceptibles de s'appliquer de la même manière lorsque la personne n'est pas soupçonnée d'être impliquée dans le crime faisant l'objet de l'enquête. Les considérations liées à l'équité s'appliquent véritablement uniquement une fois qu'une personne est ciblée par l'État; dans le cas où un simple témoin ou une personne qui n'est pas impliquée dans le crime est interrogé, le fait d'introduire une exigence de mise en garde comme condition du caractère volontaire pourrait porter atteinte à l'administration de la justice, et ce, même dans les cas où aucune injustice ne découle de l'obtention de la déclaration. Exiger une mise en garde dans toutes les circonstances entraverait inutilement le travail des policiers, et pourrait même nuire aux enquêtes lorsqu'une personne n'est exposée à aucun risque juridique manifeste et que les policiers ont simplement l'intention de recueillir de l'information. En conséquence, il est préférable de permettre aux tribunaux de procéder avec souplesse à une évaluation des véritables circonstances du contact avec la police.

The weight to be given to the absence of a caution falls on a spectrum. At one end, the significance attached to the failure to caution an uninvolved individual will typically be negligible. The relative lack of vulnerability of an uninvolved individual or witness who is questioned by police means that a caution is generally not necessary to show that the statements were voluntary. At the other end of the spectrum, the vulnerability and legal jeopardy faced by detainees cement the need for a police caution. Fairness commands that they know of their right to counsel and, by extension, of their right to remain silent so that they can make an informed choice whether to participate in the investigation. The weight attached to the absence of a caution in these circumstances will be at the highest end. In between these two extremes, where police interview a suspect who is not detained and do not provide a caution,

Le poids à accorder à l'absence d'une mise en garde se situe sur une échelle. À une extrémité, l'importance accordée au fait de ne pas mettre en garde une personne qui n'est pas impliquée dans le crime sera habituellement négligeable. L'absence relative de vulnérabilité chez une personne qui n'est pas impliquée dans le crime ou un témoin qui est interrogé par la police signifie qu'il ne sera habituellement pas nécessaire d'établir qu'il y a eu mise en garde pour démontrer que les déclarations étaient volontaires. À l'autre extrémité de l'échelle, la vulnérabilité des détenus et le risque juridique auquel ils sont exposés consolident la nécessité d'une mise en garde policière. L'équité exige qu'ils connaissent leur droit de recourir à l'assistance d'un avocat et, par extension, leur droit de garder le silence, de manière à ce qu'ils puissent faire le choix éclairé de participer ou non à l'enquête. Le poids accordé à l'absence d'une mise

the lack of caution is not fatal but is an important factor in determining voluntariness.

The heightened jeopardy and consequential vulnerability faced by a suspect thus warrants special consideration in the analysis to ensure adequate and principled protections under the confessions rule. When an accused brings a voluntariness claim with respect to police questioning that did not include a caution, the first step is to determine whether or not the accused was a suspect. The test is whether there were objectively discernable facts known to the interviewing officer at the time of the interview which would lead a reasonably competent investigator to conclude that the interviewee was implicated in the criminal offence being investigated. If the accused was a suspect, the absence of a caution is *prima facie* evidence of an unfair denial of choice but not dispositive of the matter. It is credible evidence of a lack of voluntariness that must be addressed by the court directly. Depending on the circumstances, the denial of choice may be relevant to the voluntariness analysis. However, the absence of a caution is not conclusive and the Crown may still discharge its burden if the totality of the circumstances allow. The Crown need not prove that the accused subjectively understood the right to silence and the consequences of speaking, but where it can, this will generally prove to be persuasive evidence of voluntariness. If the circumstances indicate that there was an informational deficit exploited by police, this will weigh heavily towards a finding of involuntariness. But if the Crown can prove that the suspect maintained their ability to exercise a free choice because there were no signs of threats or inducements, oppression, lack of an operating mind or police trickery, that will be sufficient to discharge the Crown's burden that the statement was voluntary and remove the stain brought by the failure to give a caution. This framework does not displace the ultimate burden on the Crown to prove voluntariness beyond a reasonable doubt. Rather, it emphasizes the legal significance of the absence of a caution as a potential sign of involuntariness where a person is a suspect.

en garde dans ces circonstances se situera à l'extrémité supérieure de l'échelle. Entre ces deux extrêmes, dans des circonstances où la police interroge un suspect qui n'est pas détenu sans lui faire une mise en garde, l'absence de cette dernière n'est pas fatale, mais elle constitue un facteur important pour juger du caractère volontaire.

Pour assurer une protection adéquate et fondée sur des principes en application de la règle des confessions, l'analyse doit ainsi prendre tout particulièrement en considération le risque accru auquel est exposé un suspect et, par conséquent, sa vulnérabilité. Lorsqu'un accusé remet en question le caractère volontaire en ce qui a trait à un interrogatoire par la police durant lequel il n'a pas été mis en garde, la première étape consiste à déterminer s'il était ou non un suspect. Le critère est le suivant : Y a-t-il des faits objectivement discernables connus de l'agent qui procède à l'interrogatoire au moment de l'interrogatoire qui pourraient amener un enquêteur raisonnablement compétent à conclure que la personne interrogée était impliquée dans l'infraction criminelle visée par l'enquête? Si l'accusé était un suspect, l'absence de mise en garde est une preuve *prima facie* d'un déni inéquitable de choix, mais elle n'est pas déterminante pour trancher la question. Il s'agit d'une preuve crédible de l'absence du caractère volontaire sur laquelle la cour doit se pencher directement. Selon les circonstances, le déni de choix peut être pertinent dans le cadre de l'analyse du caractère volontaire. Toutefois, l'absence de mise en garde n'est pas décisive et la Couronne peut malgré tout se décharger de son fardeau si l'ensemble des circonstances le permet. La Couronne n'a pas à prouver que l'accusé a compris subjectivement le droit au silence ou les conséquences de sa prise de parole, mais, si elle peut le faire, cela constituera généralement une preuve convaincante du caractère volontaire de la déclaration. Si les circonstances donnent à penser que la police a tiré profit d'un déficit informationnel, cela pèsera lourdement en faveur d'une conclusion selon laquelle la déclaration n'était pas volontaire. Cependant, si la Couronne est en mesure de prouver que le suspect a conservé la capacité d'exercer son libre choix vu l'absence de signes de menaces ou d'encouragement, d'oppression, de l'absence d'un esprit conscient ou de ruse policière, cela suffira pour qu'elle se décharge de son fardeau de prouver que la déclaration était volontaire et remédier à l'absence de mise en garde qui avait entaché le processus. La Couronne n'est pas pour autant libérée de son fardeau ultime de prouver le caractère volontaire hors de tout doute raisonnable. L'accent est plutôt mis sur la portée juridique de l'absence d'une mise en garde comme une manifestation possible du caractère non volontaire lorsqu'une personne est un suspect.

In the instant case, the trial judge's statements of the law relating to confessions did not reflect legal errors that warranted appellate intervention. A finding of voluntariness calls for deference unless it can be shown that it represents a palpable and overriding error. Although the trial judge committed errors in concluding that the accused was not a suspect, they were not overriding mistakes. The trial judge's conclusions that the accused's statements were voluntary and that he exercised a free choice to speak should not have been disturbed.

En l'espèce, les énoncés de droit formulés par le juge du procès concernant la règle des confessions ne constituaient pas des erreurs de droit qui justifiaient une intervention de la Cour d'appel. Une conclusion à l'égard du caractère volontaire commande la retenue, à moins qu'il puisse être démontré qu'elle constitue une erreur manifeste et dominante. Bien que le juge du procès ait commis des erreurs en concluant que l'accusé n'était pas un suspect, ces dernières ne constituaient pas des erreurs dominantes. Il n'y avait pas lieu de modifier les conclusions du juge du procès selon lesquelles les déclarations de l'accusé étaient volontaires et celui-ci a exercé son libre choix lorsqu'il a décidé de parler.

Furthermore, the trial judge's conclusion that the accused was not psychologically detained should be confirmed. Psychological detention exists where an individual is legally required to comply with a direction or demand by the police, or where a reasonable person in that individual's position would feel so obligated and would conclude that he or she was not free to go. Three factors are to be considered and balanced: first, the circumstances giving rise to the encounter as they would reasonably be perceived by the individual; second, the nature of the police conduct; and third, the particular characteristics or circumstances of the individual where relevant. In the instant case, the factors weigh against finding that the accused was detained.

En outre, la conclusion du juge du procès selon laquelle l'accusé n'était pas détenu psychologiquement doit être confirmée. Une telle détention existe lorsqu'un individu est légalement tenu d'obtempérer à un ordre ou à une sommation de la police, ou lorsqu'une personne raisonnable se trouvant dans la même situation que cet individu se sentirait obligée de le faire et conclurait qu'elle n'est pas libre de partir. Il faut tenir compte de trois facteurs et les mettre en balance : premièrement, les circonstances à l'origine du contact avec la police telles que la personne en cause a dû raisonnablement les percevoir; deuxièmement, la nature de la conduite des policiers; troisièmement, les caractéristiques ou la situation particulière de la personne selon leur pertinence. En l'espèce, ces facteurs militent contre la conclusion selon laquelle l'accusé était détenu.

Per Brown and Martin JJ. (dissenting): The appeal should be dismissed and the Court of Appeal's order of a new trial confirmed. The statements made by the accused during the two police interviews should have been excluded at trial.

Les juges Brown et Martin (dissidents) : Le pourvoi devrait être rejeté et l'ordonnance de la Cour d'appel ordonnant la tenue d'un nouveau procès devrait être confirmée. Les déclarations qu'a faites l'accusé au cours des deux interrogatoires de police auraient dû être exclues au procès.

The majority introduces a salutary change to the law by stating that the absence of a warning to suspects speaking to police is *prima facie* evidence that they were unfairly denied their choice to speak to the police. The majority can be understood as adopting a presumption of inadmissibility when statements are elicited from suspects without a warning. The rationale underlying the majority's presumption is that the absence of a caution may unfairly deprive individuals of making a free and meaningful choice to speak to police when they are at risk of legal jeopardy. There is agreement with this rationale, but the majority falls short by failing to carry it to its logical conclusion: that is, in order to ensure that individuals are making a free and meaningful choice to speak to police, police should

Les juges majoritaires apportent un changement bénéfique au droit en affirmant que l'absence d'un avertissement à un suspect qui parle à la police constitue une preuve *prima facie* que celui-ci a été injustement privé de son choix de parler ou non à la police. Il appert que les juges majoritaires proposent l'adoption d'une présomption d'inadmissibilité dans le cas des déclarations obtenues d'un suspect sans qu'il ait reçu un avertissement préalable. Suivant le raisonnement que sous-tend la présomption préconisée par les juges majoritaires, l'absence de mise en garde peut empêcher injustement l'intéressé de faire un choix libre et utile de parler ou non à la police lorsqu'il est exposé à un risque juridique. Il y a accord avec ces affirmations, mais elles laissent à désirer, parce que les juges majoritaires

provide a warning at the outset of all interviews — and not just interviews of suspects.

Such a rule follows from the Court's jurisprudence, which has progressed beyond a negative inquiry into police inducements, trickery, and oppression. Since at least the Court's decision in *R. v. Hebert*, [1990] 2 S.C.R. 151, confirmed more recently in *R. v. Singh*, 2007 SCC 48, [2007] 3 S.C.R. 405, it has been clear that voluntariness exists only where the accused made a meaningful choice to speak with police. This reflects the confessions rule's concern for a person's right to choose whether to speak to police, a concern that underlies the privilege against self-incrimination and the right to silence. Voluntariness requires the court to scrutinize whether the accused was denied the right to silence under the *Charter* or the common law. The inquiry focuses predominantly on the accused's ability to make a meaningful choice whether to speak with police. A meaningful choice is an informed choice. The modern conception of meaningful choice goes beyond an operating mind. The operating mind doctrine does inquire into an accused's cognitive capacity, but an accused's cognitive capacity to choose between alternatives is meaningless without information about those alternatives. Interviewees cannot make a meaningful choice without knowing that the choice is between speaking and not speaking with police and knowing of the consequences of choosing to speak.

Voluntariness is therefore premised on the assumption that the interviewee should have actual knowledge of the legally available options. It cannot merely be assumed that people interacting with the police know that they may remain silent and that whatever they say can be used in evidence. Accordingly, unlike what is proposed by the majority, the importance of a warning should not be limited to circumstances where an accused is a suspect or detainee. A warning should be given at the outset of all interviews, and its importance increases with the objective risk of self-incrimination.

ne poussent pas leur raisonnement jusqu'à sa conclusion logique, à savoir que, pour s'assurer que les intéressés font un choix libre et utile de parler ou non à la police, cette dernière devrait donner un avertissement au début de tout interrogatoire — pas seulement de l'interrogatoire de suspects.

Cette règle découle de la jurisprudence de la Cour, qui s'est progressivement détachée d'une analyse axée exclusivement sur des facteurs négatifs, tels que les incitations, les ruses et les mesures d'oppression des policiers. Depuis au moins l'arrêt de la Cour *R. c. Hebert*, [1990] 2 R.C.S. 151, confirmé récemment dans l'arrêt *R. c. Singh*, 2007 CSC 48, [2007] 3 R.C.S. 405, il est clair qu'on ne peut conclure au caractère volontaire que lorsque l'accusé a exercé un véritable choix en décidant de parler à la police. Cette exigence témoigne de la préoccupation de la règle des confessions envers le droit d'un individu de décider de parler ou non à la police, une exigence qui sous-tend le privilège de ne pas s'incriminer et le droit de garder le silence. Pour se prononcer sur le caractère volontaire, le tribunal doit examiner si l'accusé a été privé du droit de garder le silence que lui reconnaissent la *Charte* ou la common law. L'analyse est principalement axée sur la question de savoir si l'accusé a été en mesure de faire un véritable choix quant à la décision de parler ou non à la police. Un véritable choix est un choix éclairé. La conception moderne du véritable choix va plus loin que l'état d'esprit conscient. La théorie de l'état d'esprit conscient porte sur la capacité cognitive de l'accusé, mais cette capacité de choisir entre diverses options est illusoire s'il ne dispose pas de renseignements sur ces options. La personne interrogée ne peut pas faire un véritable choix si elle ignore qu'elle a le droit de parler ou non à la police et si elle ne connaît pas les conséquences de sa décision de parler.

Le caractère volontaire repose donc sur l'hypothèse que la personne interrogée devrait avoir une connaissance réelle des options qui s'offrent à elle sur le plan juridique. On ne peut pas simplement tenir pour acquis que les personnes qui échangent avec la police savent qu'elles ont le droit de garder le silence et que tout ce qu'elles disent peut être utilisé en preuve. En conséquence, contrairement à ce que proposent les juges majoritaires, l'importance de l'avertissement ne devrait pas se limiter aux situations dans lesquelles l'accusé est un suspect ou une personne détenue. Un avertissement devrait être donné au début de tous les interrogatoires, et son importance augmente en fonction du risque objectif d'auto-incrimination.

The role of a warning in the voluntariness analysis requires greater clarity, brighter lines and increased protection for individuals. The Court's approach to a warning, stated in *Boudreau*, has not been reviewed to account for later recognition by the Court of the need for an informed choice. Furthermore, the instruction in *Boudreau* that a failure to warn a suspect is "a factor and, in many cases, an important one" in assessing the voluntariness of the suspect's statement has led to little consistency in how courts approach the failure to warn a suspect. The Court should therefore adopt a new approach to warnings. The complex of values guiding the notions of fairness and the administration of justice has evolved since *Boudreau* in 1949. A more stringent approach to a warning is needed in the voluntariness analysis, one that better upholds the confession rule's modern protections for the common law right to silence and the principle against self-incrimination.

Le rôle de l'avertissement dans le cadre de cette analyse exige une plus grande clarté, des balises plus claires et des garanties accrues pour les individus. L'approche de la Cour en ce qui concerne l'avertissement, énoncée dans l'arrêt *Boudreau*, n'a pas été revue pour tenir compte de la reconnaissance ultérieure par la Cour de l'exigence du choix éclairé. De plus, la directive dans l'arrêt *Boudreau* selon laquelle le défaut de donner un avertissement au suspect est « un facteur à considérer, qui, dans bien des cas, est important » pour décider si la déclaration du suspect était volontaire a entraîné peu d'uniformité dans la façon dont les tribunaux abordent le défaut de donner un avertissement au suspect. La Cour devrait donc adopter une nouvelle approche en matière d'avertissement. Le faisceau de valeurs qui sous-tendent les conceptions de l'équité et de l'administration de la justice a évolué depuis l'arrêt *Boudreau* rendu en 1949. Il faut adopter une approche plus rigoureuse à l'égard de l'avertissement dans le cadre de l'analyse du caractère volontaire, et cette approche doit mieux respecter les garanties modernes qu'accorde la règle des confessions relativement au droit reconnu en common law de garder le silence et au principe interdisant l'auto-incrimination.

Since the voluntariness inquiry focuses on whether the accused made a meaningful (and therefore informed) choice to speak to police, it follows that the Crown carries a burden to prove an informed choice. The Crown must show that police warned an interviewee of the right to silence and the consequences of speaking where the police initiate contact with a person to secure information about a crime they were investigating. Absent that warning, a presumption of involuntariness arises which, if not rebutted, renders any statement inadmissible, since police cannot assume interviewees understand their rights or their risks. The Crown may rebut the presumption by establishing, based on some other objective source of information, that interviewees otherwise knew they had a right to remain silent and that anything they said could be used in evidence. The presumption will be more difficult to rebut where the risk of self-incrimination is objectively heightened whether or not the investigating officer subjectively views the individual being questioned as a witness, suspect, or detainee. The risk is objectively heightened, for instance, when a person is invited to conduct a recorded interview at the police station, when the police take an adversarial approach during an interview, or when there is information that, objectively viewed, would raise a reasonable suspicion that the individual was involved in the crime. The presumption will not arise whenever an accused makes a statement to a person in authority, or to every interaction that an individual has with police; it arises only where

Comme l'analyse du caractère volontaire vise à déterminer si l'accusé a fait un véritable choix — et donc un choix éclairé — en décidant de parler à la police, il incombe à la Couronne de démontrer que ce choix était bel et bien éclairé. La Couronne doit démontrer que les policiers ont informé la personne interrogée de son droit de garder le silence ainsi que des conséquences de sa décision de leur parler au moment où ils ont pris contact avec cette personne pour recueillir des renseignements au sujet d'un crime sur lequel ils enquêtaient. En l'absence de cet avertissement, il existe une présomption selon laquelle toute déclaration faite est involontaire, présomption qui, si elle n'est pas réfutée, rend inadmissible toute déclaration, puisque les policiers ne peuvent pas tenir pour acquis que la personne interrogée comprend ses droits ou était consciente des risques auxquels elle s'exposait. La Couronne peut réfuter cette présomption en démontrant, au moyen d'autres sources d'information objectives, que la personne interrogée savait par ailleurs qu'elle avait le droit de garder le silence et que tout ce qu'elle dirait pourrait être utilisé en preuve. Il sera d'autant plus difficile de réfuter cette présomption lorsque le risque d'auto-incrimination est objectivement accru, indépendamment de la croyance subjective de l'enquêteur quant au statut de la personne interrogée, qu'elle soit un témoin, un suspect ou un détenu. Le risque est objectivement accru, par exemple, lorsque les policiers invitent une personne à se présenter au poste de police pour subir un interrogatoire qui sera enregistré, lorsqu'ils adoptent une

police investigate a crime and initiate contact with a person to secure information about the crime.

A warning — one simple sentence — by the authorities at the outset of an interview — that the person is not obliged to say anything, but that anything said can be used in evidence, sets the necessary foundation for voluntariness and enhances the fairness of the process. Replacing the dubious assumption of universal knowledge with a simple and direct communication corrects any informational asymmetry to the benefit of all concerned. First, interviewees, having been informed of their choice, understand that they may lawfully remain silent. Secondly, police are given a clear, bright-line rule which does not rely on a cumbersome framework directing them to consider the perceived status of the interviewee at any particular point in time. Interviews are so dynamic and fluid that it has proven exceedingly difficult to pinpoint with any confidence when an interviewee becomes a potential suspect, a person of interest, a real suspect, or a detainee. Providing basic and necessary information from the outset, which is when the voluntariness requirement arises, allows authorities to proceed without fear that an interviewee's misunderstanding about whether to speak or not will result in their carefully conducted interviews yielding involuntary (and therefore inadmissible) statements. Finally, it follows that the Crown will benefit from such information having been given to the accused at the outset, since it can therefore more easily establish the meaningful choice at the heart of the voluntariness inquiry.

This approach promotes the confessions rule's animating concern with fairness and the administration of justice, provides a strong incentive for police to warn individuals before questioning them, and helps alleviate the informational deficit and coercive element inherent in police interrogations. It will not unduly interfere with police investigations. An approach that effectively invites police to exploit the murky lines around psychological detention and rely on individuals' ignorance of their rights

attitude antagoniste durant l'interrogatoire ou lorsqu'il existe des renseignements qui, de façon objective, éveillent un soupçon raisonnable que l'individu a été impliqué dans le crime en cause. La présomption n'entre pas en jeu chaque fois qu'un accusé fait une déclaration à une personne en autorité ou à chaque interaction d'un individu avec la police; elle ne s'applique que lorsque celle-ci enquête sur un crime et communique avec une personne pour obtenir des renseignements au sujet de ce crime.

Un avertissement — une simple phrase — de la part des autorités, au début de l'interrogatoire, indiquant que la personne n'est pas obligée de dire quoi que ce soit, mais que tout ce qu'elle dira pourra être utilisé en preuve, jette les bases nécessaires au caractère volontaire et améliore l'équité du processus. En remplaçant l'hypothèse douteuse de la connaissance universelle par une communication simple et directe, toute asymétrie informationnelle est corrigée, et ce, au profit de tous. Tout d'abord, ayant été informées du choix dont elles disposent, les personnes interrogées comprennent qu'elles peuvent légitimement garder le silence. Ensuite, les policiers disposent d'une règle claire et nette qui ne repose pas sur des paramètres complexes les obligeant à tenir compte de leur perception du statut de la personne interrogée à un moment donné. Les interrogatoires sont si dynamiques et fluides qu'il s'avère extrêmement difficile de déterminer avec certitude à quel moment la personne interrogée devient un suspect potentiel, une personne d'intérêt, un vrai suspect ou une personne détenue. Fournir les renseignements de base et nécessaires dès le départ, c'est-à-dire dès lors que la question du caractère volontaire se pose, permet aux autorités de procéder, sans crainte que la personne interrogée se méprenne quant à savoir si elle doit parler ou non, et donne lieu à des déclarations involontaires (et donc inadmissibles) lors des interrogatoires menés soigneusement par les autorités. Enfin, il s'ensuit que la Couronne a intérêt à ce que ces renseignements soient communiqués à l'accusé dès le départ, puisqu'on peut ainsi plus facilement s'assurer que l'accusé a exercé le véritable choix qui est au cœur de l'examen du caractère volontaire.

Cette approche encourage l'équité et une bonne administration de la justice — deux considérations qui sous-tendent la règle relative aux confessions —, elle incite fortement les policiers à fournir un avertissement aux personnes avant de les interroger et elle contribue à atténuer le déficit informationnel ainsi que l'élément coercitif inhérents aux interrogatoires policiers. Elle ne nuirait pas indûment aux enquêtes policières. Une approche qui inviterait effectivement les policiers à exploiter les limites obscures de

to extract statements where they are at risk of incriminating themselves should not be endorsed.

Applying this restated test in the instant case, the accused did not speak to police voluntarily with awareness about what was at stake. The Court of Appeal was correct in holding that the trial judge made legal errors in assessing the voluntariness of the accused's statements. The police initiated contact with the accused to secure information about a homicide investigation. This alone triggered the need for a warning. The Crown therefore had to demonstrate that the accused made an informed choice to speak to the police. Since the police warned the accused only upon seeing that his firearm was missing, the accused's prior statements were presumptively inadmissible. With the police's questioning turning adversarial and the accused becoming a suspect partway through the first interview, the risk of self-incrimination was objectively heightened, making the presumption of inadmissibility more difficult to rebut. The Crown failed to adduce clear and compelling evidence demonstrating that the accused's statements were voluntary and thus failed to rebut the presumption of involuntariness.

Cases Cited

By Kasirer J.

Applied: *R. v. Oickle*, 2000 SCC 38, [2000] 2 S.C.R. 3; *Boudreau v. The King*, [1949] S.C.R. 262; *R. v. Whittle*, [1994] 2 S.C.R. 914; *R. v. Grant*, 2009 SCC 32, [2009] 2 S.C.R. 353; **considered:** *R. v. Singh*, 2007 SCC 48, [2007] 3 S.C.R. 405; *R. v. Hebert*, [1990] 2 S.C.R. 151; **referred to:** *R. v. Morrison*, [2000] O.J. No. 5733 (QL), 2000 CarswellOnt 5811 (WL); *R. v. Worrall*, [2002] O.J. No. 2711 (QL), 2002 CarswellOnt 5171 (WL); *R. v. Timm* (1998), 131 C.C.C. (3d) 306; *R. v. Ewert*, [1992] 3 S.C.R. 161; *Ward v. The Queen*, [1979] 2 S.C.R. 30; *Mom v. R.*, 2018 QCCA 1381; *Legault v. R.*, 2017 QCCA 1769; *R. v. D.N.*, 2018 BCCA 18, 358 C.C.C. (3d) 471; *R. v. Cunningham*, 2017 ABCA 169, 349 C.C.C. (3d) 82; *Schwartz v. Canada*, [1996] 1 S.C.R. 254; *R. v. R.E.M.*, 2008 SCC 51, [2008] 3 S.C.R. 3; *R. v. Burns*, [1994] 1 S.C.R. 656; *R. v. Sheppard*, 2002 SCC 26, [2002] 1 S.C.R. 869; *Horvath v. The Queen*, [1979] 2 S.C.R. 376; *R. v. Love*, 2020 ABQB 689, 21 Alta. L.R. (7th) 248; *Clarkson v. The Queen*, [1986] 1 S.C.R. 383; *R. v. MacDonald-Pelrine*, 2014 NSCA 6, 339 N.S.R. (2d) 277; *Yergeau v. R.*, 2021 QCCA 1827; *R. v. Baylis*, 2015 ONCA 477, 326 C.C.C. (3d) 18; *R. v. Ponace*, 2019 MBCA

la détention psychologique et à tirer parti de l'ignorance des individus de leurs droits pour leur en soutirer des déclarations qui risquent de les incriminer ne devrait pas être approuvée.

Si l'on applique ce test reformulé à la présente affaire, l'accusé n'a pas parlé volontairement aux policiers en étant conscient de ce qui était en jeu. La Cour d'appel a eu raison de conclure que le juge du procès a commis des erreurs de droit dans son évaluation du caractère volontaire des déclarations de l'accusé. La police est entrée en communication avec l'accusé pour obtenir des renseignements dans le cadre d'une enquête sur un homicide. À lui seul, ce fait justifiait un avertissement. La Couronne devait donc démontrer que l'accusé a fait un choix éclairé en décidant de parler à la police. Comme la police n'a donné un avertissement à l'accusé qu'après avoir constaté la disparition de son arme à feu, les déclarations antérieures de l'accusé étaient présumées inadmissibles. Puisque les questions de la police sont devenues antagonistes et que l'accusé est devenu un suspect au cours du premier interrogatoire, le risque d'auto-incrimination s'était objectivement accru, rendant ainsi la présomption d'inadmissibilité plus difficile à réfuter. La Couronne n'a présenté aucune preuve claire et convaincante démontrant que les déclarations de l'accusé étaient volontaires et n'a donc pas réussi à réfuter la présomption du caractère involontaire.

Jurisprudence

Citée par le juge Kasirer

Arrêts appliqués : *R. c. Oickle*, 2000 CSC 38, [2000] 2 R.C.S. 3; *Boudreau c. The King*, [1949] R.C.S. 262; *R. c. Whittle*, [1994] 2 R.C.S. 914; *R. c. Grant*, 2009 CSC 32, [2009] 2 R.C.S. 353; **arrêts examinés :** *R. c. Singh*, 2007 CSC 48, [2007] 3 R.C.S. 405; *R. c. Hebert*, [1990] 2 R.C.S. 151; **arrêts mentionnés :** *R. c. Morrison*, [2000] O.J. No. 5733 (QL), 2000 CarswellOnt 5811 (WL); *R. c. Worrall*, [2002] O.J. No. 2711 (QL), 2002 CarswellOnt 5171 (WL); *Timm c. La Reine*, [1998] R.J.Q. 3000; *R. c. Ewert*, [1992] 3 R.C.S. 161; *Ward c. La Reine*, [1979] 2 R.C.S. 30; *Mom c. R.*, 2018 QCCA 1381; *Legault c. R.*, 2017 QCCA 1769; *R. c. D.N.*, 2018 BCCA 18, 358 C.C.C. (3d) 471; *R. c. Cunningham*, 2017 ABCA 169, 349 C.C.C. (3d) 82; *Schwartz c. Canada*, [1996] 1 R.C.S. 254; *R. c. R.E.M.*, 2008 CSC 51, [2008] 3 R.C.S. 3; *R. c. Burns*, [1994] 1 R.C.S. 656; *R. c. Sheppard*, 2002 CSC 26, [2002] 1 R.C.S. 869; *Horvath c. La Reine*, [1979] 2 R.C.S. 376; *R. c. Love*, 2020 ABQB 689, 21 Alta. L.R. (7th) 248; *Clarkson c. La Reine*, [1986] 1 R.C.S. 383; *R. c. MacDonald-Pelrine*, 2014 NSCA 6, 339 N.S.R. (2d) 277; *Yergeau c. R.*, 2021 QCCA 1827; *R. c. Baylis*, 2015 ONCA 477, 326 C.C.C.

99, [2020] 3 W.W.R. 657; *R. v. Lambert*, 2018 NLCA 39, 363 C.C.C. (3d) 397; *R. v. Bottineau*, 2011 ONCA 194, 269 C.C.C. (3d) 227; *R. v. M. (D.)*, 2012 ONCA 894, 295 C.C.C. (3d) 159; *R. v. Pepping*, 2016 ONCA 809; *R. v. Oland*, 2018 NBQB 255; *R. v. Smyth*, 2006 CanLII 52358; *R. v. Wong*, 2017 ONSC 1501; *R. v. Merritt*, 2016 ONSC 7009; *R. v. Higham*, 2007 CanLII 20104; *Prosko v. The King* (1922), 63 S.C.R. 226; *R. v. Perry* (1993), 140 N.B.R. (2d) 133; *R. v. Peterson*, 2013 MBCA 104, 299 Man. R. (2d) 236; *R. v. Pearson*, 2017 ONCA 389, 348 C.C.C. (3d) 277; *R. v. Joseph*, 2020 ONCA 73, 385 C.C.C. (3d) 514; *Bernard v. R.*, 2019 QCCA 1227; *R. v. Kelly*, 2019 NLCA 23, 374 C.C.C. (3d) 360; *R. v. Spencer*, 2007 SCC 11, [2007] 1 S.C.R. 500; *Rothman v. The Queen*, [1981] 1 S.C.R. 640; *R. v. Hodgson*, [1998] 2 S.C.R. 449; *Gach v. The King*, [1943] S.C.R. 250; *R. v. Lapointe and Sicotte* (1983), 9 C.C.C. (3d) 366, aff'd [1987] 1 S.C.R. 1253; *R. v. Crawford*, [1995] 1 S.C.R. 858; *R. v. Auclair* (2004), 183 C.C.C. (3d) 273; *R. v. Campbell*, 2018 ONCA 837, 366 C.C.C. (3d) 346; *R. v. Boothe*, 2016 ONCA 987; *R. v. Blackmore*, 2017 BCSC 2682; *R. v. Leblanc* (2001), 162 C.C.C. (3d) 74; *R. v. Moran* (1987), 36 C.C.C. (3d) 225; *R. v. Seagull*, 2015 BCCA 164, 323 C.C.C. (3d) 361; *R. v. Le*, 2019 SCC 34, [2019] 2 S.C.R. 692; *R. v. Pomeroy*, 2008 ONCA 521, 91 O.R. (3d) 261; *R. v. Hawkins*, [1993] 2 S.C.R. 157, rev'g (1992), 102 Nfld. & P.E.I.R. 91.

By Brown and Martin JJ. (dissenting)

R. v. Oickle, 2000 SCC 38, [2000] 2 S.C.R. 3; *R. v. Hebert*, [1990] 2 S.C.R. 151; *R. v. Singh*, 2007 SCC 48, [2007] 3 S.C.R. 405; *Boudreau v. The King*, [1949] S.C.R. 262; *Gach v. The King*, [1943] S.C.R. 250; *Piché v. The Queen*, [1971] S.C.R. 23; *R. v. Paterson*, 2017 SCC 15, [2017] 1 S.C.R. 202; *Ibrahim v. The King*, [1914] A.C. 599; *R. v. Warickshall* (1783), 1 Leach 263, 168 E.R. 234; *R. v. K.P.L.F.*, 2010 NSCA 45, 290 N.S.R. (2d) 387; *R. v. Voisin*, [1918] 1 K.B. 531; *Practice Note (Judges' Rules)*, [1964] 1 W.L.R. 152; *Prosko v. The King* (1922), 63 S.C.R. 226; *R. v. Whittle*, [1994] 2 S.C.R. 914; *Rothman v. The Queen*, [1981] 1 S.C.R. 640; *R. v. Fitton*, [1956] S.C.R. 958; *R. v. Esposito* (1985), 24 C.C.C. (3d) 88; *R. v. Oickle* (1998), 164 N.S.R. (2d) 342; *R. v. Whittle* (1992), 78 C.C.C. (3d) 49; *R. v. Singh*, 2003 BCSC 2013; *R. v. Worrall*, [2002] O.J. No. 2711 (QL), 2002 CarswellOnt 5171 (WL); *R. v. Higham*, 2007 CanLII 20104; *R. v. Garnier*, 2017 NSSC 338; *R. v. Morrison*, [2000] O.J. No. 5733 (QL), 2000 CarswellOnt 5811 (WL); *R. v. Randall*, 2003 CanLII 2205; *R. v. Joseph*, 2020 ONCA 73, 385 C.C.C. (3d) 514; *R. v. Pearson*, 2017 ONCA 389, 348 C.C.C. (3d) 277; *R. v. Bottineau*, 2011 ONCA 194, 269 C.C.C. (3d) 227; *R. v. Al-Enzi*, 2021 ONCA 81, 401 C.C.C. (3d) 277; *R. v. Sinclair*,

(3d) 18; *R. c. Ponace*, 2019 MBCA 99, [2020] 3 W.W.R. 657; *R. c. Lambert*, 2018 NLCA 39, 363 C.C.C. (3d) 397; *R. c. Bottineau*, 2011 ONCA 194, 269 C.C.C. (3d) 227; *R. c. M. (D.)*, 2012 ONCA 894, 295 C.C.C. (3d) 159; *R. c. Pepping*, 2016 ONCA 809; *R. c. Oland*, 2018 NBBR 255; *R. c. Smyth*, 2006 CanLII 52358; *R. c. Wong*, 2017 ONSC 1501; *R. c. Merritt*, 2016 ONSC 7009; *R. c. Higham*, 2007 CanLII 20104; *Prosko c. The King* (1922), 63 R.C.S. 226; *R. c. Perry* (1993), 140 R.N.-B. (2e) 133; *R. c. Peterson*, 2013 MBCA 104, 299 Man. R. (2d) 236; *R. c. Pearson*, 2017 ONCA 389, 348 C.C.C. (3d) 277; *R. c. Joseph*, 2020 ONCA 73, 385 C.C.C. (3d) 514; *Bernard c. R.*, 2019 QCCA 1227, 55 C.R. (7th) 406; *R. c. Kelly*, 2019 NLCA 23, 374 C.C.C. (3d) 360; *R. c. Spencer*, 2007 CSC 11, [2007] 1 R.C.S. 500; *Rothman c. La Reine*, [1981] 1 R.C.S. 640; *R. c. Hodgson*, [1998] 2 R.C.S. 449; *Gach c. The King*, [1943] R.C.S. 250; *R. c. Lapointe and Sicotte* (1983), 9 C.C.C. (3d) 366, conf. par [1987] 1 R.C.S. 1253; *R. c. Crawford*, [1995] 1 R.C.S. 858; *Auclair c. La Reine*, [2004] R.J.Q. 767; *R. c. Campbell*, 2018 ONCA 837, 366 C.C.C. (3d) 346; *R. c. Boothe*, 2016 ONCA 987; *R. c. Blackmore*, 2017 BCSC 2682; *R. c. Leblanc*, 2001 CanLII 12528; *R. c. Moran* (1987), 36 C.C.C. (3d) 225; *R. c. Seagull*, 2015 BCCA 164, 323 C.C.C. (3d) 361; *R. c. Le*, 2019 CSC 34, [2019] 2 R.C.S. 692; *R. c. Pomeroy*, 2008 ONCA 521, 91 O.R. (3d) 261; *R. c. Hawkins*, [1993] 2 R.C.S. 157, inf. (1992), 102 Nfld. & P.E.I.R. 91.

Citée par les juges Brown et Martin (dissidents)

R. c. Oickle, 2000 CSC 38, [2000] 2 R.C.S. 3; *R. c. Hebert*, [1990] 2 R.C.S. 151; *R. c. Singh*, 2007 CSC 48, [2007] 3 R.C.S. 405; *Boudreau c. The King*, [1949] R.C.S. 262; *Gach c. The King*, [1943] R.C.S. 250; *Piché c. La Reine*, [1971] R.C.S. 23; *R. c. Paterson*, 2017 CSC 15, [2017] 1 R.C.S. 202; *Ibrahim c. The King*, [1914] A.C. 599; *R. c. Warickshall* (1783), 1 Leach 263, 168 E.R. 234; *R. c. K.P.L.F.*, 2010 NSCA 45, 290 N.S.R. (2d) 387; *R. c. Voisin*, [1918] 1 K.B. 531; *Practice Note (Judges' Rules)*, [1964] 1 W.L.R. 152; *Prosko c. The King* (1922), 63 R.C.S. 226; *R. c. Whittle*, [1994] 2 R.C.S. 914; *Rothman c. La Reine*, [1981] 1 R.C.S. 640; *R. c. Fitton*, [1956] R.C.S. 958; *R. c. Esposito* (1985), 24 C.C.C. (3d) 88; *R. c. Oickle* (1998), 164 N.S.R. (2d) 342; *R. c. Whittle* (1992), 78 C.C.C. (3d) 49; *R. c. Singh*, 2003 BCSC 2013; *R. c. Worrall*, [2002] O.J. No. 2711 (QL), 2002 CarswellOnt 5171 (WL); *R. c. Higham*, 2007 CanLII 20104; *R. c. Garnier*, 2017 NSSC 338; *R. c. Morrison*, [2000] O.J. No. 5733 (QL), 2000 CarswellOnt 5811 (WL); *R. c. Randall*, 2003 CanLII 2205; *R. c. Joseph*, 2020 ONCA 73, 385 C.C.C. (3d) 514; *R. c. Pearson*, 2017 ONCA 389, 348 C.C.C. (3d) 277; *R. c. Bottineau*, 2011 ONCA 194, 269 C.C.C. (3d) 227; *R. c. Al-Enzi*, 2021 ONCA 81, 401 C.C.C. (3d) 277; *R. c. Sinclair*,

2010 SCC 35, [2010] 2 S.C.R. 310; *R. v. Lourenco*, 2011 ONCA 782, 286 O.A.C. 187; *R. v. Dunstan*, 2017 ONCA 432, 348 C.C.C. (3d) 436; *R. v. Le*, 2019 SCC 34, [2019] 2 S.C.R. 692; *R. v. Bartle*, [1994] 3 S.C.R. 173; *R. v. Grant*, 2009 SCC 32, [2009] 2 S.C.R. 353; *R. v. Crawford*, [1995] 1 S.C.R. 858; *R. v. Turcotte*, 2005 SCC 50, [2005] 2 S.C.R. 519; *R. v. M. (D.)*, 2012 ONCA 894, 295 C.C.C. (3d) 159; *R. v. Engel*, 2016 ABCA 48, 616 A.R. 181.

Statutes and Regulations Cited

Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 7, 9, 10, 24(2).
Youth Criminal Justice Act, S.C. 2002, c. 1, s. 146(2).

Authors Cited

Dufraimont, Lisa. "The Common Law Confessions Rule in the Charter Era: Current Law and Future Directions" (2008), 40 *S.C.L.R.* (2d) 249.
Fortin, Jacques. *Preuve pénale*. Montréal: Thémis, 1984.
Grano, Joseph D. "Voluntariness, Free Will, and the Law of Confessions" (1979), 65 *Va. L. Rev.* 859.
Ives, Dale E. "Preventing False Confessions: Is *Oickle* Up to the Task?" (2007), 44 *San Diego L. Rev.* 477.
Kaufman, Fred. *The Admissibility of Confessions*, 3rd ed. Toronto: Carswell, 1979.
Lederman, Sidney N., Michelle K. Fuerst and Hamish C. Stewart. *Sopinka, Lederman & Bryant: The Law of Evidence in Canada*, 6th ed. Toronto: LexisNexis, 2022.
Paciocco, David M., Palma Paciocco and Lee Stuesser. *The Law of Evidence*, 8th ed. Toronto: Irwin Law, 2020.
Parent, Hugues. *Traité de droit criminel*, t. IV, *Les garanties juridiques*, 2e éd. Montréal: Wilson & Lafleur, 2021.
Penney, Steven. "Police Questioning in the Charter Era: Adjudicative versus Regulatory Rule-making and the Problem of False Confessions" (2012), 57 *S.C.L.R.* (2d) 263.
Penney, Steven. "Theories of Confession Admissibility: A Historical View" (1998), 25 *Am. J. Crim. L.* 309.
Penney, Steven. "What's Wrong with Self-Incrimination? The Wayward Path of Self-Incrimination Law in the Post-Charter Era — Part II: Self-Incrimination in Police Investigations" (2004), 48 *Crim. L.Q.* 280.
Penney, Steven, Vincenzo Rondinelli and James Stribopoulos. *Criminal Procedure in Canada*, 3rd ed. Toronto: LexisNexis, 2022.
Stewart, Hamish. "The Confessions Rule and the *Charter*" (2009), 54 *McGill L.J.* 517.
Stuart, Don. "*Oickle*: The Supreme Court's Recipe for Coercive Interrogation" (2001), 36 C.R. (5th) 188.
Stuesser, Lee. "The Accused's Right to Silence: No Doesn't Mean No" (2002), 29 *Man. L.J.* 149.

2010 CSC 35, [2010] 2 R.C.S. 310; *R. c. Lourenco*, 2011 ONCA 782, 286 O.A.C. 187; *R. c. Dunstan*, 2017 ONCA 432, 348 C.C.C. (3d) 436; *R. c. Le*, 2019 CSC 34, [2019] 2 R.C.S. 692; *R. c. Bartle*, [1994] 3 R.C.S. 173; *R. c. Grant*, 2009 CSC 32, [2009] 2 R.C.S. 353; *R. c. Crawford*, [1995] 1 R.C.S. 858; *R. c. Turcotte*, 2005 CSC 50, [2005] 2 R.C.S. 519; *R. c. M. (D.)*, 2012 ONCA 894, 295 C.C.C. (3d) 159; *R. c. Engel*, 2016 ABCA 48, 616 A.R. 181.

Lois et règlements cités

Charte canadienne des droits et libertés, art. 7, 9, 10, 24(2).
Loi sur le système de justice pénale pour les adolescents, L.C. 2002, c. 1, art. 146(2).

Doctrine et autres documents cités

Dufraimont, Lisa. « The Common Law Confessions Rule in the Charter Era : Current Law and Future Directions » (2008), 40 *S.C.L.R.* (2d) 249.
Fortin, Jacques. *Preuve pénale*, Montréal, Thémis, 1984.
Grano, Joseph D. « Voluntariness, Free Will, and the Law of Confessions » (1979), 65 *Va. L. Rev.* 859.
Ives, Dale E. « Preventing False Confessions : Is *Oickle* Up to the Task? » (2007), 44 *San Diego L. Rev.* 477.
Kaufman, Fred. *The Admissibility of Confessions*, 3rd ed., Toronto, Carswell, 1979.
Lederman, Sidney N., Michelle K. Fuerst and Hamish C. Stewart. *Sopinka, Lederman & Bryant : The Law of Evidence in Canada*, 6th ed., Toronto, LexisNexis, 2022.
Paciocco, David M., Palma Paciocco and Lee Stuesser. *The Law of Evidence*, 8th ed., Toronto, Irwin Law, 2020.
Parent, Hugues. *Traité de droit criminel*, t. IV, *Les garanties juridiques*, 2e éd., Montréal, Wilson & Lafleur, 2021.
Penney, Steven. « Police Questioning in the Charter Era : Adjudicative versus Regulatory Rule-making and the Problem of False Confessions » (2012), 57 *S.C.L.R.* (2d) 263.
Penney, Steven. « Theories of Confession Admissibility : A Historical View » (1998), 25 *Am. J. Crim. L.* 309.
Penney, Steven. « What's Wrong with Self-Incrimination? The Wayward Path of Self-Incrimination Law in the Post-Charter Era — Part II : Self-Incrimination in Police Investigations » (2004), 48 *Crim. L.Q.* 280.
Penney, Steven, Vincenzo Rondinelli and James Stribopoulos. *Criminal Procedure in Canada*, 3rd ed., Toronto, LexisNexis, 2022.
Stewart, Hamish. « The Confessions Rule and the *Charter* » (2009), 54 *R.D. McGill* 517.
Stuart, Don. « *Oickle* : The Supreme Court's Recipe for Coercive Interrogation » (2001), 36 C.R. (5th) 188.
Stuesser, Lee. « The Accused's Right to Silence : No Doesn't Mean No » (2002), 29 *Man. L.J.* 149.

Thomas, Edmund. "Lowering the Standard: *R. v. Oickle* and the Confessions Rule in Canada" (2006), 10 *Can. Crim. L.R.* 69.
Trotter, Gary T. "The Limits of Police Interrogation: The Limits of the Charter" (2008), 40 *S.C.L.R.* (2d) 293.
Vauclair, Martin, et Tristan Desjardins, avec la collaboration de Pauline Lachance. *Traité général de preuve et de procédure pénales 2022*, 29e éd. Montréal: Yvon Blais, 2022.

APPEAL from a judgment of the Alberta Court of Appeal (Schutz, Khullar and Antonio JJ.A.), 2020 ABCA 289, 12 Alta. L.R. (7th) 55, 390 C.C.C. (3d) 491, 468 C.R.R. (2d) 1, [2020] 11 W.W.R. 444, [2020] A.J. No. 826 (QL), 2020 CarswellAlta 1432 (WL), setting aside the conviction of the accused for first degree murder and ordering a new trial. Appeal allowed, Brown and Martin JJ. dissenting.

Matthew W. Griener, for the appellant.

Pawel J. Milczarek and *Kelsey Sitar*, for the respondent.

Frank Au and *James V. Palangio*, for the intervener the Attorney General of Ontario.

Patrick McGuinty, for the intervener the Attorney General of New Brunswick.

Samara Secter, for the intervener the Canadian Civil Liberties Association.

The judgment of Wagner C.J. and Moldaver, Karakatsanis, Côté, Rowe, Kasirer and Jamal JJ. was delivered by

KASIRER J. —

I. Overview

[1] When questioned at a police station in connection with a murder investigation, Russell Steven Tessier was not told that he had the right to remain silent. He was not cautioned that, if he did speak to the authorities, what he said could be taken down and

Thomas, Edmund. « Lowering the Standard : *R. v. Oickle* and the Confessions Rule in Canada » (2006), 10 *Rev. can. D.P.* 69.
Trotter, Gary T. « The Limits of Police Interrogation : The Limits of the Charter » (2008), 40 *S.C.L.R.* (2d) 293.
Vauclair, Martin, et Tristan Desjardins, avec la collaboration de Pauline Lachance. *Traité général de preuve et de procédure pénales 2022*, 29e éd., Montréal, Yvon Blais, 2022.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Alberta (les juges Schutz, Khullar et Antonio), 2020 ABCA 289, 12 Alta. L.R. (7th) 55, 390 C.C.C. (3d) 491, 468 C.R.R. (2d) 1, [2020] 11 W.W.R. 444, [2020] A.J. No. 826 (QL), 2020 CarswellAlta 1432 (WL), qui a annulé la déclaration de culpabilité pour meurtre au premier degré prononcée contre l'accusé et ordonné un nouveau procès. Pourvoi accueilli, les juges Brown et Martin sont dissidents.

Matthew W. Griener, pour l'appelant.

Pawel J. Milczarek et *Kelsey Sitar*, pour l'intimé.

Frank Au et *James V. Palangio*, pour l'intervenant le procureur général de l'Ontario.

Patrick McGuinty, pour l'intervenant le procureur général du Nouveau-Brunswick.

Samara Secter, pour l'intervenante l'Association canadienne des libertés civiles.

Version française du jugement du juge en chef Wagner et des juges Moldaver, Karakatsanis, Côté, Rowe, Kasirer et Jamal rendu par

LE JUGE KASIRER —

I. Aperçu

[1] Durant l'interrogatoire qu'il a subi à un poste de police dans le cadre d'une enquête sur un meurtre, M. Russell Steven Tessier n'a pas été informé de son droit de garder le silence. Il n'a pas été averti que, s'il parlait aux autorités, ce qu'il leur dirait pourrait

used as evidence in court. While he did not confess, Mr. Tessier's answers to police questions included comments that the prosecution sought to introduce at trial to show that he committed the crime. At the time of the interviews, Mr. Tessier was not under arrest and he was not physically detained. The parties disagree whether he had become a suspect over the course of the interviews and whether he had been psychologically detained by reason of the police conduct at the station.

[2] The statements were admitted after a *voir dire* at trial. Mr. Tessier was later convicted of first degree murder. The Court of Appeal decided that the trial judge committed legal errors when considering whether the statements had been made voluntarily, in particular by misapprehending the fairness rationale of the confessions rule, the operating mind doctrine associated with voluntariness and the proper test for determining whether Mr. Tessier was a suspect at the time. The conviction was set aside and a new trial ordered.

[3] The principal issue raised on appeal to the Court is whether the Crown met its heavy burden to show, beyond a reasonable doubt, that Mr. Tessier's statements were voluntary pursuant to the common law confessions rule. The Court of Appeal said the trial judge failed to address the key question in this case: whether, in the absence of a caution, Mr. Tessier had been denied a meaningful choice to speak to the police "*knowing* that *he was not required* to answer police questions, or that *anything* he did say would be taken down and *could be used in evidence*" (2020 ABCA 289, 12 Alta. L.R. (7th) 55, at para. 54 (emphasis in original)). The appeal bears upon two related doctrinal questions under the confessions rule: first, the requirements of the operating mind doctrine and, second, the impact of the absence of a caution on voluntariness prior to detention or arrest.

être consigné par écrit et servir de preuve devant un tribunal. Bien qu'il n'ait pas fait d'aveu dans ses réponses aux questions de la police, M. Tessier a formulé certains commentaires que la poursuite a voulu présenter au procès afin d'établir sa culpabilité. Au moment des interrogatoires, M. Tessier n'était ni en état d'arrestation ni détenu physiquement. Les parties sont en désaccord quant à savoir s'il est devenu un suspect au cours des interrogatoires et s'il a été détenu psychologiquement en raison du comportement des agents au poste de police.

[2] Les déclarations ont été admises au terme d'un voir-dire au procès. Monsieur Tessier a ultimement été déclaré coupable de meurtre au premier degré. La Cour d'appel a conclu que le juge du procès a commis des erreurs de droit lorsqu'il a déterminé si les déclarations avaient été faites volontairement, notamment en interprétant erronément la notion d'équité inhérente à la règle des confessions, la théorie de l'état d'esprit conscient associée au caractère volontaire ainsi que le test à appliquer pour établir si M. Tessier était un suspect au moment en cause. La Cour d'appel a annulé la déclaration de culpabilité et a ordonné la tenue d'un nouveau procès.

[3] La principale question soulevée en appel devant la Cour est celle de savoir si la Couronne s'est acquittée de son lourd fardeau de démontrer hors de tout doute raisonnable que les déclarations de M. Tessier étaient volontaires au sens de la règle des confessions de la common law. La Cour d'appel a déclaré que le juge du procès n'a pas examiné la question fondamentale dans la présente affaire, à savoir si, en l'absence d'une mise en garde, M. Tessier avait été privé d'un choix utile de parler ou non à la police, [TRADUCTION] « *en sachant* qu'*il n'était pas obligé* de répondre aux questions de cette dernière ou que *tout* ce qu'il dirait serait consigné par écrit et *pourrait servir de preuve* » (2020 ABCA 289, 12 Alta. L.R. (7th) 55, par. 54 (en italique dans l'original)). Le pourvoi porte sur deux questions connexes découlant de la règle des confessions : premièrement, celle de la teneur des exigences de la théorie de l'état d'esprit conscient et, deuxièmement, celle de l'incidence de l'absence d'une mise en garde sur le caractère volontaire avant la détention ou l'arrestation.

[4] It has often been said that the proper application of the confessions rule aspires to strike the right balance between the individual and societal interests at play in police questioning: on the one hand, protecting the accused from improper interrogation by the police and, on the other, providing the authorities with the latitude they need to ask difficult questions to investigate and solve crime (*R. v. Oickle*, 2000 SCC 38, [2000] 2 S.C.R. 3, at para. 33). Understanding the impact of the absence of a caution on voluntariness in the pre-detention phase, and in particular on the fairness considerations that underlie the confessions rule, is integral to that balance.

[4] L'on a souvent dit qu'une application appropriée de la règle des confessions vise à atteindre un juste équilibre entre les droits individuels et les intérêts de la société qui sont en jeu dans le cadre d'un interrogatoire policier : d'une part, la protection de l'accusé contre un interrogatoire policier irrégulier et, d'autre part, le fait d'offrir aux autorités la marge de manœuvre dont elles ont besoin pour poser les questions difficiles en vue de mener à bien les enquêtes criminelles (*R. c. Oickle*, 2000 CSC 38, [2000] 2 R.C.S. 3, par. 33). Pour atteindre ce juste équilibre, il est essentiel de comprendre l'incidence de l'absence d'une mise en garde sur le caractère volontaire à l'étape qui précède la détention et, plus particulièrement, sur les considérations liées à l'équité qui sous-tendent la règle des confessions.

[5] In *R. v. Singh*, 2007 SCC 48, [2007] 3 S.C.R. 405, Charron J. provided helpful guidance for persons in authority undertaking criminal investigations: "Even if the suspect has not formally been arrested and is not obviously under detention, police officers are well advised to give the police caution . . ." (para. 33). One understands Charron J.'s sensible intuition. While a proper caution will not guarantee that statements given thereafter are voluntary, it stands to reason that proving the accused made a free choice to speak to the authorities will be easier for the Crown if a caution is given. Because a suspect is more vulnerable to making involuntary statements than a mere witness or a person not involved in the crime, the presence or absence of a police caution is an "important" factor in answering the question of voluntariness upon which the admissibility of statements will turn (*Boudreau v. The King*, [1949] S.C.R. 262, at p. 267).

[5] Dans l'arrêt *R. c. Singh*, 2007 CSC 48, [2007] 3 R.C.S. 405, la juge Charron a formulé des indications utiles aux personnes en autorité qui mènent des enquêtes criminelles : « Même si le suspect n'est pas officiellement en état d'arrestation et qu'il n'est manifestement pas détenu, la mise en garde policière est indiquée. . . » (par. 33). L'intuition de la juge Charron est avisée et compréhensible. Bien qu'une mise en garde appropriée ne garantisse pas que les déclarations faites par la suite seront volontaires, il va sans dire que la Couronne aura plus de facilité à prouver que l'accusé a choisi librement de parler aux autorités si une telle mise en garde a été formulée. Comme un suspect est plus susceptible de faire des déclarations involontaires qu'un simple témoin ou qu'une personne qui n'est pas impliquée dans le crime, l'existence ou l'absence d'une mise en garde policière est un facteur [TRADUCTION] « important » à considérer pour répondre à la question du caractère volontaire sur laquelle repose l'admissibilité des déclarations (*Boudreau c. The King*, [1949] R.C.S. 262, p. 267).

[6] What happens when the police question a suspect without providing the caution recommended in *Singh*? Mr. Tessier argues here that the trial judge should have recognized that he was subject to a degree of control by the authorities that mandated a caution to guard against an unfair denial of his free and meaningful choice to speak to the police.

[6] Qu'en est-il lorsque la police interroge un suspect sans formuler la mise en garde recommandée dans l'arrêt *Singh*? En l'espèce, M. Tessier soutient que le juge du procès aurait dû reconnaître qu'il avait été soumis à un certain degré de contrôle de la part des autorités, et qu'une mise en garde était donc requise afin d'éviter un déni injuste de son droit de faire un choix libre et utile de parler à la police.

[7] Charron J. was careful to say only that the police are "well advised" or should provide suspects with a caution; her remark was not in the order of a bright-line mandatory rule which, one infers, she sensed would upset the balance struck by the confessions rule. The failure to provide a caution is not in itself fatal to admissibility (see M. Vauclair and T. Desjardins, in collaboration with P. Lachance, *Traité général de preuve et de procédure pénales 2022* (29th ed. 2022), at No. 38.28). But that this Court took the step to recommend a caution for suspects in *Singh* is an indication at common law that this lack of a caution is not without consequence on the type of proof required of the Crown to establish the voluntariness of the statements given.

[8] As part of its persuasive burden to prove voluntariness beyond a reasonable doubt at trial, the Crown must, in my view, show that the absence of a caution did not undermine the suspect's free choice to speak to the police as part of the contextual examination of voluntariness. It is an important factor that must be addressed by the Crown by pointing in particular to circumstances that prove beyond a reasonable doubt that the suspect possessed an operating mind and voluntariness was not otherwise impugned. Generally, the operating mind doctrine requires the Crown to show that the accused possessed the limited cognitive ability to understand what they were saying and to comprehend that the statement might be used as evidence in criminal proceedings (*R. v. Whittle*, [1994] 2 S.C.R. 914, at p. 939). Where the police do not provide a caution in the circumstances in which, as Charron J. says, they would be well advised to do so, the Crown must show further that the police conduct did not unfairly frustrate the suspect's ability to understand that what they were saying could be used in evidence, that they were not subject to police trickery and that there were no circumstances that would otherwise cast doubt on voluntariness.

[9] Drawing on scholarly commentary on the burden of proof relating to the operating mind dimension of

[7] La juge Charron a pris soin de dire uniquement qu'une mise en garde policière à l'intention des suspects est « indiquée » ou, autrement dit, que les policiers devraient la donner; sa remarque n'était pas de l'ordre d'une règle obligatoire et rigide qui, on le suppose, perturberait selon elle l'équilibre établi par la règle des confessions. Le fait de ne pas formuler de mise en garde n'est pas en soi fatal à l'admissibilité d'une déclaration (voir M. Vauclair et T. Desjardins, avec la collaboration de P. Lachance, *Traité général de preuve et de procédure pénales 2022* (29e éd. 2022), nº 38.28). Cependant, le fait que notre Cour a recommandé dans l'arrêt *Singh* qu'une mise en garde soit donnée aux suspects illustre qu'en common law, l'absence d'une mise en garde influe sur le type de preuve que la Couronne doit présenter pour établir le caractère volontaire des déclarations qui ont été faites.

[8] Au procès, pour se décharger de son fardeau d'établir hors de tout doute raisonnable le caractère volontaire de la déclaration de l'accusé, la Couronne doit, selon moi, dans le cadre de l'examen contextuel du caractère volontaire, démontrer que l'absence d'une mise en garde n'a pas porté atteinte au droit du suspect de choisir librement de parler ou non à la police. Il s'agit d'un facteur important que la Couronne doit aborder en soulignant notamment les circonstances qui prouvent hors de tout doute raisonnable que le suspect était dans un état d'esprit conscient et que le caractère volontaire n'était pas par ailleurs contesté. En règle générale, la théorie de l'état d'esprit conscient exige une démonstration de la Couronne que l'accusé avait la capacité cognitive limitée de comprendre à la fois ce qu'il disait et que sa déclaration pourrait servir de preuve dans le cadre de procédures criminelles (*R. c. Whittle*, [1994] 2 R.C.S. 914, p. 939). Lorsque la police n'effectue pas de mise en garde dans les cas où, comme l'a déclaré la juge Charron, il serait indiqué d'en donner une, la Couronne doit aussi démontrer que le comportement de la police n'a pas empêché inéquitablement le suspect de comprendre que ce qu'il disait pourrait servir de preuve contre lui, qu'il ne faisait pas l'objet de ruses policières et qu'aucune circonstance ne jetait par ailleurs un doute sur le caractère volontaire de la déclaration.

[9] En m'appuyant sur la doctrine relative au fardeau de la preuve lié à la théorie de l'état d'esprit

voluntariness, I would recognize that the absence of a caution for a suspect constitutes *prima facie* evidence that they were unfairly denied their choice to speak to the police (see S. N. Lederman, M. K. Fuerst and H. C. Stewart, *Sopinka, Lederman & Bryant: The Law of Evidence in Canada* (6th ed. 2022), at ¶8.119). In circumstances in which the accused has raised credible evidence that their status at the time of questioning was that of a suspect, the presence or absence of a caution takes on meaningful significance. Where the accused further puts the lack of a caution and their increased legal jeopardy into evidence — by cross-examining Crown witnesses or otherwise — they have met their evidentiary burden that raises the issue as to whether their statements were freely given. It then falls to the Crown to discharge its persuasive burden by proving either that the accused was not in legal jeopardy, in that they were a mere witness and not a suspect, or that the absence of a caution was without consequence and that the statements were, beyond a reasonable doubt and in view of the context as a whole, voluntary. This would give substance to the recommendation formulated by Charron J. in *Singh* for trial judges seeking to weigh the importance of a lack of caution.

conscient associée au caractère volontaire, je reconnais que l'absence d'une mise en garde faite à un suspect constitue une preuve *prima facie* qu'il a été injustement privé de son choix de parler ou non à la police (voir S. N. Lederman, M. K. Fuerst et H. C. Stewart, *Sopinka, Lederman & Bryant : The Law of Evidence in Canada* (6e éd. 2022), ¶8.119). Lorsque l'accusé a présenté des éléments de preuve crédibles établissant qu'il était considéré comme un suspect au moment de l'interrogatoire, l'existence ou l'absence d'une mise en garde revêt une signification importante. En outre, lorsque l'accusé établit l'absence de mise en garde ainsi que le risque juridique accru qu'il encourait — par exemple, en contre-interrogeant les témoins de la Couronne —, celui-ci s'acquitte de son fardeau de preuve, ce qui soulève la question de savoir si ses déclarations ont été faites librement. Il incombe alors à la Couronne de s'acquitter de son fardeau de persuasion en prouvant soit que l'accusé n'était pas exposé à un risque juridique — parce qu'il n'était qu'un simple témoin, et non un suspect —, soit que l'absence d'une mise en garde a été sans conséquence et que les déclarations étaient, hors de tout doute raisonnable et compte tenu du contexte dans son ensemble, volontaires. Cette approche concrétiserait la recommandation formulée par la juge Charron dans l'arrêt *Singh* à l'intention des juges de première instance qui cherchent à évaluer l'importance de l'absence d'une mise en garde.

[10] Beyond merely showing that the person questioned had an operating mind, there may also be circumstances in which the absence of a caution is in point of fact a willful failure by the police to give a caution. This might reflect a deliberate tactic by the police to manipulate the individual into thinking that they are a mere witness and not a suspect so that, in making a statement, their jeopardy is not at risk. Where the failure to caution a suspect amounts to trickery, the effect of the police conduct may have an impact on voluntariness and should be analyzed in that light (see *Oickle*, at paras. 67 and 91).

[10] Au-delà de la simple démonstration que la personne interrogée dispose d'un état d'esprit conscient, l'absence d'une mise en garde relève dans certains cas d'un manquement délibéré de la part de la police. Il peut alors s'agir d'une tactique policière choisie à dessein pour manipuler la personne pour qu'elle pense qu'elle n'est qu'un simple témoin, et non un suspect, et que sa déclaration n'augmente pas le risque juridique auquel elle fait face. Lorsque le défaut de mettre un suspect en garde équivaut à une ruse, le comportement de la police peut avoir une incidence sur le caractère volontaire et devrait être analysé en conséquence (voir *Oickle*, par. 67 et 91).

[11] As Charron J. observed in *Singh* on the question of voluntariness, "the focus is on the conduct of the police and its effect on the suspect's ability to exercise his or her free will" (para. 36). If the Crown

[11] Comme l'a fait remarquer la juge Charron dans l'arrêt *Singh* en ce qui concerne la question du caractère volontaire, « l'accent est mis sur le comportement de la police et sur l'incidence qu'il a eue

cannot prove that the absence of a caution had no impact on voluntariness, the *prima facie* evidence of involuntariness raised by the absence of a caution will lead to a conclusion of inadmissibility. The absence of a caution weighs heavily because, where unaddressed, it represents *prima facie* evidence that the suspect has been unfairly denied their choice to speak to the police and that, as a consequence, the statement cannot be considered voluntary. This does not displace the ultimate burden on the Crown to prove voluntariness beyond a reasonable doubt. Rather, it emphasizes the legal significance of the absence of a caution as a potential sign of involuntariness where a person is a suspect.

sur la capacité du suspect d'user de son libre arbitre » (par. 36). Si la Couronne ne peut prouver que l'absence d'une mise en garde n'a eu aucune incidence sur le caractère volontaire, la preuve *prima facie* du caractère involontaire découlant de l'absence d'une mise en garde mènera à une conclusion d'inadmissibilité. L'absence d'une mise en garde revêt une grande importance puisque, si la Couronne n'en traite pas, elle constitue une preuve *prima facie* que le suspect a été injustement privé de son choix de parler ou non à la police et que sa déclaration ne peut donc pas être jugée volontaire. La Couronne n'est pas pour autant libérée de son fardeau ultime de prouver le caractère volontaire hors de tout doute raisonnable. L'accent est plutôt mis sur la portée juridique de l'absence d'une mise en garde comme une manifestation possible du caractère non volontaire lorsqu'une personne est un suspect.

[12] But to be clear: insisting on a caution in all circumstances where a suspect is questioned by police, or requiring that the Crown prove what amounts to a waiver of that caution, are not conditions of voluntariness. In my respectful view, the Court of Appeal mistakenly imposed this high standard based on proof of actual, subjective knowledge. Where knowledge can be shown, courts have forgiven the lack of caution, but just as the caution is not obligatory, proof of actual knowledge of the right to silence or the consequences of speaking to prove voluntariness is not either. That high standard applied in all cases in the pre-detention phase of an investigation could upset the balance of individual and social interests upon which the confessions rule rests.

[12] Toutefois, pour être clair, le caractère volontaire n'est conditionnel ni au prononcé d'une mise en garde dans tous les cas où un suspect est interrogé par la police, ni à la preuve par la Couronne de ce qui équivaut à une renonciation à cette mise en garde. À mon avis, la Cour d'appel a commis une erreur en imposant cette norme exigeante fondée sur une preuve d'une connaissance véritable subjective. Lorsqu'il a été possible de démontrer que la personne interrogée connaissait ses droits, les tribunaux ont excusé l'absence d'une mise en garde. Cependant, tout comme la mise en garde n'est pas obligatoire, la connaissance effective du droit de garder le silence ou des conséquences de faire une déclaration pour établir le caractère volontaire ne l'est pas davantage. L'application de cette norme exigeante dans tous les cas à l'étape d'une enquête qui précède la détention pourrait perturber l'équilibre entre les droits individuels et les intérêts de la société sur lequel repose la règle des confessions.

[13] For the reasons that follow, I propose to restore Mr. Tessier's conviction for first degree murder rendered by the jury. I agree with the Court of Appeal that some of the trial judge's explanations of the voluntariness rule were incomplete. However, with the utmost respect, I disagree that these amounted to reviewable legal errors that undermined the finding at

[13] Pour les motifs qui suivent, je propose de rétablir la déclaration de culpabilité pour meurtre au premier degré de M. Tessier prononcée par le jury. À l'instar de la Cour d'appel, j'estime que certaines des explications du juge du procès sur la règle du caractère volontaire étaient incomplètes. Cependant, soit dit avec le plus grand respect, je ne suis pas d'accord qu'il

trial that Mr. Tessier's statements to the police were voluntarily made. Even in the absence of a caution, and even if one were to consider Mr. Tessier to have been a suspect at the time of questioning, the record confirms that the trial judge's determination on voluntariness should not have been disturbed on appeal.

s'agissait d'erreurs de droit révisables qui minaient la conclusion du juge du procès selon laquelle les déclarations faites par M. Tessier à la police étaient volontaires. Même en l'absence d'une mise en garde et même si l'on devait considérer que M. Tessier était un suspect au moment de l'interrogatoire, je suis d'avis que la conclusion du juge du procès sur le caractère volontaire aurait dû être maintenue en appel.

II. Background

[14] Allan Berdahl was found dead in a ditch by a rural road close to Carstairs, Alberta, on March 16, 2007. The police immediately sought out several individuals connected to the deceased for interviews, including Mr. Berdahl's friend, Mr. Tessier. On the morning of March 17, 2007, Mr. Tessier received several phone calls from the police seeking to arrange an interview at the RCMP detachment at Didsbury, near Carstairs. Mr. Tessier, who was staying with friends in Didsbury, agreed to come to the station. He had a friend drive him there and wait for him outside.

[15] Sgt. Alexander "Sandy" White first met Mr. Tessier at the detachment counter at 12:55 p.m. and escorted him to a room with a closed, unlocked door for the interview. Sgt. White was an experienced homicide officer. He was dressed in plainclothes and unarmed. Mr. Tessier was not searched. Sgt. White did not caution Mr. Tessier that he had the right to remain silent or that his statements could be used in evidence. Nor did he speak of the right to retain and instruct counsel under s. 10(b) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. Mr. Tessier was told and he understood that the interview was being audio and video recorded.

[16] The first interview lasted about 105 minutes. Prior to the meeting, Sgt. White had some information about the victim and his connection to Mr. Tessier. Notably, Mr. Berdahl was found with severe head trauma. Tire tracks, blood spatter, footprints and two cigarette butts had been found nearby. He knew what kind of truck Mr. Tessier drove. He was aware

II. Contexte

[14] Le 16 mars 2007, M. Allan Berdahl a été retrouvé mort dans un fossé près d'une route rurale à proximité de Carstairs, en Alberta. La police a immédiatement communiqué avec plusieurs personnes liées au défunt pour les interroger, dont son ami, M. Tessier. Le matin du 17 mars 2007, ce dernier a reçu plusieurs appels téléphoniques de la part de la police, qui souhaitait organiser un interrogatoire au détachement de la GRC situé à Didsbury, près de Carstairs. Monsieur Tessier, qui restait chez des amis à Didsbury, a accepté de se rendre au poste. Un ami l'y a conduit et l'a attendu à l'extérieur.

[15] Le sergent Alexander « Sandy » White a d'abord rencontré M. Tessier au comptoir d'accueil du détachement à 12 h 55, puis il l'a escorté jusqu'à une salle d'interrogatoire dont la porte était fermée, mais déverrouillée. Le sergent White était un agent chevronné de l'escouade des homicides. Il était habillé en civil et n'était pas armé. Monsieur Tessier n'a pas été fouillé. Le sergent White n'a pas averti M. Tessier qu'il avait le droit de garder le silence ou que ses déclarations pourraient servir de preuve. Il ne lui a pas parlé non plus de son droit d'avoir recours à l'assistance d'un avocat garanti par l'al. 10b) de la *Charte canadienne des droits et libertés*. Monsieur Tessier a été informé et a compris que l'interrogatoire était enregistré sur bandes audio et vidéo.

[16] Le premier interrogatoire a duré environ 105 minutes. Avant la rencontre, le sergent White disposait de certains renseignements concernant la victime et son lien avec M. Tessier. Monsieur Berdahl avait notamment subi un grave traumatisme crânien. Des traces de pneus, des éclaboussures de sang, des empreintes de pas et deux mégots de cigarette avaient

that Mr. Tessier had recently been in the company of Mr. Berdahl and was thought to be the last person to have seen the victim alive. He knew that the tire imprints found at the scene indicated a wheel diameter compatible with several types of vehicle, one of which could have been the make owned by Mr. Tessier. Sgt. White also had learned from the victim's ex-girlfriend that Mr. Tessier had "a falling out" with Mr. Berdahl about a car and money (A.R., vol. II, at pp. 26-27).

été retrouvés à proximité du corps. Le sergent White connaissait le type de camionnette que conduisait M. Tessier. Il savait par ailleurs que ce dernier avait récemment été en présence de M. Berdahl et qu'il était considéré comme la dernière personne à avoir vu la victime vivante. Il savait que les traces de pneus retrouvées sur la scène montraient un diamètre de roue compatible avec plusieurs types de véhicules, dont l'un aurait pu être de la marque de celui de M. Tessier. Le sergent White avait également appris de l'ex-petite amie de la victime que M. Tessier s'était [TRADUCTION] « disputé » avec M. Berdahl au sujet d'une voiture et d'une somme argent (d.a., vol. II, p. 26-27).

[17] Mr. Tessier was advised that the RCMP was investigating the homicide of Mr. Berdahl. The purpose of the interview, he was told, was to obtain a biography of the victim. Sgt. White did not expressly say that Mr. Tessier was free to leave when he wanted.

[17] Monsieur Tessier a été informé que la GRC enquêtait sur l'homicide de M. Berdahl. Il s'est fait dire que l'interrogatoire avait pour but d'obtenir une biographie de la victime. Le sergent White n'a pas expressément dit à M. Tessier qu'il était libre de partir quand il le souhaitait.

[18] Over the course of the first interview, Mr. Tessier provided information about Mr. Berdahl, his relationship to him, and Mr. Tessier's movements in the days leading up to the death. Mr. Tessier volunteered that Mr. Berdahl's ex-girlfriend "hate[d]" the victim (A.R., vol. IV, at p. 102). He said that Mr. Berdahl was a drug user, that he owed "a lot of people" money and was involved in illegal activities (p. 103). Mr. Tessier had been with Mr. Berdahl until the evening of March 15, he said, at which time they parted ways as Mr. Berdahl was leaving for Winnipeg. Sgt. White challenged Mr. Tessier, noting he appeared "mixed up" and "bothered" and should "[t]ell the truth" (p. 117). He asked if there was any reason why Mr. Tessier's DNA would be on the side of the road south of Didsbury. Mr. Tessier answered no. He told Sgt. White the make and model of his car, as well as the brand of cigarettes he smoked, noting that he and Mr. Berdahl often exchanged cigarettes. On more than one occasion, Mr. Tessier asked what happened to Mr. Berdahl. At one point Sgt. White said "I'm only here looking for the truth and that's – that's my job. . . . And you hold the truth

[18] Au cours du premier interrogatoire, M. Tessier a fourni de l'information concernant M. Berdahl, son lien avec lui et ses déplacements dans les jours précédant la mort de ce dernier. Monsieur Tessier a spontanément déclaré que l'ex-petite amie de M. Berdahl [TRADUCTION] « ha[ïssait] » la victime (d.a., vol. IV, p. 102). Il a dit que M. Berdahl consommait de la drogue, qu'il devait de l'argent à [TRADUCTION] « beaucoup de gens » et qu'il était impliqué dans des activités illégales (p. 103). Monsieur Tessier a affirmé qu'il était avec M. Berdahl jusqu'au soir du 15 mars, moment où ils se sont séparés, car M. Berdahl partait pour Winnipeg. Le sergent White a remis en question les affirmations de M. Tessier et a fait remarquer que ce dernier semblait [TRADUCTION] « confus » et « préoccupé » et qu'il devrait « [d]ire la vérité » (p. 117). Il a demandé à M. Tessier s'il y avait une raison pour laquelle son ADN se retrouverait sur le bord de la route au sud de Didsbury. Monsieur Tessier a répondu non. Il a informé le sergent White de la marque et du modèle de sa voiture ainsi que de la marque de cigarettes qu'il fumait, et a souligné que M. Berdahl et lui s'échangeaient souvent des cigarettes. À plus

as far as I'm concerned, Steve" (p. 127). Mr. Tessier answered that he did not know.

d'une reprise, M. Tessier a demandé ce qui était arrivé à M. Berdahl. À un certain moment, le sergent White a affirmé : [TRADUCTION] « Je cherche juste à connaître la vérité et c'est – c'est mon travail. [. . .] Et, quant à moi, vous détenez la vérité, Steve » (p. 127). Monsieur Tessier a répondu qu'il ne savait pas.

[19] About mid-way through the interview, Sgt. White asked Mr. Tessier for a DNA sample so the police could compare it to any DNA found at the crime scene which, he said, was a technique used as a matter of course to eliminate people from investigation. Providing the DNA sample was voluntary, noted Sgt. White. He then asked Mr. Tessier if he thought the murder was planned and what happened in between Mr. Berdahl being at the house and turning up dead on the side of the road, to which Mr. Tessier said, "I'm scared to answer questions, I don't know what to do" (p. 126). Sgt. White asked Mr. Tessier if he killed Mr. Berdahl. "No I didn't", Mr. Tessier responded (p. 127). Sgt. White asked if Mr. Tessier could "prove" he did not do it (p. 127). Sgt. White again requested a DNA sample. Mr. Tessier stated, "Why wouldn't I?" (p. 129). Mr. Tessier then asked to go outside for a smoke, which he did unattended. While outside, Mr. Tessier consulted with his friend, who advised him not to provide the sample. He was observed by an officer while outside. Upon returning, Mr. Tessier declined to provide the sample as he did not want to be "painted into a corner" (p. 130). He explained, "I'm the only person that you guys got and that's not good. . . . [T]his is bothering me" (p. 130). Mr. Tessier did allow Sgt. White to take a photograph of the sole of his shoe.

[19] Vers le milieu de l'interrogatoire, le sergent White a demandé à M. Tessier un échantillon d'ADN afin que la police puisse le comparer à celui retrouvé sur la scène de crime. Il a affirmé qu'il s'agissait d'une technique utilisée systématiquement pour éliminer des personnes de l'enquête. Le sergent White a indiqué que la fourniture de l'échantillon d'ADN était volontaire. Il a ensuite demandé à M. Tessier s'il croyait que le meurtre avait été prémédité et son avis sur ce qui s'était passé entre le moment où M. Berdahl était à la maison et le moment où il s'était retrouvé mort sur le bord de la route, ce à quoi M. Tessier a répondu : [TRADUCTION] « J'ai peur de répondre aux questions, je ne sais pas quoi faire » (p. 126). Le sergent White a demandé à M. Tessier s'il avait tué M. Berdahl. Monsieur Tessier a répondu : [TRADUCTION] « Non, je ne l'ai pas tué » (p. 127). Le sergent White a demandé à M. Tessier s'il pouvait [TRADUCTION] « prouver » qu'il ne l'avait pas fait (p. 127). Le sergent White lui a encore une fois demandé un échantillon d'ADN. Monsieur Tessier a répondu : [TRADUCTION] « Pourquoi pas? » (p. 129). Il a ensuite demandé de sortir pour fumer une cigarette, ce qu'il a fait sans être accompagné. Alors qu'il était dehors, M. Tessier a consulté son ami, qui lui a conseillé de ne pas fournir l'échantillon. Une agente l'observait pendant qu'il était dehors. À son retour, M. Tessier a refusé de fournir l'échantillon, puisqu'il ne voulait pas être [TRADUCTION] « peintur[é] dans le coin » (p. 130). Il a expliqué ce qui suit : [TRADUCTION] « . . . [j]e suis la seule personne que vous avez et ce n'est pas bon signe. [. . .] [Ç]a me dérange » (p. 130). Monsieur Tessier a permis au sergent White de prendre une photo de la semelle de sa chaussure.

[20] Sgt. White then accompanied Mr. Tessier outside and, soon after, the interview concluded with Mr. Tessier inviting police to his home in Calgary to inspect and collect some of Mr. Berdahl's possessions, as he had been staying with Mr. Tessier

[20] Le sergent White a ensuite accompagné M. Tessier à l'extérieur et, peu après, l'interrogatoire a pris fin lorsque ce dernier a invité la police à se rendre chez lui, à Calgary, pour inspecter et récupérer certains des biens de M. Berdahl, puisque ce dernier

recently. Mr. Tessier then asked if he was free to go. Even though his friend was present with a car, Mr. Tessier asked Sgt. White to drive him back to his truck. Following the interview, a briefing was held at the detachment and a police surveillance team was put in place to observe Mr. Tessier.

avait récemment séjourné chez lui. Monsieur Tessier a ensuite demandé s'il était libre de partir. Même si son ami était présent avec une voiture, M. Tessier a demandé au sergent White de le reconduire jusqu'à sa camionnette. Après l'interrogatoire, une séance d'information a eu lieu au détachement, et une équipe de surveillance policière a été mise en place pour observer M. Tessier.

[21] Soon after the first interview, Mr. Tessier called Sgt. White and left him several voice messages, seeking to provide him with additional information. Receiving no response, Mr. Tessier returned that same day to the Didsbury detachment at about 5:10 p.m. looking for Sgt. White. A second interview began. Sgt. White informed Mr. Tessier that he was turning the recorder on again. Mr. Tessier said that he had recently retrieved a firearm from a shooting range, and he wanted a police officer to come to his apartment in Calgary to confirm that it was still in his bedroom closet. Sgt. White and another officer followed Mr. Tessier to his apartment. Once there, Mr. Tessier showed officers the gun case, but there was no gun inside of it. Mr. Tessier asked Sgt. White if he should call a lawyer, to which Sgt. White responded that they were there "to investigate Al's death" (A.R., vol. II, at pp. 129-30). Sgt. White then read Mr. Tessier his rights and cautioned him.

[21] Peu de temps après le premier interrogatoire, M. Tessier a appelé le sergent White et lui a laissé plusieurs messages vocaux lui disant qu'il voulait lui fournir des renseignements additionnels. Sans nouvelle, M. Tessier est retourné le jour même au détachement de Didsbury vers 17 h 10 pour voir le sergent White. Un deuxième interrogatoire a débuté. L'enquêteur a informé M. Tessier qu'il rallumait l'enregistreur. Monsieur Tessier a déclaré qu'il avait récemment récupéré une arme à feu d'un champ de tir et qu'il voulait qu'un policier se rende à son appartement à Calgary pour confirmer qu'elle se trouvait toujours dans la penderie de sa chambre à coucher. Le sergent White et un autre agent ont suivi M. Tessier jusqu'à son appartement. Une fois sur place, ce dernier a montré l'étui à fusil aux agents, mais aucun fusil ne s'y trouvait. Monsieur Tessier a demandé au sergent White s'il devait appeler un avocat, ce à quoi le sergent White a répondu qu'ils étaient là [TRADUCTION] « pour enquêter sur la mort d'Al » (d.a., vol. II, p. 129-130). Le sergent White lui a ensuite fait la lecture de ses droits et l'a mis en garde.

[22] Mr. Tessier was charged with first degree murder in 2015 when his DNA was matched to a cigarette butt found near the scene.

[22] Monsieur Tessier a été accusé de meurtre au premier degré en 2015 lorsque des empreintes génétiques correspondant à son ADN ont été décelées sur un mégot de cigarette trouvé près de la scène.

III. Proceedings Below

A. *Voir Dire Ruling, 2018 ABQB 387 (Yamauchi J.)*

[23] A pre-trial *voir dire* was held to determine whether the Crown had met its burden to show that Mr. Tessier's statements were voluntary and thus admissible under the common law confessions rule. The trial judge also considered Mr. Tessier's argument as to whether the police had breached his *Charter*

III. Décisions des juridictions d'instances inférieures

A. *Décision rendue au terme du voir-dire, 2018 ABQB 387 (le juge Yamauchi)*

[23] Un voir-dire préalable au procès a eu lieu pour vérifier si la Couronne s'était acquittée de son fardeau de démontrer que les déclarations de M. Tessier étaient volontaires et donc admissibles suivant la règle des confessions de la common law. Le juge du procès a également examiné l'argument de M. Tessier portant

right to silence and right to counsel and that, as a result, the evidence should be excluded under s. 24(2).

que la police avait porté atteinte à son droit de garder le silence et à son droit à l'assistance d'un avocat garantis par la *Charte* et que, en conséquence, les éléments de preuve devraient être écartés en application du par. 24(2).

[24] In respect of the confessions rule, the trial judge concluded that the statements had been made voluntarily.

[24] En ce qui a trait à la règle des confessions, le juge du procès a conclu que les déclarations avaient été faites volontairement.

[25] He wrote that the policy rationale for the right to silence and the confessions rule "is to prevent the state from receiving false confessions" (para. 16, reproduced in A.R., vol. I, at p. 16). The evaluation of voluntariness is contextual and a court must consider all the relevant factors relating to how the state authorities obtained the statement, including the existence of threats, promises, or inducements; oppressive conditions; the lack of an operating mind; and police trickery (para. 18, citing *Oickle*, at paras. 47-71).

[25] Il a écrit que le droit de garder le silence et la règle des confessions [TRADUCTION] « visaient à éviter que l'État reçoive de fausses confessions » (par. 16, reproduit au d.a., vol. I, p. 16). L'évaluation du caractère volontaire est contextuelle; et le tribunal doit tenir compte de tous les facteurs pertinents liés à la manière dont les autorités de l'État ont obtenu la déclaration, notamment l'existence de menaces, de promesses ou d'encouragements; les conditions oppressives; l'absence d'un état d'esprit conscient; et le recours à des ruses policières (par. 18, citant *Oickle*, par. 47-71).

[26] Based on a review of the relevant evidence, including the recordings of the interviews, the trial judge observed there were no threats, promises or inducements by the police and that no inadmissible or non-existent evidence was used when speaking to Mr. Tessier (paras. 36-37).

[26] Après avoir examiné les éléments de preuve pertinents, y compris les enregistrements des interrogatoires, le juge du procès a noté que la police n'avait pas formulé de menaces, de promesses ou d'encouragements et qu'aucun élément de preuve inadmissible ou inexistant n'avait été utilisé lors de la discussion avec M. Tessier (par. 36-37).

[27] The trial judge considered whether Mr. Tessier lacked an operating mind during the interviews. Pointing to *Whittle*, he wrote that the operating mind "does not imply a higher degree of awareness than knowledge of what the accused is saying", and that they are speaking to police officers who can use it to their detriment (para. 39, citing *Whittle*, at p. 936). Noting that Mr. Tessier was neither impaired by reason of drugs or alcohol, nor suffering from a mental disability, the trial judge concluded that he had the limited degree of cognitive ability associated with an operating mind on the date of the interviews (para. 41).

[27] Le juge du procès s'est demandé si M. Tessier était dans un état d'esprit conscient pendant les interrogatoires. Mentionnant l'arrêt *Whittle*, il a écrit que cet état d'esprit « n'implique pas un degré de conscience plus élevé que la connaissance de ce que l'accusé dit » et qu'il le dit à des policiers qui peuvent s'en servir contre lui (par. 39, citant *Whittle*, p. 936). Après avoir constaté que M. Tessier n'avait pas les facultés affaiblies par la drogue ou l'alcool et qu'il ne souffrait d'aucune déficience mentale, le juge du procès a conclu qu'il avait la capacité cognitive limitée associée à un état d'esprit conscient au moment des interrogatoires (par. 41).

[28] At the time, Mr. Tessier was not a suspect, nor was he arrested or detained. Even if he were a suspect, there was no duty to provide a caution. The

[28] À ce moment-là, M. Tessier n'était pas un suspect, il n'était pas en état d'arrestation et il n'était pas détenu. Même s'il avait été un suspect, les policiers

failure to caution a suspect could unfairly deny the suspect the choice to speak with authorities, which is a factor courts must consider when deciding whether a suspect made a statement voluntarily (para. 45, citing *R. v. Morrison*, [2000] O.J. No. 5733 (QL), 2000 CarswellOnt 5811 (WL) (S.C.J.)). Unfairness did not arise here because there was no misconduct on the part of Sgt. White. Mr. Tessier was not treated oppressively. Sgt. White allowed Mr. Tessier to leave the interview room when he requested to go outside for a cigarette.

n'avaient aucune obligation de le mettre en garde. Le fait de ne pas mettre un suspect en garde peut le priver injustement de son choix de parler ou non aux autorités, un facteur que les tribunaux doivent prendre en compte lorsqu'ils décident si un suspect a fait une déclaration volontairement (par. 45, citant *R. c. Morrison*, [2000] O.J. No. 5733 (QL), 2000 CarswellOnt 5811 (WL) (C.S.J.)). En l'espèce, aucune injustice n'a été commise, puisque le sergent White n'a pas eu de comportement répréhensible. Monsieur Tessier ne s'est pas fait traiter de manière oppressante. Le sergent White a permis à M. Tessier de sortir de la salle d'interrogatoire lorsque ce dernier a demandé à sortir pour fumer une cigarette.

[29] The trial judge concluded the pointed questions asked by Sgt. White were neither aggressive nor intimidating within the meaning of *Oickle* and that, as such, they did not mean that Mr. Tessier was a suspect. He considered Charron J.'s comments in *Singh* that a police caution should be given to a suspect, but noted that it was not a direction (para. 47). Based on the information he had at that point in the investigation, Sgt. White's belief that Mr. Tessier was not culpably involved in the murder of Mr. Berdahl was objectively reasonable (para. 51).

[29] Le juge du procès a conclu que les questions ciblées posées par le sergent White n'étaient ni agressives ni intimidantes au sens de l'arrêt *Oickle* et que, par conséquent, elles ne signifiaient pas que M. Tessier était un suspect. Il a tenu compte des commentaires formulés par la juge Charron dans l'arrêt *Singh* portant qu'une mise en garde policière devrait être faite à un suspect, mais a noté qu'il ne s'agissait pas d'une directive (par. 47). Compte tenu de l'information dont disposait le sergent White à ce stade de l'enquête, il était objectivement raisonnable qu'il croie que M. Tessier n'était pas impliqué de manière répréhensible dans le meurtre de M. Berdahl (par. 51).

[30] The trial judge further held that Mr. Tessier was not detained and, as a result, the rights under s. 10 of the *Charter* did not arise. He specifically rejected the argument that Mr. Tessier had been psychologically detained. Mr. Tessier's presence at the detachment was a response to a police request rather than to a command (para. 66). He arrived by his own means (para. 69). Mr. Tessier had been free to go and, when he did leave, he himself chose to ride with Sgt. White to his truck (para. 71). Informing Mr. Tessier of the right to counsel at this juncture was not required (paras. 82-83).

[30] Le juge du procès a également conclu que M. Tessier n'a pas été détenu et que, par conséquent, les droits garantis par l'art. 10 de la *Charte* ne se soulevaient pas. Il a nommément rejeté l'argument selon lequel M. Tessier a été détenu psychologiquement. En se présentant au détachement, M. Tessier a répondu à une demande de la police et non à une injonction de celle-ci (par. 66). Il est arrivé par ses propres moyens (par. 69). Il était libre de partir et, lorsqu'il est parti, il a lui-même choisi de monter à bord du véhicule du sergent White pour se rendre là où se trouvait sa camionnette (par. 71). Il n'était pas impératif d'informer M. Tessier de son droit à l'assistance d'un avocat à ce moment précis (par. 82-83).

[31] Given the conclusions that Mr. Tessier's statements were made voluntarily and that he was not psychologically detained, the statements were admissible at trial.

[31] Compte tenu des conclusions selon lesquelles les déclarations de M. Tessier ont été faites volontairement et qu'il n'a pas été détenu psychologiquement, les déclarations étaient admissibles au procès.

B. *Court of Appeal of Alberta, 2020 ABCA 289, 12 Alta. L.R. (7th) 55 (Schutz, Khullar and Antonio JJ.A.)*

[32] The Court of Appeal observed that the trial judge made "legal errors" with respect to the confessions rule. On that basis, the appeal was allowed. While the trial judge's decision that the statements were voluntary was a factual one deserving of deference on appeal, the Court of Appeal wrote that "if all of the relevant circumstances are not considered, the [c]ourt owes no deference to the trial judge's conclusion on voluntariness" (para. 23).

[33] By reason of an erroneous understanding of the modern confessions rule, the trial judge did not turn his mind to whether, in the absence of a caution as to the right to silence, Mr. Tessier understood that what he said to police could be used against him, and that he was not obliged to say anything (para. 46). That legal error was traced to the trial judge's failure to recognize the fairness rationale for the confessions rule and the relevance of the repute of the administration of justice. For a statement to be considered voluntary, the Crown must show the accused had a meaningful right to remain silent when questioned by police. Instead, the trial judge wrongly focussed on avoiding false confessions (para. 47) and failed to undertake the contextual analysis of the relevant factors mandated by the jurisprudence (para. 48).

[34] This was most evident in the trial judge's treatment of the operating mind doctrine. It was erroneous, the court said, to conclude that an operating mind requires only a limited degree of cognitive ability to understand what is being said. *Whittle* does not provide a full account of the factors to consider in deciding whether someone has made a meaningful choice to speak to the police (para. 51). Beyond an operating mind, voluntariness also implies "an awareness about what is at stake in speaking to persons in authority, or declining to assist them" (para. 52, citing *R. v. Worrall*, [2002] O.J. No. 2711 (QL), 2002 CarswellOnt 5171 (WL) (S.C.J.), at para. 106). It was

B. *Cour d'appel de l'Alberta, 2020 ABCA 289, 12 Alta. L.R. (7th) 55 (les juges Schutz, Khullar et Antonio)*

[32] Selon la Cour d'appel, le juge du procès a commis des « erreurs de droit » relativement à la règle des confessions. Pour ce motif, elle a accueilli l'appel. Même si la décision du juge du procès selon laquelle les déclarations étaient volontaires était de nature factuelle et commandait la retenue en appel, la Cour d'appel a écrit que [TRADUCTION] « si toutes les circonstances pertinentes ne sont pas prises en considération, la [c]our n'a pas à faire preuve de retenue à l'égard de la conclusion du juge du procès sur le caractère volontaire » (par. 23).

[33] En raison d'une interprétation erronée de la règle des confessions moderne, le juge du procès ne s'est pas demandé si, en l'absence d'une mise en garde quant au droit de garder le silence, M. Tessier comprenait que ce qu'il disait à la police pourrait être utilisé contre lui et qu'il n'était pas obligé de dire quoi que ce soit (par. 46). Cette erreur de droit découlait du fait que le juge du procès n'avait pas reconnu la notion d'équité de la règle des confessions et la pertinence de la considération dont jouit l'administration de la justice. Pour qu'une déclaration soit jugée volontaire, la Couronne doit démontrer que l'accusé avait véritablement le droit de garder le silence lorsqu'il était interrogé par la police. En fait, le juge du procès a commis une erreur en s'employant uniquement à s'assurer de l'absence de fausses confessions (par. 47) et il n'a pas effectué l'analyse contextuelle des facteurs pertinents que prescrit la jurisprudence (par. 48).

[34] La manière dont le juge du procès a examiné la théorie de l'état d'esprit conscient en est l'exemple le plus évident. Selon la Cour d'appel, il était erroné de conclure que le critère de l'état d'esprit conscient n'exige que la capacité cognitive limitée de comprendre ce qui est dit. L'arrêt *Whittle* ne fournit pas une liste exhaustive des facteurs à prendre en considération pour déterminer si une personne a fait un choix utile de parler ou non à la police (par. 51). Au-delà de l'état d'esprit conscient, le caractère volontaire suppose [TRADUCTION] « une conscience de ce qui est en jeu lorsqu'on parle à des personnes en autorité ou qu'on refuse de les aider » (par. 52,

never in dispute that Mr. Tessier possessed minimal cognitive capacity. However, the trial judge did not address whether Mr. Tessier "made a meaningful choice to speak to the police *knowing* that *he was not required* to answer police questions, or that *anything* he did say would be taken down and *could be used in evidence*" (para. 54 (emphasis in original)).

citant *R. c. Worrall*, [2002] O.J. No. 2711 (QL), 2002 CarswellOnt 5171 (WL) (C.S.J.), par. 106). Il n'a jamais été contesté que M. Tessier avait la capacité cognitive minimale nécessaire. Cependant, le juge du procès n'a pas examiné la question de savoir si M. Tessier [TRADUCTION] « avait fait un choix utile de parler à la police *en sachant* qu'*il n'était pas obligé* de répondre aux questions de cette dernière ou que *tout* ce qu'il dirait serait consigné par écrit et *pourrait servir de preuve* » (par. 54 (en italique dans l'original)).

[35] The trial judge also erred by elevating the "suspect" rule of thumb to a legal test, in particular in respect of the relevance of the absence of a caution. Undue emphasis was placed on the fact that Sgt. White did not subjectively perceive Mr. Tessier as a suspect, and thus was not required to provide a caution (para. 55).

[35] Le juge du procès a également commis une erreur en élevant la règle empirique du statut de « suspect » au rang de critère juridique, surtout en ce qui a trait à la pertinence de l'absence d'une mise en garde. Le juge du procès a accordé une importance excessive au fait que le sergent White ne considérait subjectivement pas M. Tessier comme un suspect et qu'il n'était donc pas tenu de lui faire une mise en garde (par. 55).

[36] A new trial was thus required to consider whether, in the absence of a caution, Mr. Tessier had made a meaningful choice to speak to the police (para. 60).

[36] Un nouveau procès était donc nécessaire pour déterminer si, en l'absence d'une mise en garde, M. Tessier avait fait un choix utile de parler ou non à la police (par. 60).

[37] The court briefly discussed the psychological detention issue, but chose not to resolve it. It noted that it was not necessarily an error to consider the factors outlined in earlier cases, provided full consideration is given to the factors in *R. v. Grant*, 2009 SCC 32, [2009] 2 S.C.R. 353, in answering the key question: Would the police conduct cause a reasonable person to conclude that he or she was not free to go and had to comply with the police direction (para. 69)?

[37] La Cour d'appel a examiné brièvement la question de la détention psychologique, mais a décidé de ne pas la trancher. Elle a fait remarquer qu'il n'était pas nécessairement erroné de tenir compte des facteurs énoncés dans des jugements antérieurs, à condition de tenir pleinement compte des facteurs exposés dans l'arrêt *R. c. Grant*, 2009 CSC 32, [2009] 2 R.C.S. 353, pour répondre à la question fondamentale suivante : La conduite policière inciterait-elle une personne raisonnable à conclure qu'elle n'est pas libre de partir et qu'elle doit obtempérer à l'ordre de la police (par. 69)?

IV. Issues

IV. Questions en litige

[38] This appeal raises the following two issues:

[38] Le présent pourvoi soulève les deux questions suivantes :

- Firstly, in the pre-detention phase of the criminal investigation, how did the absence of a caution

- Premièrement, à l'étape de l'enquête criminelle qui a précédé la détention, quelle a été l'incidence

during police questioning affect the voluntariness of Mr. Tessier's statements under the confessions rule? Was he unfairly denied a meaningful choice to speak to police such that his statements must be considered as involuntary and thus inadmissible?

- Secondly, was Mr. Tessier psychologically detained in breach of his *Charter* rights and, if so, what impact did that have on the admissibility of his statements? In particular, should attendance at a police station for an officer-requested meeting be treated as a detention, absent steps taken by the police to communicate the contrary?

[39] There is overlap between these matters but it is useful to address the voluntariness question first. The confessions rule protects the right to silence at all times during an investigation whether or not the interviewee is in detention, whereas the residual *Charter* protections of the s. 7 right to silence arise only on detention (*Singh*, at para. 32; see also G. T. Trotter, "The Limits of Police Interrogation: The Limits of the Charter" (2008), 40 *S.C.L.R.* (2d) 293, at p. 302). I will address Mr. Tessier's psychological detention argument and whether he met the burden that falls to him to show a breach of the *Charter*. However, in light of the Crown's burden to show voluntariness under the confessions rule at common law, I find it convenient first to address his voluntariness claim which arises in the context of pre-detention investigative questioning by the police, including his argument that he was a suspect at the time. The burden rests with the Crown to prove beyond a reasonable doubt that the pre-detention statements were voluntary. If it succeeds, there will be no breach of his s. 7 right to silence protected by the *Charter* because Mr. Tessier will have exercised a free choice to speak (*Singh*, at para. 25; *R. v. Hebert*, [1990] 2 S.C.R. 151, at p. 184; *R. v. Timm* (1998), 131 C.C.C. (3d) 306 (Que. C.A.)). The issue as to whether Mr. Tessier was psychologically detained and, if so, whether a breach of his s. 10(b) *Charter* right

de l'absence d'une mise en garde pendant l'interrogatoire policier sur le caractère volontaire des déclarations de M. Tessier suivant la règle des confessions? A-t-il été injustement privé d'un choix utile de parler ou non à la police, de sorte que ses déclarations doivent être jugées involontaires et donc inadmissibles?

- Deuxièmement, M. Tessier a-t-il été détenu psychologiquement en violation de ses droits garantis par la *Charte* et, le cas échéant, quelle en a été l'incidence sur l'admissibilité de ses déclarations? Plus particulièrement, le fait de participer à une rencontre à la demande d'un policier dans un poste de police devrait-il être considéré comme une détention, en l'absence de mesures prises par la police pour communiquer le contraire?

[39] Ces questions se recoupent, mais il est utile d'examiner en premier la question du caractère volontaire. La règle des confessions protège le droit de garder le silence à tout moment pendant une enquête, peu importe que la personne interrogée soit détenue ou non, tandis que les protections résiduelles prévues par la *Charte* accordées au droit de garder le silence par l'art. 7 n'entrent en jeu qu'après la mise en détention (*Singh*, par. 32; voir aussi G. T. Trotter, « The Limits of Police Interrogation : The Limits of the Charter » (2008), 40 *S.C.L.R.* (2d) 293, p. 302). J'examinerai l'argument de M. Tessier sur la détention psychologique ainsi que la question de savoir s'il s'est acquitté de son fardeau de démontrer une violation de la *Charte*. Cependant, compte tenu du fardeau qu'a la Couronne de démontrer le caractère volontaire suivant la règle des confessions de la common law, je juge approprié d'examiner d'abord l'argument de M. Tessier sur le caractère volontaire dans le contexte d'un interrogatoire policier mené à l'étape de l'enquête qui précède la détention, y compris son argument portant qu'il était un suspect à ce moment-là. Il incombe à la Couronne de prouver hors de tout doute raisonnable que les déclarations faites avant la détention étaient volontaires. Si elle réussit, cela signifie que le droit de M. Tessier de garder le silence garanti par l'art. 7 de la *Charte* n'a pas été

to counsel warrants the exclusion of the statements from evidence at trial will be examined thereafter.

violé, car il a librement choisi de parler (*Singh*, par. 25; *R. c. Hebert*, [1990] 2 R.C.S. 151, p. 184; *Timm c. La Reine*, [1998] R.J.Q. 3000 (C.A.)). La question de savoir si M. Tessier a été détenu psychologiquement et, si oui, celle de savoir si une violation de son droit à l'assistance d'un avocat garanti par l'al. 10b) de la *Charte* justifie d'écarter les déclarations de la preuve au procès seront examinées par la suite.

V. Analysis

V. Analyse

[40] As a preliminary matter, I propose to address the Court of Appeal's conclusion that the trial judge committed reviewable errors of law. I am of the respectful view that the Court of Appeal was mistaken to order a new trial on this basis. Clarifying this at the start helps bring into focus the key issues in the case: the impact of the lack of caution on the choice to speak to police in the pre-detention phase of the criminal investigation and the question of Mr. Tessier's psychological detention at the police station.

[40] À titre préliminaire, je propose d'examiner la conclusion de la Cour d'appel selon laquelle le juge du procès a commis des erreurs de droit révisables. Avec égards, je suis d'avis que la Cour d'appel a eu tort d'ordonner la tenue d'un nouveau procès pour ce motif. Clarifier ce point dès le départ permet de mettre en évidence les principales questions en litige : celle de l'incidence de l'absence d'une mise en garde sur le choix de parler ou non à la police à l'étape de l'enquête criminelle qui précède la détention, et celle de la détention psychologique de M. Tessier au poste de police.

A. *Correctness of the Trial Judge's Reasons*

A. *Le bien-fondé des motifs du juge du procès*

(1) Submissions of the Parties and Standard of Review

(1) Observations des parties et norme de contrôle

[41] The Crown defends the trial judge's reasons and says he made no reviewable errors in law. In its submission, the Court of Appeal itself erred in law in its discussion of the concept of meaningful choice and, in particular, of the operating mind doctrine. The court introduced a higher standard by which the Crown must effectively provide proof of actual, subjective knowledge — proof beyond a reasonable doubt that the accused knew they did not have to say anything to police and that anything said could be taken down and used in evidence. By misidentifying the operating mind test set by this Court in *Whittle* and confirmed in *Oickle*, the Court of Appeal wrongly applied what amounts to a waiver standard to proof of voluntariness: it inadvertently created a requirement by which police must caution individuals even when they are not detained or even suspected of committing an offence. A waiver standard, under which an absolute right to

[41] La Couronne défend les motifs du juge du procès et soutient qu'il n'a commis aucune erreur de droit révisable. Selon elle, la Cour d'appel elle-même a commis une erreur de droit dans son analyse du concept de choix utile et, plus particulièrement, de la théorie de l'état d'esprit conscient. Elle a introduit une norme plus exigeante suivant laquelle la Couronne doit, au bout du compte, prouver une connaissance véritable subjective, c'est-à-dire prouver hors de tout doute raisonnable que l'accusé savait qu'il n'était pas obligé de parler à la police et que tout ce qu'il dirait pourrait être consigné par écrit et servir de preuve. En interprétant mal le critère de l'état d'esprit conscient établi par notre Cour dans l'arrêt *Whittle* et confirmé dans l'arrêt *Oickle*, la Cour d'appel a appliqué erronément ce qui équivaut à une norme de renonciation à l'exigence de prouver le caractère volontaire : elle a créé, par inadvertance, une exigence selon laquelle la

silence is assumed and all statements are excluded unless the right has been waived by the accused, was explicitly rejected by McLachlin J. in *Hebert*, who said "[t]here is nothing in the rules underpinning the s. 7 right to silence or other provisions of the *Charter* that suggests that the scope of the right to silence should be extended this far" (p. 183). It risks stifling basic and uncontroversial police practices and upsets the balance between the social interest in investigating crime and the legitimate aspects of the confessions rule that serve to protect the accused. The trial judge, it says, applied the correct legal principles and deference should be shown to his findings of fact, absent proof of a palpable and overriding error.

police doit mettre en garde toutes les personnes qu'elle interroge, même lorsqu'elles ne sont ni détenues ni même soupçonnées d'avoir commis une infraction. Dans l'arrêt *Hebert*, la juge McLachlin a expressément rejeté une telle norme de renonciation, laquelle reconnaît un droit absolu de garder le silence et prévoit d'écarter toutes les déclarations, à moins que l'accusé n'ait renoncé à son droit de garder le silence. Selon elle, « [r]ien dans les règles qui étayent le droit de garder le silence à l'art. 7 ou les autres dispositions de la *Charte* ne laisse entendre que la portée du droit de garder le silence devrait être étendue à ce point » (p. 183). Une telle norme risquerait d'entraver des pratiques policières fondamentales et incontestées, et perturberait l'équilibre entre l'intérêt de la société à enquêter sur les crimes et les aspects légitimes de la règle des confessions visant la protection de l'accusé. La Couronne soutient que le juge du procès a appliqué les bons principes de droit et que, en l'absence de preuve d'une erreur manifeste et dominante, il faudrait faire preuve de retenue à l'égard de ses conclusions de fait.

[42] Mr. Tessier defends the Court of Appeal's identification of legal errors that, he says, undermined the trial judge's conclusion on voluntariness. The trial judge took a restrictive view of the confessions rule linked exclusively to the reliability of the statement made. He neglected fairness considerations that require the Crown to show that persons interviewed by police should be informed of their right to silence and provided with a free and meaningful choice to speak to police as a measure of voluntariness. The trial judge erred in respect of the operating mind doctrine by tying it to the requirement of limited cognitive ability. As the Court of Appeal observed, a meaningful choice to speak to the authorities commands not just limited cognitive ability, but also an awareness of what is at stake when making a statement to a person in authority. This includes an assessment of an interviewee's actual knowledge of their right to silence. When an interviewee's liberty is potentially in jeopardy, the police should provide a caution prior to questioning. In these circumstances, a person must have a meaningful choice to speak based on information about their corresponding legal rights. Admissibility should turn on the exercise of this

[42] Monsieur Tessier défend ce que la Cour d'appel a estimé être des erreurs de droit, lesquelles, selon lui, ont miné la conclusion du juge du procès concernant le caractère volontaire. Le juge du procès a adopté une interprétation restrictive de la règle des confessions fondée uniquement sur la fiabilité de la déclaration en cause. Il n'a pas tenu compte des considérations liées à l'équité, lesquelles exigent que la Couronne démontre, à titre de mesure du caractère volontaire, que les personnes interrogées par la police ont été informées de leur droit de garder le silence et ont disposé d'un choix libre et utile de parler ou non à la police comme mesure du caractère volontaire. Le juge du procès a commis une erreur à l'égard de la théorie de l'état d'esprit conscient en la rattachant à l'exigence d'une capacité cognitive limitée. Comme l'a fait remarquer la Cour d'appel, un choix utile de parler aux autorités exige non seulement une capacité cognitive limitée, mais également une conscience de ce qui est en jeu lorsque l'on fait une déclaration à une personne en autorité. Cela suppose également d'évaluer la connaissance véritable qu'a une personne interrogée de son droit de garder le silence. Lorsque la liberté d'une personne interrogée est potentiellement

meaningful choice irrespective of whether a person is a suspect, person of interest, or witness.

[43] It is noteworthy that before the Court of Appeal, Mr. Tessier argued that the trial judge erred in finding that Sgt. White did not suspect that he was involved in the homicide and that the trial judge gave "insufficient weight" to the fact that police did not caution him (para. 22). Even as he defends the judgment of the Court of Appeal, Mr. Tessier renews those arguments before this Court. These arguments allege essentially errors of fact and errors of mixed law and fact in the measure of voluntariness. A finding of voluntariness calls for deference unless it can be shown that it represents a palpable and overriding error (*Oickle*, at paras. 22 and 71; see also *Singh*, at para. 51; *R. v. Ewert*, [1992] 3 S.C.R. 161, at p. 162; *Ward v. The Queen*, [1979] 2 S.C.R. 30, at pp. 41-42; *Mom v. R.*, 2018 QCCA 1381, at para. 23 (CanLII); *Legault v. R.*, 2017 QCCA 1769, at para. 3 (CanLII); *R. v. D.N.*, 2018 BCCA 18, 358 C.C.C. (3d) 471, at para. 62; *R. v. Cunningham*, 2017 ABCA 169, 349 C.C.C. (3d) 82, at para. 4). An appellate court may only intervene where the error is "overriding and determinative in the assessment of the balance of probabilities with respect to that factual issue" (*Schwartz v. Canada*, [1996] 1 S.C.R. 254, at para. 35). The standard of review associated with the finding of voluntariness is tied to the idea that the analysis under the confessions rule must be a contextual one in which bright-line rules are few. Where the law is properly understood and the relevant circumstances considered, the trial judge is best placed to measure that context and make the relevant findings.

compromise, la police devrait faire une mise en garde avant l'interrogatoire. Dans ces circonstances, une personne doit avoir un choix utile de parler ou non fondé sur de l'information concernant ses droits correspondants. L'admissibilité de ses déclarations devrait dépendre de l'exercice de ce choix utile, et ce, que la personne soit un suspect, une personne d'intérêt ou un témoin.

[43] Il convient de souligner que, devant la Cour d'appel, M. Tessier a fait valoir que le juge du procès a commis une erreur en concluant que le sergent White ne soupçonnait pas qu'il était impliqué dans l'homicide et que le premier juge a accordé un [TRADUCTION] « poids insuffisant » au fait que la police ne l'a pas mis en garde (par. 22). Alors même qu'il défend l'arrêt de la Cour d'appel, M. Tessier réitère ces arguments devant notre Cour. Il allègue essentiellement des erreurs de fait et des erreurs mixtes de droit et de fait dans l'évaluation du caractère volontaire. Une conclusion à l'égard du caractère volontaire commande la retenue, à moins qu'il puisse être démontré qu'elle constitue une erreur manifeste et dominante (*Oickle*, par. 22 et 71; voir aussi *Singh*, par. 51; *R. c. Ewert*, [1992] 3 R.C.S. 161, p. 162; *Ward c. La Reine*, [1979] 2 R.C.S. 30, p. 41-42; *Mom c. R.*, 2018 QCCA 1381, par. 23 (CanLII); *Legault c. R.*, 2017 QCCA 1769, par. 3 (CanLII); *R. c. D.N.*, 2018 BCCA 18, 358 C.C.C. (3d) 471, par. 62; *R. c. Cunningham*, 2017 ABCA 169, 349 C.C.C. (3d) 82, par. 4). Un tribunal d'appel ne peut intervenir que lorsque l'erreur est « dominant[e] et déterminant[e] dans l'appréciation de la prépondérance des probabilités relativement à cette question de fait » (*Schwartz c. Canada*, [1996] 1 R.C.S. 254, par. 35). La norme de contrôle applicable à la conclusion sur le caractère volontaire est liée à l'idée que l'analyse qui doit être faite en application de la règle des confessions est une analyse contextuelle où les règles rigides sont peu nombreuses. Lorsque le droit est bien interprété et que les circonstances pertinentes sont examinées, le juge du procès est le mieux placé pour évaluer ce contexte et tirer les conclusions pertinentes.

(2) The Trial Judge Did Not Err in Law

[44] The Court of Appeal identified three errors of law committed by the trial judge. First, it said he overlooked the fairness rationale for the confessions rule (see paras. 6 and 47). Second, he adopted a flawed understanding of the operating mind doctrine which he confined to whether the individual had basic cognitive capacity. The trial judge is said to have ignored whether Mr. Tessier made a meaningful choice to speak based on an awareness of what was at stake (see paras. 50-52). And third, he erred in law when he decided that because Sgt. White did not subjectively perceive Mr. Tessier as a suspect, he was not required to give him a caution and that, as a result, the absence of a caution did not impact on voluntariness (see para. 55).

[45] While the criticism of some of the trial judge's imprecise statements of the law relating to confessions is not unfounded, I respectfully disagree with the Court of Appeal that these reflected "legal errors" that warranted appellate intervention. Appellate courts charged with reviewing the work of trial judges should not read single sentences in isolation, however incongruous they might seem standing alone as statements of the law. A court of appeal must consider the law as it is presented in the whole of the judgment under review (see, e.g., *R. v. R.E.M.*, 2008 SCC 51, [2008] 3 S.C.R. 3, at para. 16). In light of the presumption that a judge knows the law, including the settled principles of law with which they are regularly confronted, this is the right course for appellate review for weighing supposed errors of law as well as those of fact (see *R.E.M.*, at para. 45; *R. v. Burns*, [1994] 1 S.C.R. 656, at p. 664; *R. v. Sheppard*, 2002 SCC 26, [2002] 1 S.C.R. 869, at para. 54).

[46] Read as a whole, the trial judgment here indicates plainly that the judge identified the correct legal

(2) Le juge du procès n'a commis aucune erreur de droit

[44] La Cour d'appel a relevé trois erreurs de droit commises par le juge du procès. Premièrement, elle a indiqué qu'il n'avait pas tenu compte de la notion d'équité quant à la règle des confessions (voir par. 6 et 47). Deuxièmement, il s'est mépris dans son interprétation de la théorie de l'état d'esprit conscient, qu'il a restreinte à la question de savoir si la personne avait une capacité cognitive minimale. La Cour d'appel a affirmé que le juge du procès ne s'était pas demandé si M. Tessier avait fait un choix utile de parler ou non en étant conscient de ce qui était en jeu (voir par. 50-52). Troisièmement, le juge du procès a fait erreur en droit en concluant que comme le sergent White ne considérait subjectivement pas M. Tessier comme un suspect, il n'était pas tenu de lui faire une mise en garde et que, par conséquent, l'absence d'une mise en garde n'avait eu aucune incidence sur le caractère volontaire (voir par. 55).

[45] Bien que les critiques visant certains énoncés de droit imprécis formulés par le juge du procès concernant la règle des confessions ne soient pas sans fondement, je ne suis pas d'accord avec la Cour d'appel que ces énoncés constituaient des « erreurs de droit » qui justifiaient son intervention. Un tribunal d'appel chargé de contrôler la décision d'un juge de première instance ne devrait pas lire chaque phrase en vase clos, aussi incongrue puisse-t-elle paraître en tant qu'énoncé de droit isolé. Un tribunal d'appel doit examiner le droit tel qu'il est présenté dans l'ensemble du jugement faisant l'objet d'un contrôle (voir, p. ex., *R. c. R.E.M.*, 2008 CSC 51, [2008] 3 R.C.S. 3, par. 16). Comme un juge est censé connaître le droit, y compris les principes de droit établis qu'il doit appliquer régulièrement, c'est de cette façon que doit procéder un tribunal d'appel lorsqu'il évalue des erreurs alléguées de droit et de fait (voir *R.E.M.*, par. 45; *R. c. Burns*, [1994] 1 R.C.S. 656, p. 664; *R. c. Sheppard*, 2002 CSC 26, [2002] 1 R.C.S. 869, par. 54).

[46] En l'espèce, il ressort clairement de la lecture du jugement de première instance dans son ensemble

principles and did not commit reviewable errors of law in the manner identified in *Oickle*, at para. 22. I propose to turn briefly to each of the supposed legal errors to explain why there were none. In my respectful view, the complaints that he was insufficiently attentive to fairness considerations, or erred in weighing whether Mr. Tessier had an operating mind, are determinations bearing on whether the statements given were voluntary, which are questions of fact.

(a) *The Fairness Error*

[47] While it is true that the trial judge did not mention the fairness rationale for the confessions rule at para. 16, his incomplete statement is not a reviewable error of law when read in light of the balance of his reasons. The trial judge cited and applied fairness principles throughout his judgment.

[48] The trial judge considered *Whittle* at length, a case, as Sopinka J. emphasized at p. 932, that recognized the strong undercurrent of fairness to the accused in the criminal process as part of the confessions rule. The trial judge quoted extensively from *Morrison*, a case principally about fairness, including excerpts where the judge in that decision recognized that suspects have a right to choose freely whether to speak to the authorities or remain silent (para. 43, citing *Morrison*, at para. 57). Most importantly, the trial judge drew from the holding in *Morrison* that the failure to caution must "effectively and unfairly deny the suspect the choice" to speak and concluded that Mr. Tessier had not been treated unfairly in all of the circumstances (paras. 45-46, citing *Morrison*, at para. 57). Moreover, the trial judge asked the ultimate question posed by Charron J. at para. 53 in *Singh*, namely whether the accused exercised free will by choosing to make a statement. He also considered police trickery at para. 21, the branch of the confessions rule generally associated with fairness (*Oickle*, at para. 69; see also L. Dufraimont, "The Common Law Confessions Rule in the Charter Era: Current

que le juge a correctement identifié les principes de droit applicables et qu'il n'a commis aucune erreur de droit révisable tel qu'entendu au par. 22 de l'arrêt *Oickle*. Je propose d'examiner brièvement chacune des erreurs alléguées de droit pour expliquer pourquoi il n'y en a eu aucune. À mon avis, les critiques selon lesquelles le juge du procès n'a pas accordé suffisamment d'attention aux considérations liées à l'équité ou qu'il a commis une erreur en décidant si M. Tessier était dans un état d'esprit conscient portent en fait sur le caractère volontaire des déclarations, une question de fait.

a) *L'erreur relative à l'équité*

[47] Bien que le juge du procès n'ait certes pas mentionné la notion d'équité de la règle des confessions au par. 16 de ses motifs, son énoncé incomplet ne constitue pas une erreur de droit révisable lorsqu'il est lu à la lumière du reste de ses motifs. Le juge du procès a cité et appliqué des principes d'équité tout au long de son jugement.

[48] Le juge du procès a longuement examiné l'arrêt *Whittle*, une affaire où, comme l'a souligné le juge Sopinka à la p. 932, l'équité envers l'accusé a été reconnue comme un fondement important qui sous-tend la règle des confessions dans le processus en matière criminelle. Le juge du procès a cité de longs passages tirés de la décision *Morrison* — une affaire portant principalement sur l'équité —, y compris des extraits où le juge a reconnu que les suspects ont le droit de choisir librement de parler aux autorités ou de garder le silence (par. 43, citant *Morrison*, par. 57). Fait important, le juge du procès a inféré de la décision *Morrison* que l'absence d'une mise en garde doit [TRADUCTION] « effectivement et inéquitablement priver le suspect du choix » de parler ou non, et a conclu que M. Tessier n'avait pas été traité inéquitablement compte tenu de toutes les circonstances (par. 45-46, citant *Morrison*, par. 57). De plus, le juge du procès a posé la question ultime soulevée par la juge Charron au par. 53 de l'arrêt *Singh*, soit celle de savoir si l'accusé a usé de son libre arbitre en choisissant de faire une déclaration. Au paragraphe 21, il a également examiné la

Law and Future Directions" (2008), 40 *S.C.L.R.* (2d) 249, at pp. 253-54).

[49] Despite an incomplete statement of the confessions rule at para. 16, these aspects of the trial judge's analysis show an adequate engagement with the legal principles that include fairness as a rationale for the confessions rule. Whether fairness was given sufficient weight is a distinct matter — a question of fact, reviewable on a different standard — from the identification of fairness as a rationale of the legal test. No reviewable error was made on this point.

(b) *The Operating Mind Error*

[50] The Court of Appeal says at para. 50 of its reasons that the trial judge failed to apply the operating mind test set forth in *Whittle*. It is true that, at one point in his judgment, the trial judge appears to embrace a narrow understanding of the test, pared down to the question of whether an interviewee has a "limited degree of cognitive ability to understand what he is saying" (para. 41). But as the Court of Appeal itself recognized, the trial judge quoted more liberally from *Whittle*, at para. 38, including the relevant dicta that an accused not only have the ability to understand what they are saying, but also the ability to comprehend that the statement may be used as evidence in criminal proceedings.

[51] It appears to me that the Court of Appeal's objection to the trial judge's reasons in this regard is its sense that *Whittle*, contrary to the trial judge's understanding of this point of law, "does not address what factors to consider in deciding whether someone made a meaningful choice" (para. 51). Yet as *Whittle* suggests at p. 932 of Sopinka J.'s reasons,

question des ruses policières, le volet de la règle des confessions généralement associé à l'équité (*Oickle*, par. 69; voir aussi L. Dufraimont, « The Common Law Confessions Rule in the Charter Era : Current Law and Future Directions » (2008), 40 *S.C.L.R.* (2d) 249, p. 253-254).

[49] Malgré un énoncé incomplet de la règle des confessions au par. 16 de ses motifs, ces aspects de l'analyse du juge du procès illustrent une compréhension adéquate des principes de droit, notamment de l'équité comme raison d'être de la règle des confessions. La question de savoir si le juge du procès a accordé suffisamment de poids à la notion d'équité est une question distincte — une question de fait, susceptible de contrôle selon une norme différente — de celle liée à la désignation de l'équité comme raison d'être du critère juridique. Aucune erreur révisable n'a été commise sur ce point.

b) *L'erreur relative à l'état d'esprit conscient*

[50] Au paragraphe 50 de ses motifs, la Cour d'appel écrit que le juge du procès n'a pas appliqué le critère de l'état d'esprit conscient énoncé dans l'arrêt *Whittle*. Il est vrai qu'à un certain point dans son jugement, le juge du procès semble adopter une interprétation étroite du critère, le limitant à la question de savoir si une personne interrogée a une [TRADUCTION] « capacité cognitive limitée de comprendre ce qu'[elle] dit » (par. 41). Cependant, comme l'a elle-même reconnu la Cour d'appel, le juge du procès a cité de façon plus libérale l'arrêt *Whittle*, au par. 38, notamment la remarque incidente pertinente portant qu'un accusé doit avoir la capacité non seulement de comprendre ce qu'il dit, mais également de comprendre que sa déclaration pourrait servir de preuve dans des procédures criminelles.

[51] Il semble que l'objection soulevée par la Cour d'appel quant aux motifs du juge du procès à cet égard tient à son impression que l'arrêt *Whittle*, contrairement à la compréhension qu'a le juge du procès de ce point de droit, [TRADUCTION] « ne traite pas des facteurs à prendre en considération pour décider si une personne a fait un choix utile » (par. 51). Toutefois,

the confessions rule, the right to silence and the right to counsel are together concerned with "preserving for the suspect the right to choose" and whether "the action of police authorities deprive[d] the suspect of making an effective choice by reason of coercion, trickery or misinformation or the lack of information". In *Whittle*, it was determined that the operating mind consideration of the voluntariness test requires proof that the accused was capable of making a meaningful choice to speak to the police and that the choice was not improperly influenced by state action. The trial judge's determination of the law relating to the operating mind was, when the judgment is read as a whole, not mistaken in a material way.

[52] Respectfully, the cases do not support the Court of Appeal's wider interpretation of the operating mind doctrine. In the context of a detained or arrested suspect, the cases that employ the language of "choice" use it as a shorthand for voluntariness, to speak to the idea that a voluntary statement reflects an exercise of free choice which choice may be frustrated by the conduct of police (*Boudreau*, at pp. 269-71; *Whittle*, at pp. 932 and 939; *Hebert*, at p. 181; see also *Oickle*, at paras. 24-26; *Singh*, at paras. 35 and 53). The terms variously used in these cases, including "free", "active" and "meaningful" choice, are not predicated on any normative difference existing between them. All have been invoked in the jurisprudence to convey that the choice is voluntarily exercised when it is the product of an operating mind, as well as the absence of other factors as the context indicates, including police tricks, that would otherwise impugn voluntariness. As to the operating mind cases, they merely refer to the limited cognitive ability of a person to comprehend, in the case of *Horvath v. The Queen*, [1979] 2 S.C.R. 376, the police caution or, in the case of *Whittle*, what is being said and that it may be used as evidence in criminal proceedings (*Horvath*, at p. 425; *Whittle*, at p. 939; see also *Ward*; *R. v. Love*, 2020 ABQB 689, 21 Alta. L.R. (7th) 248, at para. 53). The default assumption in the cases is that, absent a cognitive impairment,

comme le laisse entendre le juge Sopinka dans l'arrêt *Whittle*, à la p. 932, la règle des confessions, le droit de garder le silence et le droit à l'assistance d'un avocat visent, ensemble, à « préserver le droit du suspect de faire un choix » et de déterminer si « [l]es actes des autorités policières on[t] empêché le suspect de faire un véritable choix en raison d'une contrainte, d'une ruse ou d'une information inexacte ou inexistante ». Dans l'arrêt *Whittle*, il a été décidé que le volet du test du caractère volontaire qui se rattache à l'état d'esprit conscient exige de démontrer que l'accusé était en mesure de faire un choix utile de parler ou non à la police et que ce choix n'a pas été indûment influencé par les actes de l'État. Lorsque la décision est lue dans son ensemble, l'énoncé de droit du juge du procès concernant l'état d'esprit conscient ne comporte pas d'erreur importante.

[52] Avec égards, la jurisprudence n'étaye pas l'interprétation plus large que fait la Cour d'appel de la théorie de l'état d'esprit conscient. Dans le cas d'un détenu ou d'un suspect arrêté, la jurisprudence qui utilise le terme « choix » l'emploie pour désigner le caractère volontaire et traiter de l'idée qu'une déclaration volontaire reflète l'exercice d'un libre choix que le comportement de la police pourrait entraver (*Boudreau*, p. 269-271; *Whittle*, p. 932 et 939; *Hebert*, p. 181; voir aussi *Oickle*, par. 24-26; *Singh*, par. 35 et 53). Dans ces arrêts, les divers termes utilisés, notamment un choix « libre », « fait activement » et « utile », ne supposent aucune différence sur le plan normatif. Ils ont tous été employés pour communiquer l'idée que le choix est exercé volontairement lorsqu'il est le produit d'un état d'esprit conscient et qu'il n'y a pas d'autres facteurs, selon le contexte — par exemple des artifices utilisés par les policiers —, qui viendraient par ailleurs mettre en doute le caractère volontaire. La jurisprudence portant sur l'état d'esprit conscient ne mentionne pour sa part que la capacité cognitive limitée d'une personne de comprendre, dans le cas de l'arrêt *Horvath c. La Reine*, [1979] 2 R.C.S. 376, la mise en garde policière ou, dans le cas de l'arrêt *Whittle*, ce qui est dit et le fait que la déclaration pourrait servir de preuve dans des procédures criminelles (*Horvath*, p. 425; *Whittle*, p. 939; voir aussi *Ward*; *R. c. Love*, 2020 ABQB 689, 21

an operating mind exists. But the burden always rests with the Crown to show, beyond a reasonable doubt, that the statement was voluntary in light of the broader contextual analysis proposed in *Oickle*. An operating mind is of course a necessary but not sufficient condition.

[53] The statements concerning a free choice in the decided cases have been carefully tempered. Sopinka J. in *Whittle* explained that an accused is not entitled to a good or wise choice (p. 939). In doing so, he "implicitly rejected" the suggestion, as authors S. Penney, V. Rondinelli and J. Stribopoulos note, "that voluntariness might require a more thorough understanding of the consequence of speech" (*Criminal Procedure in Canada* (3rd ed. 2022), at ¶4.20, citing *Clarkson v. The Queen*, [1986] 1 S.C.R. 383, at pp. 393-95; *R. v. MacDonald-Pelrine*, 2014 NSCA 6, 339 N.S.R. (2d) 277, at para. 38; see also H. Parent, *Traité de droit criminel*, t. IV, *Les garanties juridiques* (2nd ed. 2021), at pp. 61-62). Previously, McLachlin J. in *Hebert* — who, parenthetically, subscribed to the opinion of Sopinka J. in *Whittle* — was quick to note that proof of subjective knowledge could prove to be an "impossible task", and therefore should not form a part of what constitutes a choice to speak or remain silent (p. 177). In the particular context of a detainee tricked into confessing to an undercover police officer, she observed that a suspect's choice is informed by the right to counsel, a *Charter* right which only arises upon detention. In other words, it is the exercise of the right to counsel upon detention which informs the right to choose, rather than any state of legal or other knowledge held by a person the moment they interact with police. The cases seek to preserve the balance between the right to silence and the legitimate law enforcement objectives of the state, which is why the language of meaningful, free or active choice has emphasized the overall voluntariness of the statement, rather than a minimum level of subjective knowledge. Indeed, the Court of Appeal rightly recognized that the latter approach

Alta. L.R. (7th) 248, par. 53). Dans ces décisions, il est tenu pour acquis par défaut qu'en l'absence d'une déficience cognitive, l'accusé est dans un état d'esprit conscient. Néanmoins, il incombe toujours à la Couronne de prouver, hors de tout doute raisonnable, que la déclaration était volontaire à la lumière de l'analyse contextuelle plus large préconisée dans l'arrêt *Oickle*. L'état d'esprit conscient est certes une condition nécessaire, mais pas suffisante.

[53] Dans la jurisprudence, les énoncés concernant le libre choix ont été nuancés avec soin. Dans l'arrêt *Whittle*, le juge Sopinka a expliqué qu'un accusé n'a pas à être en mesure de faire un choix bon ou sage (p. 939). Comme l'ont fait remarquer les auteurs S. Penney, V. Rondinelli et J. Stribopoulos, en faisant cette affirmation, il [TRADUCTION] « a implicitement rejeté » la suggestion « selon [laquelle] le caractère volontaire peut nécessiter une compréhension plus approfondie des conséquences de la prise de parole » (*Criminal Procedure in Canada* (3e éd. 2022), ¶4.20, citant *Clarkson c. La Reine*, [1986] 1 R.C.S. 383, p. 393-395; *R. c. MacDonald-Pelrine*, 2014 NSCA 6, 339 N.S.R. (2d) 277, par. 38; voir aussi H. Parent, *Traité de droit criminel*, t. IV, *Les garanties juridiques* (2e éd. 2021), p. 61-62). Auparavant, dans l'arrêt *Hebert*, la juge McLachlin — qui, je le souligne, a souscrit aux motifs du juge Sopinka dans l'arrêt *Whittle* — n'avait pas tardé à souligner que prouver la connaissance subjective pourrait s'avérer une « tâche impossible », et qu'il ne faudrait donc pas exiger cette preuve pour pouvoir conclure à l'existence d'un choix de parler ou de garder le silence (p. 177). Dans le cas particulier d'un détenu qui, au moyen d'un artifice, est amené à faire une confession à un agent de police banalisé, elle a fait remarquer que le choix d'un suspect est fondé sur le droit à l'assistance d'un avocat, un droit qui est garanti par la *Charte* et qui ne prend naissance qu'au moment de la mise en détention. Autrement dit, c'est l'exercice du droit à l'assistance d'un avocat au moment de la mise en détention qui sous-tend le droit de choisir, plutôt que le niveau des connaissances juridiques ou autres d'une personne au moment de son interaction avec la police. Dans la jurisprudence, les juges tentent

would be "unworkable" as a general requirement for all interviews with the police (para. 39).

de préserver l'équilibre entre le droit de garder le silence et les objectifs légitimes de l'État en matière d'application de la loi, ce qui explique pourquoi les termes employés pour parler du choix utile, libre ou fait activement mettent l'accent sur le caractère volontaire général de la déclaration, plutôt que sur un niveau minimal de connaissance subjective. En effet, la Cour d'appel a eu raison d'affirmer que la dernière approche serait [TRADUCTION] « impossible à appliquer » en tant que condition générale lors de tous les interrogatoires menés par la police (par. 39).

[54] On my reading, however, the Court of Appeal introduced a level of subjective knowledge beyond what the cases require when it held that "an operating mind is not the only mental element required for a statement to be voluntary" and that a meaningful choice requires "knowing that [one is] not required to answer police questions, or that anything [said] would be taken down and could be used in evidence" (paras. 29 and 54). I agree with the Crown that the standard as described by the court would effectively require proof of actual knowledge that the accused did not have to say anything to the police and that anything said could be taken down in evidence, which, as a practical matter, would oblige the Crown to prove that a police caution was given and properly understood.

[54] Cependant, selon moi, la Cour d'appel a introduit un niveau de connaissance subjective supérieur à ce qu'exige la jurisprudence lorsqu'elle a conclu [TRADUCTION] « [qu']un état d'esprit conscient n'est pas le seul élément psychologique nécessaire pour qu'une déclaration soit volontaire » et que, pour faire un choix utile, il faut « [savoir que l'on n'est] pas obligé de répondre aux questions de la police ou que tout ce qu[i est dit] ser[a] consigné par écrit et pourrait servir de preuve » (par. 29 et 54). Comme la Couronne, j'estime que la norme telle qu'elle est décrite par la cour nécessiterait en fait de prouver une connaissance véritable que l'accusé n'avait aucune obligation de parler à la police et que tout ce qui serait dit pourrait servir de preuve, ce qui, en pratique, obligerait la Couronne à prouver qu'une mise en garde policière a été faite et bien comprise.

[55] As the foregoing cases show, it is the *Charter* that introduces the necessity of a police caution at the moment of detention. There is good reason why the suspects in *Hebert*, *Whittle*, *Oickle*, and *Singh* were cautioned: they all were detained or arrested, such that the *Charter* mandated that certain information about the right to counsel, and by implication the right to silence, be communicated to them by the police. I would not expand the confessions rule where a person is not arrested or detained by adding an informational component to it that is absent from the settled jurisprudence.

[55] Comme le démontre la jurisprudence citée précédemment, c'est la *Charte* qui contraint la police à faire une mise en garde au moment de la mise en détention. Il existe une bonne raison pour laquelle les suspects dans les affaires *Hebert*, *Whittle*, *Oickle* et *Singh* ont reçu une mise en garde : ils ont tous été détenus ou arrêtés, de sorte que la *Charte* exigeait que la police leur communique certains renseignements sur le droit à l'assistance d'un avocat et, par voie de conséquence, sur le droit de garder le silence. Je n'élargirais pas la règle des confessions aux cas où une personne n'est pas arrêtée ou détenue en y ajoutant un élément d'information qui est absent de la jurisprudence établie.

[56] In my respectful view, proof of actual knowledge is not consonant with the law as it stands and would amount to an overextension of the operating

[56] À mon avis, le fait d'exiger une preuve de la connaissance effective n'est pas conforme à l'état actuel du droit et reviendrait à élargir démesurément

mind doctrine that risks upsetting the balance between the individual and societal interests upon which the confessions rule is predicated. As the Court of Appeal itself noted (para. 35), para. 36 of *Singh* stated that the question of voluntariness is an objective one, though the individual characteristics of the accused are relevant in applying the objective test. In essence, although the court acknowledged it would be unworkable for police to caution everyone at the outset of all interactions, it effectively introduced that standard by hinging the outcome of the voluntariness analysis on actual knowledge akin to the information contained in the police caution (*Love*, at paras. 38-53). This error is most plain in its conclusion that the trial judge had to assess whether Mr. Tessier *knew* that he was not required to answer police questions (C.A. reasons, at para. 54).

la théorie de l'état d'esprit conscient, ce qui risquerait de perturber l'équilibre entre les droits individuels et les intérêts de la société sur lesquels est fondée la règle des confessions. Comme la Cour d'appel l'a elle-même fait observer (par. 35), le par. 36 de l'arrêt *Singh* précise que la question du caractère volontaire est de nature objective, même si les caractéristiques individuelles de l'accusé constituent des facteurs pertinents pour appliquer le critère objectif. Essentiellement, bien que la Cour d'appel ait reconnu qu'il serait impossible en pratique pour la police de mettre tout le monde en garde au début de toutes les interactions, dans les faits, elle a introduit cette norme en faisant reposer le résultat de l'analyse du caractère volontaire sur une connaissance effective semblable à celle exigée dans le contexte de la mise en garde policière (*Love*, par. 38-53). La conclusion de la Cour d'appel selon laquelle le juge du procès aurait dû évaluer si M. Tessier *savait* qu'il n'était pas obligé de répondre aux questions de la police est le meilleur exemple de cette erreur (motifs de la C.A., par. 54).

[57] The Court of Appeal's reading of *Worrall* led it to embrace a standard that appears to me to be more demanding than what *Horvath* and *Whittle* describe. The court stated that the operating mind doctrine involves an understanding that one is not obliged to answer police questions (para. 54). In *Worrall*, Watt J. wrote that the accused "was never told that he was not required to answer police questions", which was a problem because "[v]oluntariness implies an awareness about what is at stake in speaking to persons in authority, or declining to assist them" (paras. 105-6 (emphasis deleted)). However, I observe that the Court of Appeal for Ontario has not followed *Worrall* to the letter, and neither have other courts of appeal across the country; *Whittle* has been accepted as the proper statement of the law (see, e.g., *Yergeau v. R.*, 2021 QCCA 1827, at para. 11 (CanLII); *R. v. Baylis*, 2015 ONCA 477, 326 C.C.C. (3d) 18, at para. 50; *R. v. Ponace*, 2019 MBCA 99, [2020] 3 W.W.R. 657, at para. 94; *R. v. Lambert*, 2018 NLCA 39, 363 C.C.C. (3d) 397, at paras. 8-11; *R. v. Bottineau*, 2011 ONCA 194, 269 C.C.C. (3d) 227, at para. 94; see also Penney, Rondinelli and Stribopoulos, at ¶4.20). Instead, the Court of Appeal for Ontario has on occasion *assumed*, without deciding, that the suspect's

[57] L'interprétation que fait la Cour d'appel de la décision *Worrall* l'a amenée à adopter une norme qui me semble plus exigeante que celle décrite dans les arrêts *Horvath* et *Whittle*. La Cour d'appel a indiqué que, selon la théorie de l'état d'esprit conscient, une personne n'est pas obligée de répondre aux questions de la police (par. 54). Dans la décision *Worrall*, le juge Watt a écrit que l'accusé [TRADUCTION] « n'a jamais été informé du fait qu'il n'était pas obligé de répondre aux questions de la police », ce qui posait problème, puisque « [l]e caractère volontaire suppose une conscience de ce qui est en jeu lorsque l'on parle à des personnes en autorité ou que l'on refuse de les aider » (par. 105-106 (italique omis)). Cependant, je remarque que la Cour d'appel de l'Ontario, tout comme d'autres cours d'appel au pays, n'a pas suivi la décision *Worrall* à la lettre; l'arrêt *Whittle* a été reconnu comme énonçant correctement le droit applicable (voir, p. ex., *Yergeau c. R.*, 2021 QCCA 1827, par. 11 (CanLII); *R. c. Baylis*, 2015 ONCA 477, 326 C.C.C. (3d) 18, par. 50; *R. c. Ponace*, 2019 MBCA 99, [2020] 3 W.W.R. 657, par. 94; *R. c. Lambert*, 2018 NLCA 39, 363 C.C.C. (3d) 397, par. 8-11; *R. c. Bottineau*, 2011 ONCA 194, 269 C.C.C. (3d) 227, par. 94; voir aussi Penney, Rondinelli et Stribopoulos,

"awareness of consequences", where established on the facts, could dispose of the issue of voluntariness (see *R. v. M. (D.)*, 2012 ONCA 894, 295 C.C.C. (3d) 159, at paras. 44-45; *R. v. Pepping*, 2016 ONCA 809, at para. 6 (CanLII)). The distinction between *requiring* awareness of what is at stake and *considering* such an awareness where established is an important one. Where established, positive knowledge can weigh in favour of voluntariness without making it a requirement. In any event, I read Watt J.'s statement as consonant with that of Beetz J. in *Horvath*, who said that "voluntariness implies an awareness of what is at stake" to refer to the importance of context to determine whether the absence of a caution impugns voluntariness in connection with a person who was hypnotized (p. 425).

¶4.20). Or, à l'occasion, la Cour d'appel de l'Ontario a plutôt *tenu pour acquis*, sans trancher, que la [TRADUCTION] « conscience des conséquences » de la part du suspect, lorsqu'elle était établie d'après les faits, pouvait régler la question du caractère volontaire (voir *R. c. M. (D.)*, 2012 ONCA 894, 295 C.C.C. (3d) 159, par. 44-45; *R. c. Pepping*, 2016 ONCA 809, par. 6 (CanLII)). La distinction entre le fait d'*exiger* que la personne interrogée ait conscience de ce qui est en jeu et le fait de *tenir compte* d'une telle conscience lorsqu'elle est établie est importante. Lorsqu'elle est établie, une connaissance véritable peut peser en faveur du caractère volontaire, sans pour autant constituer une exigence. De toute façon, selon moi, l'énoncé du juge Watt est conforme à celui du juge Beetz dans l'arrêt *Horvath*, qui a affirmé que « le caractère volontaire suppose une connaissance de ce qui est en jeu », en référence à l'importance du contexte pour déterminer si l'absence d'une mise en garde met en doute le caractère volontaire dans le cas d'une personne qui a été hypnotisée (p. 425).

[58] To conclude on this point, I see no reviewable error in the trial judge's determination of the operating mind test. Instead, the view expressed by the Court of Appeal is that an operating mind is "not the only mental element required for a statement to be voluntary" (para. 29), which is out of step with the law in *Whittle*.

[58] En guise de conclusion sur ce point, je ne constate aucune erreur révisable dans la décision du juge du procès concernant le critère de l'état d'esprit conscient. J'observe plutôt que, selon l'opinion de la Cour d'appel, un état d'esprit conscient [TRADUCTION] « n'est pas le seul élément psychologique nécessaire pour qu'une déclaration soit volontaire » (par. 29), ce qui est incompatible avec le droit exposé dans l'arrêt *Whittle*.

(c) *The Suspect Error*

c) *L'erreur relative au statut de suspect*

[59] I respectfully disagree with the Court of Appeal that the trial judge erred by "elevating the 'suspect' rule of thumb to a legal test" (para. 56). Trial judges throughout the country consistently apply the suspect test as a useful tool to assist them in assessing the impact of the failure to caution on the voluntariness of a statement (see *Morrison*, at paras. 50 and 54; *R. v. Oland*, 2018 NBQB 255, at paras. 43-46 (CanLII); *R. v. Smyth*, 2006 CanLII 52358 (Ont. S.C.J.), at pp. 34-36; *R. v. Wong*, 2017 ONSC 1501, at para. 64 (CanLII); *R. v. Merritt*, 2016 ONSC 7009, at para. 39 (CanLII); *R. v. Higham*, 2007 CanLII 20104 (Ont. S.C.J.), at paras. 5-7). It was therefore appropriate for the trial judge to ask whether Mr. Tessier was a

[59] Avec égards, je ne suis pas d'accord avec la Cour d'appel lorsqu'elle affirme que le juge du procès a commis une erreur en [TRADUCTION] « élevant la règle empirique du statut de "suspect" au rang de critère juridique » (par. 56). Partout au pays, les juges de première instance appliquent systématiquement le critère du suspect, qu'ils estiment être un outil utile pour les aider à évaluer l'incidence de l'omission d'une mise en garde sur le caractère volontaire d'une déclaration (voir *Morrison*, par. 50 et 54; *R. c. Oland*, 2018 NBBR 255, par. 43-46 (CanLII); *R. c. Smyth*, 2006 CanLII 52358 (C.S.J. Ont.), p. 34-36; *R. c. Wong*, 2017 ONSC 1501, par. 64 (CanLII); *R. c. Merritt*, 2016 ONSC 7009, par. 39 (CanLII); *R. c. Higham*,

suspect. I further disagree that the trial judge was only guided by Sgt. White's subjective perception of whether Mr. Tessier was a suspect (C.A. reasons, at para. 55). While he might well have been plainer in his reasons, the trial judge stated the essence of the test correctly, at para. 43, when he wrote that a suspect "is a person who, through information that the police collect during an investigation, viewed objectively, tends to implicate that person in a crime" (citing *Morrison*, at para. 50). It is true that Mr. Tessier, both before the Court of Appeal and this Court, argued that the trial judge failed to consider certain facts in coming to his conclusion that Mr. Tessier was not a suspect here. But that is a claim that the judge, through an omission, committed an error of fact rather than a reviewable error of law.

[60] With this clarification in mind, did the trial judge commit a reviewable error of fact in finding that Mr. Tessier was not a suspect?

[61] I accept the argument that the trial judge committed palpable errors in concluding that Mr. Tessier was not a suspect. There are two critical facts that, respectfully, the trial judge neglected to consider in his review of the circumstances and a third fact that, given these omissions, was misunderstood. First, at the start of the interview, when the police observed that Mr. Tessier did not arrive at the station in his own vehicle, another officer, Cst. Heidi Van Steelandt, was tasked with going to the place where he was staying in Didsbury to examine Mr. Tessier's Ford pickup. It was confirmed that the tires of that vehicle could match the traces observed at the scene of the homicide. This information was relayed to the detachment while Mr. Tessier was still at the station. The trial judge noted that the police knew there were tire tracks at the scene and what kind of truck Mr. Tessier drove (para. 50). But as Mr. Tessier argued before us, the trial judge made no mention that the police learned that the tire tracks matched the make of Mr. Tessier's truck. Second, following the interview, a surveillance team was put in place to observe Mr. Tessier. Despite Cst. Van Steelandt's testimony on this, the trial judge

2007 CanLII 20104 (C.S.J. Ont.), par. 5-7). Il était donc approprié que le juge du procès se demande si M. Tessier était un suspect. En outre, je me dissocie de l'opinion selon laquelle le juge du procès n'a tenu compte que de la perception subjective du sergent White pour décider si M. Tessier était un suspect (motifs de la C.A., par. 55). Certes, ses motifs auraient pu être plus clairs, mais le juge du procès a exposé correctement l'essence du critère au par. 43, lorsqu'il a écrit qu'un suspect [TRADUCTION] « est une personne qui semble être impliquée dans un crime compte tenu des renseignements — considérés objectivement — que la police recueille au cours d'une enquête » (citant *Morrison*, par. 50). Il est vrai que M. Tessier, devant la Cour d'appel et notre Cour, a soutenu que le juge du procès n'a pas tenu compte de certains faits pour conclure qu'il n'était pas un suspect en l'espèce. Toutefois, il s'agit d'une prétention portant que le juge, par omission, a commis une erreur de fait plutôt qu'une erreur de droit révisable.

[60] Cette clarification ayant été faite, le juge du procès a-t-il commis une erreur de fait révisable en concluant que M. Tessier n'était pas un suspect?

[61] Je souscris à l'argument selon lequel le juge du procès a commis des erreurs manifestes en concluant que M. Tessier n'était pas un suspect. Avec égards, le juge du procès a omis de tenir compte de deux faits essentiels dans son examen des circonstances et, en raison de ces omissions, a mal compris un troisième fait. Premièrement, au début de l'interrogatoire, lorsque la police a constaté que M. Tessier ne s'était pas rendu au poste avec son propre véhicule, un autre agent, la gendarme Heidi Van Steelandt, a été chargée de se rendre là où M. Tessier restait à Didsbury pour examiner la camionnette Ford de ce dernier. Il a été confirmé que les pneus de ce véhicule pourraient correspondre aux traces observées sur la scène de l'homicide. Cette information a été relayée au détachement pendant que M. Tessier s'y trouvait encore. Le juge du procès a indiqué que la police savait qu'il y avait des traces de pneus sur la scène et connaissait le type de camionnette que M. Tessier conduisait (par. 50). Toutefois, comme l'a soutenu M. Tessier devant nous, le juge du procès n'a pas mentionné que la police avait appris que les traces de pneus correspondaient à la marque de camionnette

accepted Sgt. White's statement that Mr. Tessier was not a suspect without addressing these points. The trial judge's omission to consider the fact that the surveillance team had been put in place was also a palpable error in that it was a plain sign that suggests Mr. Tessier was suspected by police. In light of these two omissions, I am of the respectful view that the judge further underestimated the significance of the pointed questions posed by Sgt. White, including the direct suggestion that Mr. Tessier was culpably involved in the homicide, as a sign, viewed objectively, that Mr. Tessier was a suspect. These factual errors suggest strongly that the trial judge misapplied the objective test for determining whether Mr. Tessier was a suspect, or at least became a suspect, at the time of the interviews.

[62] These were palpable errors indicating that, as a matter of fact, Mr. Tessier was a suspect for the purposes of the confessions rule. But in my view, they did not prove to be overriding mistakes which would warrant appellate intervention (see *Oickle*, at para. 71). The trial judge continued, as an alternative and in the event that he was mistaken, to assess the circumstances as though Mr. Tessier were a suspect, and concluded that the absence of the caution would not have been fatal in this context. Even where a person is a suspect, the cases are clear that there is no bright-line rule that a caution is required and that its absence renders a statement involuntary (*Prosko v. The King* (1922), 63 S.C.R. 226; *Boudreau*, at p. 267; *Oickle*, at paras. 47 and 71; *Singh*, at paras. 31-33; see also *R. v. Perry* (1993), 140 N.B.R. (2d) 133 (C.A.), at para. 13; *R. v. Peterson*, 2013 MBCA 104, 299 Man. R. (2d) 236, at para. 52; *Bottineau*, at para. 88; *R. v. Pearson*, 2017 ONCA 389, 348 C.C.C. (3d) 277, at para. 31; *R. v. Joseph*, 2020 ONCA 73, 385 C.C.C. (3d) 514, at paras. 51-56; *Bernard v. R.*, 2019 QCCA 1227, at para. 29 (CanLII)). The trial judge noted that the failure to caution a suspect may, in the particular circumstances of a case, "effectively and unfairly deny the suspect the choice to speak"

de M. Tessier. Deuxièmement, après l'interrogatoire, une équipe de surveillance a été mise en place pour observer M. Tessier. Malgré le témoignage de la gendarme Van Steelandt à ce sujet, le juge du procès a accepté la déclaration du sergent White selon lequel M. Tessier n'était pas un suspect sans aborder ces éléments. L'omission du juge du procès de tenir compte du fait qu'une équipe de surveillance avait été mise en place constituait également une erreur manifeste, puisqu'il s'agissait d'un signe évident suggérant que M. Tessier était soupçonné par la police. Ces deux omissions m'amènent à conclure que le juge a également sous-estimé la portée des questions ciblées posées par le sergent White, notamment la suggestion directe que M. Tessier avait été impliqué de façon répréhensible dans l'homicide. Ces questions, considérées objectivement, laissaient entendre que M. Tessier était un suspect. Ces erreurs de fait donnent fortement à penser que le juge du procès a mal appliqué le critère objectif permettant de déterminer si M. Tessier était un suspect, ou du moins était devenu un suspect, au moment des interrogatoires.

[62] Il s'agissait d'erreurs manifestes indiquant que, en fait, M. Tessier était un suspect aux fins de la règle des confessions. Cependant, à mon avis, elles ne constituent pas des erreurs dominantes, lesquelles auraient justifié une intervention de la Cour d'appel (voir *Oickle*, par. 71). À titre subsidiaire et au cas où il se serait trompé, le juge du procès a poursuivi son évaluation des circonstances comme si M. Tessier était un suspect, et a conclu que l'absence de la mise en garde n'aurait pas été fatale dans ce contexte. Même lorsqu'une personne est un suspect, il ressort clairement de la jurisprudence qu'il n'existe aucune règle rigide portant qu'une mise en garde est obligatoire et que son absence rend une déclaration involontaire (*Prosko c. The King* (1922), 63 R.C.S. 226; *Boudreau*, p. 267; *Oickle*, par. 47 et 71; *Singh*, par. 31-33; voir aussi *R. c. Perry* (1993), 140 R.N.-B. (2e) 133 (C.A.), par. 13; *R. c. Peterson*, 2013 MBCA 104, 299 Man. R. (2d) 236, par. 52; *Bottineau*, par. 88; *R. c. Pearson*, 2017 ONCA 389, 348 C.C.C. (3d) 277, par. 31; *R. c. Joseph*, 2020 ONCA 73, 385 C.C.C. (3d) 514, par. 51-56; *Bernard c. R.*, 2019 QCCA 1227, 55 C.R. (7th) 406, par. 29). Le juge du procès a indiqué que le fait de ne pas mettre en garde un suspect peut, dans les circonstances particulières

(para. 45, citing *Morrison*, at para. 57). He then turned his mind to the relevant *Oickle* factors and concluded that Mr. Tessier had not been treated oppressively, was allowed to leave unaccompanied, and voluntarily cooperated throughout, disclosing information selectively (paras. 45 and 51-54). The Court of Appeal acknowledged that the trial judge did correctly point to evidence in support of his conclusion on voluntariness (para. 57). In other words, he asked whether Mr. Tessier had been unfairly denied his choice to speak in the event that he was a suspect, and concluded that, in the circumstances, he had not.

(d) *Conclusion*

[63] In summary, while the trial judge was imprecise in some of his exposition of the law relating to the confessions rule, I am of the view that the Court of Appeal wrongly characterized these as errors of law and that, in themselves, these imprecisions had no material impact on the trial judge's analysis. When his reasons are read as a whole, it is plain that the trial judge's understanding of the law was not erroneous, even acknowledging that Mr. Tessier was likely a suspect. Given the trial judge's palpable errors of fact, however, and the relevance to the analysis of the caution, it is necessary to apply the law afresh to explain why the judge's errors are not overriding. I will return to that question after discussing the impact of the absence of a caution on voluntariness in the pre-detention phase.

B. *In the Pre-detention Phase of the Criminal Investigation, How Does the Absence of a Caution During Police Questioning of Mr. Tessier Affect the Voluntariness of His Statements?*

[64] The cases draw together three threads fundamental to this issue. First, Charron J. advised that police should caution suspects during investigative questioning, but she stopped short of imposing a

d'une cause, « effectivement et inéquitablement priver le suspect du choix de parler » (par. 45, citant *Morrison*, par. 57). Il a ensuite porté son attention sur les facteurs pertinents exposés dans l'arrêt *Oickle* et a conclu que M. Tessier n'avait pas été traité de manière oppressante, avait pu sortir sans être accompagné et avait coopéré volontairement tout au long de l'interrogatoire en divulguant des renseignements de façon sélective (par. 45 et 51-54). La Cour d'appel a reconnu que le juge du procès avait fait état, à juste titre, des éléments de preuve à l'appui de sa conclusion sur le caractère volontaire (par. 57). En d'autres termes, il s'est demandé si M. Tessier avait été injustement privé de son choix de parler ou non s'il était considéré comme un suspect, et a conclu que, dans les circonstances, il ne l'avait pas été.

d) *Conclusion*

[63] En résumé, malgré les imprécisions du juge du procès dans certains de ses énoncés de droit liés à la règle des confessions, je suis d'avis que la Cour d'appel a eu tort de les qualifier d'erreurs de droit et que, en elles-mêmes, ces imprécisions n'ont eu aucune incidence importante sur l'analyse du juge du procès. À la lecture de l'ensemble des motifs de ce dernier, il est manifeste que sa compréhension du droit était juste, même si l'on accepte que M. Tessier a probablement été considéré comme un suspect. Cependant, compte tenu de ses erreurs de fait manifestes et de la pertinence de l'analyse relative à la mise en garde, il est nécessaire d'appliquer le droit de nouveau pour expliquer pourquoi ces erreurs ne sont pas dominantes. Je reviendrai sur cette question après avoir traité de l'incidence de l'absence d'une mise en garde sur le caractère volontaire à l'étape qui précède la détention.

B. *À l'étape de l'enquête criminelle qui précède la détention, quelle est l'incidence de l'absence d'une mise en garde pendant l'interrogatoire policier de M. Tessier sur le caractère volontaire de ses déclarations?*

[64] L'analyse de la jurisprudence pertinente permet de relier trois principes fondamentaux sur cette question. Premièrement, la juge Charron a indiqué que les policiers devraient faire une mise en garde

bright-line rule. Second, the cases have long held that the absence of a caution is not determinative of voluntariness. Third, since *Boudreau*, it has nevertheless been acknowledged that the caution is an "important" factor (see, e.g., *Bernard*, at para. 29; see also Penney, Rondinelli and Stribopoulos, at ¶4.48). Tying these threads together calls for a consideration of how courts should treat the absence of a caution when measuring the voluntariness of statements made to the police.

aux suspects pendant un interrogatoire mené aux fins d'une enquête, mais elle s'est abstenue d'imposer une règle rigide. Deuxièmement, la jurisprudence a établi depuis longtemps que l'absence d'une mise en garde n'est pas un facteur déterminant du caractère volontaire. Troisièmement, depuis l'arrêt *Boudreau*, il a néanmoins été reconnu que la mise en garde constitue un facteur « important » (voir, p. ex., *Bernard*, par. 29; voir aussi Penney, Rondinelli et Stribopoulos, ¶4.48). En reliant ces trois principes, l'on arrive à la conclusion qu'il faut examiner comment les tribunaux devraient traiter l'absence d'une mise en garde lorsqu'ils évaluent le caractère volontaire des déclarations faites à la police.

[65] On this point, Mr. Tessier and one of the interveners assert that the police caution should be provided irrespective of whether a person is a witness or a suspect. As I have already explained, the law as it currently stands does not support this proposition. But Mr. Tessier also contends that the police caution is a necessary mechanism through which the informational deficit between police and citizen can be attenuated. This allows proper effect to be given to the fairness concerns that animate the confessions rule. The Crown accepts the important place of the caution, but emphasizes that only suspects and detainees are subject to the coercive power of the state in a manner that could prompt involuntary statements. Requiring a caution for all those subject to police questioning is unnecessary to protect the individuals concerned and would inhibit legitimate police investigation of crime. The voluntariness analysis should remain contextual and bright-line rules imposing a caution to all individuals, at the expense of judicial discretion in the measure of voluntariness, should be avoided.

[65] Sur ce point, M. Tessier et l'un des intervenants affirment que la police devrait formuler une mise en garde, et ce, que la personne soit un témoin ou un suspect. Comme je l'ai déjà expliqué, l'état actuel du droit ne milite pas en faveur de cette affirmation. Toutefois, M. Tessier soutient également que la mise en garde policière est un mécanisme nécessaire afin de combler le déficit informationnel entre la police et le citoyen. Ce mécanisme permet de tenir pleinement compte des préoccupations en matière d'équité qui sous-tendent la règle des confessions. La Couronne reconnaît le rôle important que joue la mise en garde, mais souligne que seuls les suspects et les détenus sont soumis au pouvoir coercitif de l'État d'une manière qui pourrait les pousser à faire des déclarations involontaires. Il n'est pas nécessaire d'exiger la formulation d'une mise en garde à tous ceux qui sont soumis à un interrogatoire policier pour protéger les personnes concernées, ce qui gênerait les enquêtes policières légitimes. L'analyse du caractère volontaire devrait demeurer contextuelle, et l'application de règles rigides imposant de faire une mise en garde à tous, au détriment du pouvoir discrétionnaire des juges d'évaluer le caractère volontaire, devrait être évitée.

[66] The intervening attorneys general complement the Crown's submissions. In a carefully written factum, the Attorney General of New Brunswick intervenes to urge this Court to reaffirm that the absence of a caution is but a single factor in the voluntariness analysis. It acknowledges that the absence of a caution raises fairness concerns but, it says, the weight given to its absence should operate on a spectrum.

[66] Les procureurs généraux intervenants complètent les observations de la Couronne. Dans un mémoire rédigé avec soin, le procureur général du Nouveau-Brunswick intervient pour inciter notre Cour à réaffirmer que l'absence d'une mise en garde ne constitue qu'un facteur parmi d'autres dans l'analyse du caractère volontaire. Il reconnaît que l'absence d'une mise en garde soulève des questions d'équité,

Greater weight should attach to that factor where a person is a suspect, but the absence of a caution should remain non-determinative. The caution should be given to suspects only because their liberty is at greater risk than mere witnesses as persons who have been targeted in this way by the state. The Attorney General of New Brunswick proposes a suspect test which, it argues, provides a workable framework that will assist courts in applying the proper weight to the absence of a caution.

[67] To respond to these submissions, it is helpful to canvass why the case law has evolved in the manner it has. I will then endeavour to clarify how trial judges should consider the absence of a police caution as part of the contextual analysis for voluntariness set out in *Oickle*.

(1) The Confessions Rule and Fairness

[68] The law relating to the modern confessions rule in Canada is settled. A confession will not be admissible if it is made under circumstances that raise a reasonable doubt as to voluntariness (*Oickle*, at para. 68). The Crown bears the persuasive or legal burden of proving voluntariness beyond a reasonable doubt. The inquiry is to be contextual and fact-specific, requiring a trial judge to weigh the relevant factors of the particular case (*Singh*, at para. 35; *R. v. Kelly*, 2019 NLCA 23, 374 C.C.C. (3d) 360, at para. 40). It involves consideration of "the making of threats or promises, oppression, the operating mind doctrine and police trickery" (*R. v. Spencer*, 2007 SCC 11, [2007] 1 S.C.R. 500, at para. 12). These factors are not a checklist: ultimately, a trial judge must determine, based on the whole context of the case, whether the statements made by an accused were reliable and whether the conduct of the state served in any way to unfairly deprive the accused of their free choice to speak to a person in authority (Parent, at pp. 26-27; Vauclair and Desjardins, at No. 38.28).

mais il est d'avis que le poids accordé à son absence devrait être déterminé en fonction d'une échelle. Un poids plus important devrait être accordé à ce facteur lorsque la personne est un suspect, mais l'absence d'une mise en garde devrait demeurer un facteur non déterminant. Une mise en garde devrait être faite aux suspects, seulement parce que, en tant que personnes ayant été ciblées de cette manière par l'État, leur liberté est plus menacée que celle de simples témoins. Le procureur général du Nouveau-Brunswick propose un critère du suspect qui, selon lui, fournit un cadre d'analyse réaliste qui aidera les tribunaux à accorder le poids qui convient à l'absence d'une mise en garde.

[67] Pour répondre à ces observations, il est utile d'exposer les raisons pour lesquelles la jurisprudence a évolué comme elle l'a fait. J'entreprendrai ensuite de préciser comment les juges de première instance devraient examiner l'absence d'une mise en garde policière dans le cadre de l'analyse contextuelle du caractère volontaire énoncée dans l'arrêt *Oickle*.

(1) La règle des confessions et l'équité

[68] Le droit relatif à la règle moderne des confessions au Canada est établi. Une confession ne sera pas jugée admissible si elle a été faite dans des circonstances qui soulèvent un doute raisonnable quant à son caractère volontaire (*Oickle*, par. 68). La Couronne a le fardeau de persuasion ou le fardeau juridique de prouver le caractère volontaire hors de tout doute raisonnable. L'analyse doit être contextuelle et fondée sur les faits; elle exige du juge de première instance qu'il soupèse les facteurs pertinents de l'affaire en cause (*Singh*, par. 35; *R. c. Kelly*, 2019 NLCA 23, 374 C.C.C. (3d) 360, par. 40). Il faut notamment tenir compte de « l'existence de menaces ou de promesses, [de] l'oppression, [de] la théorie de l'état d'esprit conscient et [des] ruses policières » (*R. c. Spencer*, 2007 CSC 11, [2007] 1 R.C.S. 500, par. 12). Ces facteurs ne sont pas une liste de contrôle : en fin de compte, le juge de première instance doit déterminer, à la lumière de l'ensemble du contexte de l'affaire, si les déclarations faites par l'accusé étaient fiables et si la conduite de l'État a servi d'une quelconque façon à le priver de son libre choix de parler ou non à une personne en autorité (Parent, p. 26-27; Vauclair et Desjardins, nº 38.28).

[69] This Court has repeatedly emphasized that the confessions rule, properly understood, strives for a balance between, on the one hand, the rights of the accused to remain silent and against self-incrimination and, on the other, the legitimate law enforcement objectives of the state relating to the investigation of crime (*Hebert*, at pp. 176-77 and 180; *Oickle*, at para. 33; *Singh*, at paras. 43 and 45). I would add that these interests, while they often appear in competition, share a common preoccupation in the repute of the administration of criminal justice which helps direct trial judges in finding the right point of equilibrium. Justice mandates a recognition that the rights of the accused are important but not without limit; it also insists that the police be given leeway in order to solve crimes but that their conduct not be unchecked. Indeed, achieving the right balance between these objectives involves seeking out this common ground and, in this sense, it has been usefully described as the "mission" of the confessions rule (D. M. Paciocco, P. Paciocco and L. Stuesser, *The Law of Evidence* (8th ed. 2020), at p. 425; see also Vauclair and Desjardins, at No. 38.23). In seeking this balance, the law imposes the heavy burden on the Crown to prove voluntariness beyond a reasonable doubt, which serves as substantial protection for the accused at all stages of a criminal investigation. Unlike the burden under the *Charter*, where the accused must establish a breach on a balance of probabilities, the confessions rule begins from a place of heightened protection for the accused because the rigorous task of showing voluntariness lies with the Crown.

[69] Notre Cour a souligné à maintes reprises que la règle des confessions, correctement cernée, vise à établir un équilibre entre, d'une part, le droit de l'accusé de garder le silence et son droit à la protection contre l'auto-incrimination et, d'autre part, les objectifs légitimes de l'État en matière d'application de la loi dans le cadre d'enquêtes criminelles (*Hebert*, p. 176-177 et 180; *Oickle*, par. 33; *Singh*, par. 43 et 45). J'ajouterais que ces droits et intérêts, bien qu'ils semblent souvent contradictoires, visent tous à préserver la confiance du public envers l'administration de la justice pénale, ce qui aide les juges de première instance à trouver le bon point d'équilibre. Pour que justice soit rendue, il faut reconnaître que les droits de l'accusé sont importants, mais pas illimités. Il faut également donner aux policiers une marge de manœuvre pour qu'ils mènent à bien les enquêtes criminelles, sans toutefois laisser leur comportement sans surveillance. En effet, pour atteindre le juste équilibre entre ces objectifs, il faut trouver ce point de convergence, ce qui a été décrit de façon utile comme étant la [TRADUCTION] « finalité » de la règle des confessions (D. M. Paciocco, P. Paciocco et L. Stuesser, *The Law of Evidence* (8e éd. 2020), p. 425; voir aussi Vauclair et Desjardins, nº 38.23). Dans la recherche de cet équilibre, la loi impose à la Couronne le lourd fardeau de prouver le caractère volontaire hors de tout doute raisonnable, ce qui protège grandement l'accusé à toutes les étapes d'une enquête criminelle. Contrairement au fardeau qu'impose la *Charte*, où l'accusé doit démontrer une violation selon la prépondérance des probabilités, la règle des confessions confère dès le départ une protection accrue à l'accusé, car le fardeau exigeant d'établir le caractère volontaire incombe à la Couronne.

[70] The rule is animated by both reliability and fairness concerns, and it operates differently depending on context. As Iacobucci J. explained in *Oickle*, while the doctrines of oppression and inducement are primarily concerned with reliability, other aspects of the confessions rule, such as the presence of threats or promises, the operating mind requirement, or police trickery, may all unfairly deny the accused's right to silence (paras. 69-71; *Rothman v. The Queen*, [1981] 1 S.C.R. 640, at pp. 682-83 and 688, per Lamer J.; *Hebert*, at pp. 171-73; *Whittle*, at p. 932; *R. v. Hodgson*, [1998] 2 S.C.R. 449, at paras. 21-22;

[70] La règle est guidée par des préoccupations de fiabilité et d'équité, et elle s'applique différemment selon le contexte. Comme l'a expliqué le juge Iacobucci dans l'arrêt *Oickle*, bien que la théorie de l'oppression et celle de l'encouragement s'attachent principalement à la fiabilité, d'autres aspects de la règle des confessions, tels que la présence de menaces ou de promesses, l'exigence d'un état d'esprit conscient ou le recours à des ruses policières, peuvent tous priver injustement l'accusé de son droit de garder le silence (par. 69-71; *Rothman c. La Reine*, [1981] 1 R.C.S. 640, p. 682-683 et 688, le juge Lamer;

Singh, at para. 34). A statement may be excluded as involuntary because it is unreliable and raises the possibility of a false confession, or because it was unfairly obtained and ran afoul of the principle against self-incrimination and the right to silence, whatever the context indicates. It may be excluded if it was extracted by police conduct [TRANSLATION] "[that] is not in keeping with the socio-moral values at the very foundation of the criminal justice system" (J. Fortin, *Preuve pénale* (1984), at No. 900).

Hebert, p. 171-173; *Whittle*, p. 932; *R. c. Hodgson*, [1998] 2 R.C.S. 449, par. 21-22; *Singh*, par. 34). Une déclaration peut être jugée involontaire et donc être écartée parce qu'elle n'est pas fiable et qu'elle soulève la possibilité d'une fausse confession, ou parce qu'elle a été obtenue injustement et qu'elle va à l'encontre du principe interdisant l'auto-incrimination et du droit de garder le silence, quel que soit le contexte. Elle peut être écartée si elle a été obtenue en raison d'un comportement des policiers « [qui] ne respecte pas les valeurs socio-morales qui sont à la base même du système pénal » (J. Fortin, *Preuve pénale* (1984), nº 900).

[71] Even if reliability and fairness concerns are often tightly intertwined, the police caution is typically understood as speaking to fairness, as the case of *Morrison*, cited here by the trial judge, has emphasized. I agree with the Attorney General of New Brunswick that the lack of a police caution generally does very little to undermine the reliability of a statement. The mere fact that an individual was not cautioned does not in itself raise concerns that an unreliable confession or statement was provided. That said, in some situations a lack of a caution may exacerbate the pernicious influence of threats, inducements or oppression, which could contribute to undermining the reliability of a statement. In most cases, however, it speaks to fairness, in the sense that the absence of a caution may unfairly deprive someone of being able to make a free and meaningful choice to speak to police when, as a suspect, they are at a risk of legal jeopardy.

[71] Même si les questions de fiabilité et d'équité sont souvent étroitement liées, la mise en garde policière est habituellement considérée comme une question d'équité, comme le souligne l'arrêt *Morrison*, cité en l'espèce par le juge du procès. Je suis d'accord avec le procureur général du Nouveau-Brunswick que l'absence d'une mise en garde policière ne mine habituellement que très peu la fiabilité d'une déclaration. Le simple fait qu'une personne n'ait pas été mise en garde ne signifie pas en soi que sa confession ou sa déclaration est peu fiable. Cela dit, dans certaines situations, l'absence de mise en garde peut exacerber l'influence pernicieuse des menaces, des incitations ou de l'oppression, ce qui peut contribuer à miner la fiabilité d'une déclaration. Dans la plupart des cas, il est plutôt question d'équité, dans le sens où l'absence d'une mise en garde peut injustement priver quelqu'un de sa capacité à faire un choix libre et utile de parler ou non à la police, même si, en tant que suspect, il est exposé à un risque juridique.

[72] But the caution does not resolve all of the concerns addressed by the confessions rule. The reason the absence of a caution is not determinative of voluntariness is because a caution is designed to rectify an informational imbalance when a detained or arrested individual is in a state of heightened vulnerability — which speaks to fairness — whereas voluntariness extends to a broader "complex of values" animated by both reliability and fairness (*Oickle*, at para. 70, citing J. H. Wigmore, *Evidence in Trials at Common Law* (Chadbourn rev. 1970), vol. 3, § 826, at p. 351). While there is no doubt that fairness, driven by the common law right to silence and privilege

[72] Toutefois, la mise en garde ne règle pas toutes les questions soulevées par la règle des confessions. La raison pour laquelle l'absence d'une mise en garde n'est pas un facteur déterminant du caractère volontaire est qu'une mise en garde vise à corriger un déséquilibre informationnel lorsqu'une personne détenue ou arrêtée est dans un état de vulnérabilité accrue — ce qui est une question d'équité —, tandis que le caractère volontaire englobe un [TRADUCTION] « faisceau de valeurs » plus large guidé par la fiabilité et l'équité (*Oickle*, par. 70, citant J. H. Wigmore, *Evidence in Trials at Common Law* (Chadbourn rev. 1970), vol. 3, § 826, p. 351). Bien qu'il ne fasse aucun doute que

against self-incrimination, plays an important role in the modern rule, the cases and the literature suggest it would be a mistake to allow it to dominate the analysis to the exclusion of other values (*Boudreau*, at pp. 269-70; *Oickle*, at para. 47; *Singh*, at para. 35; S. Penney, "Theories of Confession Admissibility: A Historical View" (1998), 25 *Am. J. Crim. L.* 309, at pp. 373-79; J. D. Grano, "Voluntariness, Free Will, and the Law of Confessions" (1979), 65 *Va. L. Rev.* 859, at p. 914). The confessions rule is also about protecting innocent defendants from false confessions and protecting suspects from abusive police tactics, which are distinct purposes reflected in their own ways in the threats or inducements, oppression and trickery factors. These concerns persist even where a caution has been properly delivered and understood. Contextual analysis is required to extend adequate protections to suspects beyond what the caution provides on its own, a point recognized in *Boudreau*.

l'équité — qui découle du droit de garder le silence et du privilège contre l'auto-incrimination reconnus en common law — joue un rôle important dans la règle moderne, la jurisprudence et la doctrine donnent à penser qu'il serait erroné de laisser l'équité prévaloir dans l'analyse au détriment d'autres valeurs (*Boudreau*, p. 269-270; *Oickle*, par. 47; *Singh*, par. 35; S. Penney, « Theories of Confession Admissibility : A Historical View » (1998), 25 *Am. J. Crim. L.* 309, p. 373-379; J. D. Grano, « Voluntariness, Free Will, and the Law of Confessions » (1979), 65 *Va. L. Rev.* 859, p. 914). La règle des confessions vise également à empêcher que les défendeurs innocents fassent de fausses confessions et à protéger les suspects des tactiques policières abusives. Il s'agit d'objectifs distincts qui, chacun à sa façon, sont pris en considération dans les facteurs liés aux menaces ou aux encouragements, à l'oppression et aux ruses. Ces préoccupations demeurent, même lorsqu'une mise en garde a été adéquatement faite et comprise. Une analyse contextuelle est nécessaire pour offrir aux suspects une protection adéquate qui s'étend au-delà de celle qu'offre la mise en garde à elle seule, un point reconnu dans l'arrêt *Boudreau*.

[73] The rule in *Boudreau* has stood the test of time. In deciding that the absence of a caution is an important but not a decisive factor in the voluntariness inquiry, the Court confirmed that the confessions rule should remain flexible to account for the complex realities of police investigations. Rand J. appropriately observed that it would be a "serious error to place the ordinary modes of investigation of crime in a strait jacket of artificial rules" (p. 270). This approach has successfully allowed for a continued balance between societal interests in the investigation of crime and individual rights for many years, even as the Court's understanding of the confessions rule has expanded to accommodate broader notions of fairness. *Boudreau* held that in *Gach v. The King*, [1943] S.C.R. 250, Taschereau J. was speaking in *obiter* when he stated that all confessions are inadmissible absent a proper caution. *Gach* was later criticized by Justice F. Kaufman of the Court of Appeal of Quebec, writing extrajudicially, who perceived it to misconstrue the law and "swe[ep] aside forty years

[73] La règle énoncée dans l'arrêt *Boudreau* a résisté à l'épreuve du temps. En décidant que l'absence d'une mise en garde constitue un facteur important, mais pas déterminant dans l'analyse du caractère volontaire, la Cour a confirmé que la règle des confessions devrait demeurer souple pour tenir compte de la complexité de la réalité des enquêtes policières. Le juge Rand a constaté à juste titre que ce serait une [TRADUCTION] « grave erreur d'imposer aux méthodes habituelles d'enquêtes criminelles un carcan étroit de règles artificielles » (p. 270). Pendant de nombreuses années, cette approche a permis de trouver un équilibre entre l'intérêt de la société à ce que les crimes fassent l'objet d'une enquête et les droits individuels, et ce, même à mesure que la Cour a élargi son interprétation de la règle des confessions pour tenir compte des notions plus larges d'équité. Dans l'arrêt *Boudreau*, les juges ont conclu que, dans l'arrêt *Gach c. The King*, [1943] R.C.S. 250, le juge Taschereau s'était exprimé sous forme de remarque incidente lorsqu'il a déclaré que toutes les confessions

of Canadian jurisprudence and establis[h] a rigidity hitherto unknown" (*The Admissibility of Confessions* (3rd ed. 1979), at p. 144).

sont inadmissibles en l'absence d'une mise en garde appropriée. Dans un ouvrage de doctrine, le juge F. Kaufman de la Cour d'appel du Québec a par la suite critiqué l'arrêt *Gach*. Il estimait que le droit y était mal interprété et que l'arrêt [TRADUCTION] « balayait quarante ans de jurisprudence canadienne et établissait une rigidité jusqu'alors inconnue » (*The Admissibility of Confessions* (3e éd. 1979), p. 144).

[74] To make the absence of a police caution determinative of voluntariness would risk inhibiting legitimate investigative techniques while ignoring the other protections provided by the rule. As one author put it, "[t]o strive for equality of knowledge . . . is to strive to eliminate confessions" (Grano, at p. 914). The confessions rule accepts in its design that statements resulting from police questioning are valuable, provided they are reliable and fairly obtained (*Hodgson*, at para. 21; *Singh*, at para. 29; see also Penney (1998), at p. 378; Trotter, at p. 293). Even where a caution is not given, the circumstances may nevertheless indicate that a person has freely chosen to speak and no fairness concerns arise. Requiring a police caution as a condition of voluntariness would defeat the purposes of the rule and the balance it strives to achieve by imposing an inflexible standard of subjectively held knowledge for all individuals, whatever their status or role in an investigation. While the cases rightly speak of a balance, it bears recalling that the scales already tip in favour of protecting the rights of the accused by the broad scope of the rule and the heavy burden resting with the Crown. Moreover, the common law has hesitated to substitute a caution or waiver requirement of the right to silence for suspects who are questioned for the fact-sensitive, contextual analysis in which the absence of a caution is an important, yet non-determinative, factor. If such a requirement was thought to be necessary, Parliament could introduce legislation to that effect (see S. Penney, "Police Questioning in the Charter Era: Adjudicative versus Regulatory Rule-making and the Problem of False Confessions" (2012), 57 *S.C.L.R.* (2d) 263, at pp. 263-64). In other contexts, for example the questioning of young persons, Parliament has done exactly that in recognition

[74] Considérer l'absence d'une mise en garde policière comme un facteur déterminant du caractère volontaire risquerait d'empêcher le recours à des techniques d'enquête légitimes tout en faisant fi des autres protections prévues par la règle. Comme un auteur l'a dit, [TRADUCTION] « [r]echercher l'égalité des connaissances [. . .] revient à tenter d'éliminer les confessions » (Grano, p. 914). La règle des confessions reconnaît par son objet que les déclarations obtenues lors d'un interrogatoire policier ont une valeur, pourvu qu'elles soient fiables et qu'elles aient été obtenues équitablement (*Hodgson*, par. 21; *Singh*, par. 29; voir aussi Penney (1998), p. 378; Trotter, p. 293). Même en l'absence d'une mise en garde, les circonstances peuvent indiquer qu'une personne a choisi librement de parler et qu'aucune question d'équité ne se pose. Exiger une mise en garde policière comme condition du caractère volontaire contrecarrerait les objectifs de la règle et nuirait à l'équilibre qu'elle tente d'établir en imposant une norme rigide de connaissance subjective chez toutes les personnes, quel que soit leur statut ou leur rôle dans une enquête. Bien que la jurisprudence traite à juste titre d'un équilibre, il convient de rappeler que la balance penche déjà en faveur de la protection des droits de l'accusé en raison de la vaste portée de la règle et du lourd fardeau qui incombe à la Couronne. De plus, la common law a hésité à remplacer l'analyse contextuelle et factuelle dans laquelle l'absence d'une mise en garde constitue un facteur important, mais non déterminant, par une exigence de mise en garde ou de renonciation relativement au droit de garder le silence des suspects interrogés. Si une telle exigence était jugée nécessaire, le législateur pourrait introduire une mesure législative qui irait en ce sens (voir S. Penney, « Police Questioning in the Charter Era : Adjudicative versus Regulatory Rule-making and the

of their heightened vulnerability (see *Youth Criminal Justice Act*, S.C. 2002, c. 1, s. 146(2)).

Problem of False Confessions » (2012), 57 *S.C.L.R.* (2d) 263, p. 263-264). Dans d'autres contextes, par exemple lors de l'interrogatoire d'adolescents, le législateur a adopté précisément cette mesure pour tenir compte de leur vulnérabilité accrue (voir la *Loi sur le système de justice pénale pour les adolescents*, L.C. 2002, c. 1, par. 146(2)).

[75] That said, there is no doubt that a caution can contribute to ensuring that an investigation is conducted fairly, especially where a suspect is detained and in a state more prone to making involuntary statements. In providing her guidance that a suspect should receive a caution, Charron J. in *Singh* was careful to note that a person's situation changes after the moment of detention, which is why the caution is seen as necessary in those circumstances. As Charron J. explained, state authorities control the detainee who is in a more vulnerable position and cannot walk away. The fact of detention alone may cause a person to feel compelled to make a statement (para. 32; see *Grant*, at paras. 22 and 39; *Hebert*, at pp. 179-80). The caution is required to attenuate the informational deficit in the face of heightened risk and vulnerability. Even if one acknowledges that many encounters with the police can be daunting, fairness considerations are unlikely to arise in the same way where the person is not suspected of being involved in the crime under investigation. Fairness concerns are manifest once an individual is targeted by the state. There is nothing inherently unfair, for instance, about police questioning a person standing on the street corner without providing a caution while gathering information regarding the potential witnessing of a crime.

[75] Cela étant, il ne fait aucun doute qu'une mise en garde peut contribuer à assurer qu'une enquête soit menée de manière équitable, surtout lorsqu'un suspect est détenu et dans un état où il est plus susceptible de faire des déclarations involontaires. Dans l'arrêt *Singh*, lorsqu'elle a formulé son conseil portant qu'un suspect devrait recevoir une mise en garde, la juge Charron a pris soin de souligner que la situation d'une personne change après la mise en détention, ce qui explique pourquoi la mise en garde est jugée nécessaire dans ces circonstances. Comme elle l'a expliqué, les autorités de l'État exercent un contrôle sur le détenu, qui se trouve dans une position plus vulnérable et ne peut pas s'esquiver. Le seul fait d'être détenu peut amener une personne à se sentir contrainte de faire une déclaration (par. 32; voir *Grant*, par. 22 et 39; *Hebert*, p. 179-180). La mise en garde est nécessaire pour combler le déficit informationnel compte tenu du risque et de la vulnérabilité accrus. Même s'il est reconnu que les contacts avec la police sont souvent intimidants, les considérations liées à l'équité sont peu susceptibles de s'appliquer de la même manière lorsque la personne n'est pas soupçonnée d'être impliquée dans le crime faisant l'objet de l'enquête. Les considérations liées à l'équité s'appliquent clairement dès lors qu'une personne est ciblée par l'État. En soi, il n'y a rien de foncièrement injuste, par exemple, à ce que la police interroge une personne qui se trouve au coin d'une rue sans lui faire une mise en garde tout en recueillant de l'information concernant un crime dont elle a possiblement été témoin.

[76] Yet in the specific context where a mere witness or an uninvolved individual is questioned, introducing a caution requirement as a condition of voluntariness could exact a cost on the administration of justice, notwithstanding the fact that no unfairness has arisen in obtaining the statement. Questioning at a police station is, to be sure, qualitatively different if the circumstances suggest that the interviewee brought or

[76] Pourtant, dans le cas précis où un simple témoin ou une personne qui n'est pas impliquée dans le crime est interrogé, le fait d'introduire une exigence de mise en garde comme condition du caractère volontaire pourrait porter atteinte à l'administration de la justice, et ce, même dans les cas où aucune injustice ne découle de l'obtention de la déclaration. Un interrogatoire à un poste de police

summoned for questioning is, on an objective basis, a suspect deserving of a caution. But to call for cautions in all circumstances would unnecessarily inhibit police work. Where a person faces no apparent legal jeopardy and the intentions of police are merely to gather information, an imposed caution could even chill investigations. Effective law enforcement is also highly dependent on the cooperation of members of the public (*Grant*, at para. 39). Where a contextual analysis reveals that no unfairness has arisen and no *Charter* protections were engaged, a bright-line rule to caution everyone could disturb the balance struck by the confessions rule by excluding reliable and fairly-obtained statements. It is preferable to allow courts to take measure of the true circumstances of the police encounter flexibly. In the spirit of Charron J.'s suggestion in *Singh*, courts should pay particular attention to whether the absence of a caution has had a material impact on voluntariness in a manner which would warrant exclusion of the statement.

est certainement différent sur le plan qualitatif si les circonstances donnent à penser que la personne qui y est amenée ou convoquée afin d'être interrogée est objectivement un suspect qui a droit à une mise en garde. Cela dit, exiger une mise en garde dans toutes les circonstances entraverait inutilement le travail des policiers. Lorsqu'une personne n'est exposée à aucun risque juridique manifeste et que les policiers ont simplement l'intention de recueillir de l'information, les contraindre à donner une mise en garde pourrait même nuire aux enquêtes. En outre, l'application efficace de la loi dépend largement de la coopération des membres du public (*Grant*, par. 39). Lorsqu'une analyse contextuelle révèle qu'aucune injustice n'a été commise et qu'aucune protection garantie par la *Charte* n'est entrée en jeu, une règle rigide obligeant à mettre tout le monde en garde pourrait perturber l'équilibre atteint par la règle des confessions en écartant des déclarations fiables obtenues équitablement. Il est préférable de permettre aux tribunaux de procéder avec souplesse à une évaluation des véritables circonstances du contact avec la police. Conformément à l'esprit de la suggestion faite par la juge Charron dans l'arrêt *Singh*, les tribunaux devraient accorder une attention particulière à la question de savoir si l'absence d'une mise en garde a eu une incidence importante sur le caractère volontaire telle qu'il serait justifié d'écarter la déclaration.

[77] As a suspect who was not detained, Mr. Tessier's circumstances lie between these extremes. Contrary to the Crown's suggestion, there are fairness reasons why the caution may take on greater importance once a person becomes a suspect. A person in Mr. Tessier's situation may also experience heightened vulnerability, but to a lesser degree than someone who, arrested and detained, is more fully under the control of the state. Speaking generally, a suspect who is not detained is free to leave. In some circumstances, notwithstanding the absence of a caution, a suspect may clearly know they do not have to answer questions or may be subject to no influences that would impugn voluntariness by way of threats or inducements, oppression, or police trickery. A suspect is not unfairly denied a free choice to speak in these circumstances. Conversely, even with an operating mind, conduct of the police may unfairly deny them that choice. All of this to say that the totality of the

[77] En tant que suspect qui n'était pas détenu, M. Tessier était dans une situation qui se situe entre ces deux extrêmes. Contrairement à ce que laisse entendre la Couronne, il existe des raisons d'équité pour lesquelles la mise en garde revêt une importance plus grande une fois qu'une personne devient un suspect. En effet, une personne placée dans la même situation que M. Tessier peut, elle aussi, être dans un état de vulnérabilité accrue, mais dans une moindre mesure qu'une personne, arrêtée et détenue, sur laquelle l'État exerce un contrôle plus étendu. D'une manière générale, un suspect qui n'est pas détenu est libre de partir. Dans certaines circonstances, malgré l'absence d'une mise en garde, il est possible qu'un suspect sache parfaitement qu'il n'est pas obligé de répondre aux questions ou qu'il ne soit soumis à aucune influence — notamment sous forme de menaces ou d'encouragements, d'oppression ou de ruses policières — qui mettrait en doute le caractère

circumstances will be important in determining whether a statement made by a suspect who is not detained has been unfairly obtained.

volontaire. Dans de telles circonstances, un suspect n'est pas injustement privé de son libre choix de parler ou non. En revanche, même s'il est dans un état d'esprit conscient, il peut être injustement privé de ce choix en raison du comportement de la police. En résumé, il sera important d'examiner l'ensemble des circonstances pour déterminer si une déclaration faite par un suspect qui n'est pas détenu a été obtenue injustement.

(2) Consequences of the Absence of a Caution

(2) Conséquences de l'absence d'une mise en garde

[78] I agree with the Attorney General of New Brunswick that the weight to be given to the absence of a caution will fall on a spectrum. At one end, the significance attached to the failure to caution an uninvolved individual — such as the person on the street corner — will typically be negligible. The relative lack of vulnerability of an uninvolved individual or witness who is questioned by police means that a caution will typically be unnecessary to show that the statements were voluntary. To require that police caution every person to whom they address questions in a criminal investigation, even where those questions are asked at a police station, would be — as the Court of Appeal rightly noted here — an unworkable standard. It would unduly limit the broader societal interest in investigating crime by excluding reliable and fairly obtained statements in circumstances that do not warrant it.

[78] À l'instar du procureur général du Nouveau-Brunswick, j'estime que le poids à accorder à l'absence d'une mise en garde se situera sur une échelle. À une extrémité, l'importance accordée au fait de ne pas mettre en garde une personne qui n'est pas impliquée dans le crime — par exemple la personne qui se trouve au coin de la rue — sera habituellement négligeable. L'absence relative de vulnérabilité chez une personne qui n'est pas impliquée dans le crime ou chez un témoin qui est interrogé par la police signifie qu'il ne sera habituellement pas nécessaire d'établir qu'il y a eu mise en garde pour démontrer que les déclarations étaient volontaires. Exiger que la police mette en garde chaque personne à qui elle pose des questions dans le cadre d'une enquête criminelle, même lorsque ces questions sont posées dans un poste de police, serait — comme l'a souligné à juste titre la Cour d'appel en l'espèce — une norme impossible à appliquer. Elle limiterait indûment l'intérêt sociétal plus large à ce que les crimes fassent l'objet d'une enquête, en écartant des déclarations fiables obtenues équitablement dans des circonstances qui ne l'exigent pas.

[79] At the other end of the spectrum, the vulnerability and legal jeopardy faced by detainees cement the need for a police caution. Fairness commands that they know of their right to counsel and, by extension, of their right to remain silent so that they can make an "informed choice" whether or not to participate in the investigation (I borrow the expression "informed choice" from *Singh*, at para. 33). The balance courts seek to achieve in applying the confessions rule in this context tilts in favour of protecting the rights of the detained person and of limiting society's interest

[79] À l'autre extrémité de l'échelle, la vulnérabilité des détenus et le risque juridique auquel ils sont exposés consolident la nécessité d'une mise en garde policière. L'équité exige qu'ils connaissent leur droit à l'assistance d'un avocat et, par extension, leur droit de garder le silence, de manière à ce qu'ils puissent faire le « choix éclairé » de participer ou non à l'enquête (j'emprunte l'expression « choix éclairé » à l'arrêt *Singh*, par. 33). L'équilibre que les tribunaux cherchent à atteindre dans l'application de la règle des confessions dans ce contexte les amène à faire

in the investigation of crime. The weight attached to the absence of a caution in these circumstances, while not determinative of the question of voluntariness owing to the contextual analysis required, will be at the highest end (see *Singh*, at para. 33).

primer la protection des droits de la personne détenue sur l'intérêt que la société a à ce que les enquêtes criminelles soient menées à bien. Le poids accordé à l'absence d'une mise en garde dans ces circonstances, bien qu'il ne s'agisse pas d'un facteur déterminant du caractère volontaire en raison de l'analyse contextuelle exigée, se situera à l'extrémité supérieure de l'échelle (voir *Singh*, par. 33).

[80] In circumstances in between, where police interview a suspect who is not detained and do not provide a caution, I agree with the longstanding view that the lack of caution is not fatal, but that it is an important factor in determining voluntariness (see generally Kaufman, at pp. 142-46). The importance attached to the absence of a caution will also be significant in recognition of the potential for vulnerability and exploitation of an informational deficit, unless it can be demonstrated in the circumstances, as I will explain in more detail below, that there is no doubt as to its voluntariness. This builds incrementally on Charron J.'s helpful reasons on this point in *Singh*. The heightened jeopardy and consequential vulnerability faced by a suspect, as opposed to an uninvolved individual, warrants special consideration in the final analysis to ensure adequate and principled protections under the confessions rule. Although encounters between police and citizens sometimes mean the status of a person may change over the course of an interview, investigators are well accustomed to signs that raise their suspicions. This would be the proper moment to caution the interviewee to prevent the potential exclusion of the statement at trial.

[80] Entre ces deux extrêmes, dans des circonstances où la police interroge un suspect qui n'est pas détenu sans lui faire une mise en garde, je souscris à l'opinion de longue date selon laquelle l'absence de cette dernière n'est pas fatale, mais qu'elle constitue un facteur important pour juger du caractère volontaire (voir de façon générale Kaufman, p. 142-146). L'importance accordée à l'absence d'une mise en garde sera également considérable pour tenir compte du risque de vulnérabilité et d'exploitation d'un déficit informationnel, à moins qu'il puisse être démontré que, dans les circonstances, comme je l'expliquerai plus en détail ci-après, le caractère volontaire ne fait aucun doute. Cela s'appuie de façon progressive sur les motifs utiles formulés par la juge Charron sur ce point dans l'arrêt *Singh*. Pour assurer une protection adéquate et fondée sur des principes en application de la règle des confessions, l'analyse définitive doit prendre tout particulièrement en considération le risque accru auquel est exposé un suspect et, par conséquent, sa vulnérabilité, par rapport à ceux d'une personne qui n'est pas impliquée dans le crime. Bien que des contacts entre la police et les citoyens entraînent parfois un changement dans le statut d'une personne au cours d'un interrogatoire, les enquêteurs ont l'habitude de détecter les signes qui éveillent leurs soupçons. Il s'agirait alors du bon moment pour mettre la personne interrogée en garde afin d'éviter la possible exclusion de ses déclarations au procès.

[81] The first step in assessing the importance of the absence of a police caution is therefore to identify whether or not the person was a suspect. I would endorse the suggestion of the Attorney General of New Brunswick that fairness considerations may arise where a person is a suspect, and that a suspect test is a useful way of determining whether an accused person may have been unfairly denied their right to silence (see *Oland*, at para. 42; *Smyth*, at p. 34, citing

[81] La première étape dans l'évaluation de l'importance de l'absence d'une mise en garde par la police est donc de déterminer si la personne était un suspect. Je souscris à la suggestion du procureur général du Nouveau-Brunswick selon laquelle des considérations liées à l'équité peuvent s'appliquer lorsqu'une personne est un suspect et que l'application du critère du suspect est une manière utile de déterminer si une personne accusée peut avoir été

Boudreau). This is also consistent with statements from this Court that "the confessions rule applies whenever a person in authority questions a suspect" (*Oickle*, at para. 30). The test is as proposed by the Attorney General of New Brunswick: whether there were objectively discernable facts known to the interviewing officer at the time of the interview which would lead a reasonably competent investigator to conclude that the interviewee is implicated in the criminal offence being investigated (see *Morrison*, at para. 50; *Oland*, at paras. 43-46; *Smyth*, at pp. 34-36; *Wong*, at para. 64; *Merritt*, at para. 39; *Higham*, at paras. 5-7).

[82] The test is objective, and includes both an assessment of the objectively discernable facts known at the time and the interaction between police and the interviewee. Pointed questions, particularly where they suggest the culpable involvement of the individual being questioned, may indicate that the person is a suspect, but pointed questions may have other legitimate ends, depending on the circumstances. A trial judge is best positioned to determine whether the police were simply seeking to gauge a person's reaction to certain lines of questioning, or whether the questioning is more consistent with the interrogation of a true suspect. While the fact that the police initiated the interview does not, on its own, indicate that a person is a suspect, it may serve as a sign that a person was a suspect where combined with other indications. That said, questions that provoke anxiety or discomfort or even imply guilt do not necessarily mean a person is a suspect. The nature of the interaction between police and the individual and its connection to the objectively verifiable facts is therefore relevant to the suspect test.

[83] Once a court reaches the conclusion that a person was a suspect, the absence of a police caution is not merely one factor among others to be considered. Rather, it is *prima facie* evidence of an unfair denial of the choice to speak to police, and

injustement privée de son droit de garder le silence (voir *Oland*, par. 42; *Smyth*, p. 34, citant *Boudreau*). Cette suggestion est également conforme aux énoncés de notre Cour selon lesquels « la règle des confessions s'applique chaque fois qu'une personne en situation d'autorité interroge un suspect » (*Oickle*, par. 30). Le critère, tel que le propose le procureur général du Nouveau-Brunswick, est le suivant : y a-t-il des faits objectivement discernables connus de l'agent qui procède à l'interrogatoire au moment où se déroule celui-ci qui pourraient amener un enquêteur raisonnablement compétent à conclure que la personne interrogée est impliquée dans l'infraction criminelle visée par l'enquête? (Voir *Morrison*, par. 50; *Oland*, par. 43-46; *Smyth*, p. 34-36; *Wong*, par. 64; *Merritt*, par. 39; *Higham*, par. 5-7.)

[82] Le critère est objectif et comprend à la fois une évaluation des faits objectivement discernables connus au moment de l'interrogatoire et l'interaction entre la police et la personne interrogée. Les questions ciblées, surtout lorsqu'elles donnent à penser que la personne interrogée est impliquée de façon répréhensible dans le crime, peuvent indiquer que la personne est un suspect. Cependant, elles peuvent également avoir d'autres objectifs légitimes, selon les circonstances. Le juge de première instance est le mieux placé pour déterminer si la police cherchait simplement à évaluer la réaction d'une personne à certaines questions ou si l'interrogatoire correspond davantage à celui d'un véritable suspect. Bien qu'un interrogatoire qui a lieu à l'initiative des policiers n'indique pas, en soi, qu'une personne est un suspect, il peut s'agir d'un signe qu'elle est considérée comme telle lorsqu'il est combiné à d'autres indications. Cela dit, des questions qui provoquent de l'anxiété ou de l'inconfort ou même qui insinuent la culpabilité ne signifient pas nécessairement qu'une personne est un suspect. La nature de l'interaction entre la police et la personne ainsi que son lien avec les faits objectivement vérifiables sont donc pertinents pour l'application du critère du suspect.

[83] Lorsque le tribunal arrive à la conclusion qu'une personne était un suspect, l'absence d'une mise en garde policière ne constitue pas simplement un facteur à prendre en considération parmi d'autres. Il s'agit plutôt d'une preuve *prima facie* d'un déni

courts must explicitly address whether the failure created an unfairness in the circumstances (see *Oland*, at para. 42). It cannot be washed aside in the sea of other considerations. Instead, it serves to impugn the fairness of the statement and must be addressed, by the Crown, in the constellation of circumstances relevant to whether the accused made a free choice to speak. In discharging its burden to prove beyond a reasonable doubt that a statement was voluntary, the Crown will need to overcome this *prima facie* evidence of unfairness.

injuste du choix de parler ou non à la police, et le tribunal doit trancher explicitement la question de savoir si l'omission a entraîné une injustice dans les circonstances (voir *Oland*, par. 42). Ce facteur ne doit pas se perdre dans l'ensemble des autres considérations. Il sert plutôt à mettre en doute l'équité de la déclaration, et la Couronne doit en traiter à la lumière de l'ensemble des circonstances pertinentes pour déterminer si l'accusé a choisi librement de parler. Pour s'acquitter de son fardeau de prouver hors de tout doute raisonnable qu'une déclaration était volontaire, la Couronne devra réfuter cette preuve *prima facie* d'injustice.

[84] This adjustment should be understood in light of the allocation of the evidential and persuasive burdens of proof which, for the operating mind test, is explained as follows by authors Lederman, Fuerst and Stewart, at ¶8.119, citing *Ward*, at p. 41, and *R. v. Lapointe and Sicotte* (1983), 9 C.C.C. (3d) 366 (Ont. C.A.), at p. 383, aff'd [1987] 1 S.C.R. 1253:

> A final consideration under the operating mind test is the allocation of the evidential burden and [the] persuasive (legal) burdens of proof. Inasmuch as the accused may be the only person who has knowledge of these subjective matters, the evidentiary burden to adduce sufficient evidence to raise the issue should be allocated to the accused. . . . Once the accused has adduced sufficient evidence to make it a live issue, the Crown must then satisfy the trial judge beyond a reasonable doubt that the statement was voluntary.

[84] Cet ajustement doit être interprété en fonction de l'imposition des fardeaux de présentation et de persuasion, fardeaux qui, aux fins du critère de l'état d'esprit conscient, sont expliqués comme suit par les auteurs Lederman, Fuerst et Stewart, ¶8.119, citant *Ward*, p. 41, et *R. c. Lapointe and Sicotte* (1983), 9 C.C.C. (3d) 366 (C.A. Ont.), p. 383, conf. par [1987] 1 R.C.S. 1253 :

> [TRADUCTION] Un dernier élément à prendre en considération dans l'analyse du critère de l'état d'esprit conscient est l'imposition du fardeau de présentation et du fardeau (légal) de persuasion. Dans la mesure où l'accusé est peut-être la seule personne qui a connaissance de ces questions de nature subjective, le fardeau de présenter suffisamment d'éléments de preuve pour soulever la question devrait lui incomber. [. . .] Lorsque l'accusé a présenté suffisamment d'éléments de preuve pour en faire une question litigieuse, la Couronne doit alors convaincre le juge de première instance que la déclaration était, hors de tout doute raisonnable, volontaire.

[85] Extrapolating from this useful insight and broadening its application to beyond the operating mind context, and in keeping with Charron J.'s advice on cautions in *Singh*, I propose to recognize that the absence of a caution to a suspect constitutes *prima facie* evidence that an accused was unfairly denied their choice to speak to the police. This is sufficient to render the absence of a caution a live issue that the Crown must dispel in order to establish the voluntary character of the statement beyond reasonable doubt.

[85] À la lumière de ces observations utiles et en en élargissant l'application au-delà du contexte de l'état d'esprit conscient, et conformément au conseil de la juge Charron sur les mises en garde dans l'arrêt *Singh*, je propose de considérer l'absence d'une mise à garde faite à un suspect comme une preuve *prima facie* qu'un accusé a été injustement privé de son choix de parler ou non à la police. Cela suffit pour faire de l'absence d'une mise en garde une question litigieuse que la Couronne doit réfuter afin d'établir le caractère volontaire de la déclaration hors de tout doute raisonnable.

(3) Legal Framework

[86] In the course of cross-examination of police witnesses or upon hearing the accused's own testimony, it may come to light that the accused was in a situation of heightened vulnerability and risk, either because they were detained or a suspect, and were not given a caution despite being suspected of a crime. That is sufficient to cast doubt on whether the interviewee spoke voluntarily as understood in *Whittle* and *Oickle*; that is, that the accused had the ability to understand what was being said and that it may be used in evidence, and that there was no other recognized consideration impugning voluntariness. The accused thus has met their evidentiary burden to make the absence of a caution a "live issue"; in keeping with its persuasive burden, the Crown must then satisfy the trial judge beyond a reasonable doubt that the statement was nevertheless voluntary.

[87] In these circumstances, it is appropriate for the trier of fact to undertake a contextual inquiry to determine whether an unfairness arose that vitiates voluntariness by denying the right to silence. This might arise where there is evidence of police trickery, for example circumstances in which the absence of a caution is the result of a willful failure to give a caution or a deliberate tactic to manipulate the suspect into thinking they have nothing at stake (see, e.g., *R. v. Crawford*, [1995] 1 S.C.R. 858, at para. 25; *R. v. Auclair* (2004), 183 C.C.C. (3d) 273 (Que. C.A.), at para. 41; *M. (D.)*, at para. 45; *Higham*, at para. 22). Impropriety on the part of the police, usually in the form of obscuring the jeopardy faced by the suspect to encourage cooperation, may unfairly deny a suspect their right to silence. Plainly, the statement should be excluded if the police deception shocks the community. But even if it does not rise to that level, deceiving the interviewee into thinking that, as a mere witness, they are in no jeopardy and that their statements will not be used in evidence against them could preclude admissibility at the end of the day. "[T]he ability to make a meaningful choice remains pertinent where

(3) Cadre juridique

[86] Au cours du contre-interrogatoire des témoins de la police ou en entendant le témoignage de l'accusé lui-même, il se peut que l'on découvre que ce dernier était dans un état de vulnérabilité accrue ou exposé à un risque accru, parce qu'il était détenu ou qu'il était considéré comme un suspect et qu'il n'avait pas reçu de mise en garde, en dépit du fait qu'il était soupçonné d'avoir commis un crime. Cela suffit pour semer un doute quant au caractère volontaire des propos de l'accusé au sens des arrêts *Whittle* et *Oickle*, c'est-à-dire un doute quant au fait que l'accusé avait la capacité de comprendre ce qui était dit et que sa déclaration pourrait servir de preuve et qu'il n'y avait aucune autre considération connue portant atteinte au caractère volontaire. L'accusé s'est donc acquitté de son fardeau de présentation pour faire de l'absence d'une mise en garde une « question litigieuse ». Afin de respecter son fardeau de persuasion, la Couronne doit ensuite convaincre le juge de première instance, hors de tout doute raisonnable, que la déclaration était néanmoins volontaire.

[87] Dans ces circonstances, il convient que le juge des faits entreprenne une analyse contextuelle pour déterminer si une injustice a été commise qui vicie le caractère volontaire en privant l'accusé du droit de garder le silence. Ce peut être le cas lorsqu'il y a une preuve de ruse policière, par exemple lorsque l'absence d'une mise en garde résulte d'un manquement délibéré ou d'une tactique délibérée visant à manipuler le suspect de manière à ce qu'il pense que rien n'est en jeu (voir, p. ex., *R. c. Crawford*, [1995] 1 R.C.S. 858, par. 25; *Auclair c. La Reine*, [2004] R.J.Q. 767 (C.A.), par. 41; *M. (D.)*, par. 45; *Higham*, par. 22). En commettant une inconvenance, habituellement en dissimulant le risque auquel est exposé le suspect pour encourager sa coopération, la police peut injustement priver le suspect de son droit de garder le silence. En termes clairs, la déclaration doit être écartée si le subterfuge des policiers choque la collectivité. Cependant, même si la situation n'atteint pas ce niveau, amener la personne interrogée à croire que, en tant que simple témoin, elle ne risque rien et que ses déclarations ne serviront pas de preuve contre elle pourrait en fin de compte empêcher leur admission :

trickery is involved", write Lederman, Fuerst and Stewart, "and exclusion is mandated where there is a reasonable doubt as to the confession's voluntariness in this regard" (¶8.126). I would note there is a distinction between misleading a person about the extent of their jeopardy and declining to inform a person that they are a suspect. Police need not provide details about the status of their investigation provided the salient information is communicated and there are no strategies of deception (*R. v. Campbell*, 2018 ONCA 837, 366 C.C.C. (3d) 346, at paras. 8-9).

[88] While not necessary for the Crown to demonstrate, proof that the accused was in fact subjectively aware of their right to silence or aware of the consequences of speaking will be powerful evidence that the absence of a caution did not undermine voluntariness. In such an instance, doubts as to fairness that could result from the absence of a caution plainly do not arise because the suspect has the information necessary to choose whether to speak or remain silent. For example, in the cases of *Pepping*, *R. v. Boothe*, 2016 ONCA 987, and *R. v. Blackmore*, 2017 BCSC 2682, cited by the Court of Appeal, the statements were held to be voluntary despite the absence of a caution. In each of these cases, the court was satisfied that the suspect was aware of the consequences of speaking. Stated non-exhaustively, indications that a suspect may be aware of the right to silence or the consequences of speaking include awareness of being recorded (*R. v. Leblanc* (2001), 162 C.C.C. (3d) 74 (Que. C.A.), at para. 17), indications that the suspect is directing conversation (*Boothe*, at para. 20 (CanLII)), awareness of what the police are investigating and the suspect's alleged role in the investigation (*M. (D.)*, at para. 45; *Leblanc*, at para. 26), and exercising the right to silence by declining to answer police questions (*M. (D.)*, at para. 46). I would underscore that these cases do not stand for the proposition that the Crown must prove beyond a reasonable doubt subjective knowledge of the right to silence or that the proof of knowledge displaces the settled test for an operating mind. Rather, they indicate that where there is evidence that the accused was aware of their right to silence or of the

[TRADUCTION] « . . . la capacité de faire un choix utile demeure pertinente en présence d'une ruse », écrivent les auteurs Lederman, Fuerst et Stewart, « et l'exclusion s'impose lorsqu'il y a un doute raisonnable quant au caractère volontaire de la confession à cet égard » (¶8.126). J'aimerais souligner qu'il y a une différence entre le fait d'induire une personne en erreur quant à l'étendue du risque auquel elle est exposée et refuser de dire à une personne qu'elle est une suspecte. La police n'a pas à fournir de détails sur l'état de l'enquête pourvu que l'information essentielle soit communiquée et qu'il n'y ait aucune stratégie de subterfuge (*R. c. Campbell*, 2018 ONCA 837, 366 C.C.C. (3d) 346, par. 8-9).

[88] Bien que la Couronne n'ait pas à la faire, la démonstration que l'accusé était en fait subjectivement au courant de son droit de garder le silence ou des conséquences de ses déclarations constituera une preuve convaincante que l'absence d'une mise en garde n'a pas miné le caractère volontaire. Dans ce cas, il n'y a tout simplement pas de doute sur l'équité qui pourrait découler de l'absence de mise en garde, car le suspect dispose de l'information nécessaire pour choisir de parler ou de garder le silence. Par exemple, dans les affaires *Pepping*, *R. c. Boothe*, 2016 ONCA 987, et *R. c. Blackmore*, 2017 BCSC 2682, citées par la Cour d'appel, les déclarations ont été jugées volontaires malgré l'absence d'une mise en garde. Dans chacune de ces décisions, la cour a conclu que le suspect était au courant des conséquences de ses déclarations. Parmi les éléments qui portent à croire qu'un suspect peut être au courant de son droit de garder le silence ou des conséquences de ses déclarations, mentionnons de manière non exhaustive la conscience d'être enregistré (*R. c. Leblanc*, 2001 CanLII 12528 (C.A. Qc), par. 17), des indications établissant que le suspect dirige la conversation (*Boothe*, par. 20 (CanLII)), une connaissance de l'objet de l'enquête policière et du présumé rôle du suspect dans l'enquête (*M. (D.)*, par. 45; *Leblanc*, par. 26), et l'exercice du droit de garder le silence en refusant de répondre aux questions de la police (*M. (D.)*, par. 46). J'aimerais souligner que ces décisions n'appuient pas la proposition selon laquelle la Couronne doit prouver hors de tout doute raisonnable la connaissance subjective du droit de garder le silence ou qu'une

consequences of speaking, the weight attached to the absence of a caution becomes less important because there are other strong indications of voluntariness. An eagerness to talk, as in the case of *Pepping* (para. 6), may or may not serve as evidence of voluntariness, depending on the circumstances. A person may appear eager to talk as a result of either a genuine interest in doing so or through a feeling of fear and compulsion.

(4) Summary

[89] In summary, the confessions rule always places the ultimate burden on the Crown to prove beyond a reasonable doubt that a statement made by an accused to a person in authority was made voluntarily. When an accused brings a voluntariness claim with respect to police questioning that did not include a caution, the first step is to determine whether or not the accused was a suspect. If the accused was a suspect, the absence of a caution is *prima facie* evidence of an unfair denial of choice but not dispositive of the matter. It is credible evidence of a lack of voluntariness that must be addressed by the court directly. Depending on the circumstances, it is potentially relevant to different *Oickle* factors as well as any other considerations pertinent to voluntariness. However, the absence of a caution is not conclusive and the Crown may still discharge its burden, if the totality of the circumstances allow. The Crown need not prove that the accused subjectively understood the right to silence and the consequences of speaking, but, where it can, this will generally prove to be persuasive evidence of voluntariness. If the circumstances indicate that there was an informational deficit exploited by police, this will weigh heavily towards a finding of involuntariness. But if the Crown can prove that the suspect maintained their ability to exercise a free choice because there were no signs of threats or inducements, oppression, lack of an operating mind or police trickery, that will be sufficient to discharge the Crown's burden that the statement was voluntary

preuve de la connaissance écarte le critère établi de l'état d'esprit conscient. Elles indiquent plutôt que, en présence d'une preuve que l'accusé connaissait son droit de garder le silence ou les conséquences de ses déclarations, le poids accordé à l'absence d'une mise en garde devient moins important, car il existe d'autres indications fortes du caractère volontaire. Un empressement de parler, comme dans l'affaire *Pepping* (par. 6), peut servir, ou non, à prouver le caractère volontaire, selon les circonstances. Une personne peut sembler empressée de parler soit parce qu'elle a un véritable intérêt à le faire, soit parce qu'elle a peur ou se sent contrainte de le faire.

(4) Sommaire

[89] En somme, la règle des confessions fait toujours porter sur la Couronne l'ultime fardeau de prouver hors de tout doute raisonnable le caractère volontaire de la déclaration d'un accusé à une personne en situation d'autorité. Lorsqu'un accusé remet en question le caractère volontaire en ce qui a trait à un interrogatoire par la police durant lequel il n'a pas été mis en garde, la première étape consiste à déterminer s'il était ou non un suspect. Si oui, l'absence de mise en garde est une preuve *prima facie* d'un déni inéquitable de choix, mais elle n'est pas déterminante pour trancher la question. Il s'agit d'une preuve crédible de l'absence du caractère volontaire sur laquelle la cour doit se pencher directement. Selon les circonstances, elle peut être pertinente pour certains facteurs énumérés dans l'arrêt *Oickle* de même que pour toutes les autres considérations qui se rapportent au caractère volontaire. Toutefois, l'absence de mise en garde n'est pas décisive et la Couronne peut malgré tout se décharger de son fardeau si l'ensemble des circonstances le permet. Elle n'a pas à prouver que l'accusé a compris subjectivement le droit au silence ou les conséquences de sa prise de parole, mais, si elle peut le faire, cela constituera généralement une preuve convaincante du caractère volontaire de la déclaration. Si les circonstances donnent à penser que la police a tiré profit d'un manque d'information, cela pèsera lourdement en faveur d'une conclusion selon laquelle la déclaration n'était pas volontaire. Cependant, si la Couronne est en mesure de prouver que le suspect a conservé la capacité d'exercer son

and remove the stain brought by the failure to give a caution.

(5) Application to the Facts

[90] In light of the foregoing, and given the absence of a caution, were Mr. Tessier's statements to the police voluntary under the confessions rule? I agree with the trial judge's conclusion that the statements are admissible: Mr. Tessier did exercise a free or meaningful choice to speak to Sgt. White and he was not unfairly denied his right to silence. This is so even taking Mr. Tessier's argument at its highest by accepting that he was a suspect. I shall assume that Charron J.'s recommendation applies here: Sgt. White should have cautioned Mr. Tessier at the outset of the interview. Given that there was a reasonable basis to consider Mr. Tessier a suspect and in light of the pointed questioning he faced, which was adversarial in nature, the absence of the caution raises *prima facie* proof that, on its own, satisfies the evidentiary burden that the Crown must address in its legal burden of proving voluntariness. But I am satisfied that the record substantiates the Crown's argument, accepted by the trial judge, that Mr. Tessier had an operating mind and was not otherwise tricked in the circumstances. There are more decisive indications of voluntariness here, including circumstances that go above and beyond the basic requirements of an operating mind. The record contains strong signs, each of which points to the fact that Mr. Tessier was well aware of the consequences of speaking to Sgt. White. He knew that anything he said could be used as evidence, and knew that he had a choice between alternatives as to whether or not to cooperate with police. Additionally, while undoubtedly pointed at times, Sgt. White was forthright in the manner in which he confronted Mr. Tessier. The accused exercised a free choice to speak in the circumstances.

libre choix vu l'absence de signes de menaces ou d'encouragement, d'oppression, de l'absence d'un esprit conscient ou de ruse policière, cela suffira pour qu'elle se décharge de son fardeau de prouver que la déclaration était volontaire et remédier à l'absence de mise en garde qui avait entaché le processus.

(5) Application aux faits

[90] À la lumière de ce qui précède, et compte tenu de l'absence de mise en garde, les déclarations de M. Tessier à la police étaient-elles volontaires suivant la règle des confessions? J'adhère à la conclusion du juge du procès selon laquelle les déclarations étaient admissibles : M. Tessier a bel et bien fait le choix libre et éclairé de parler au sergent White et il n'a pas été privé injustement de son droit au silence. Il en est ainsi même en prenant son argument à son sens le plus fort et en acceptant qu'il était un suspect. Je tiens pour acquis que la recommandation de la juge Charron s'applique ici : le sergent White aurait dû mettre M. Tessier en garde dès le début de l'interrogatoire. Puisqu'il y avait un motif raisonnable de considérer M. Tessier comme un suspect et compte tenu de l'interrogatoire pointu auquel il a été soumis et de la nature contradictoire de celui-ci, l'absence de mise en garde constitue une preuve *prima facie* qui, à elle seule, satisfait au fardeau de la preuve pour que la Couronne soit tenue de traiter de la question dans le cadre de son fardeau légal de prouver le caractère volontaire. Je suis toutefois convaincu que le dossier appuie l'argument de la Couronne, accepté par le juge du procès, selon lequel M. Tessier était dans un état d'esprit conscient et n'a pas été autrement piégé dans les circonstances. En l'espèce, il existe des indications plus décisives du caractère volontaire, y compris des circonstances qui vont au-delà des exigences minimales de l'état d'esprit conscient. Le dossier comporte des signes forts, qui laissent chacun supposer que M. Tessier était parfaitement conscient des conséquences de sa prise de parole devant le sergent White. Il savait que tout ce qu'il disait pourrait servir de preuve, et qu'il avait le choix de collaborer ou non avec les policiers. En outre, même si ses questions étaient parfois assurément ciblées, le sergent White a été franc dans la manière dont il a confronté M. Tessier. Dans les circonstances, l'accusé a exercé son libre choix de parler.

[91] Informed that he was being recorded, Mr. Tessier began the interview anxious to convey information that would lead Sgt. White's suspicions elsewhere. In particular, he noted at the outset that Mr. Berdahl's ex-girlfriend "hate[d]" him, that Mr. Berdahl owes a lot of people money, and that when he heard Mr. Berdahl had been involved in a homicide, he thought Mr. Berdahl had been culpably involved. Referring to when police first contacted him about their investigation, Mr. Tessier said the following to Sgt. White:

> And at first I thought he did something. Um, you know, it was like uh what did he do now? kind of thing, like uh cause he does work as a bouncer for some of the strippers and that. And he – he's – he's done that kind of stuff before. Bodyguard whatever. Like he does all the side jobs, you know. . . . [S]o I thought maybe he's you know stabbed somebody or whatever else, you know, cause he's always got his knives on him, he's always got, you know well he's got – he usually has a lot of weapons and stuff on him so uh I'm wondering if he did something that way.

(A.R., vol. IV, at p. 109)

[92] Mr. Tessier clearly knew that anything he said could be used as evidence. Not only was he advised at the start of the interview that it was being recorded, he made inquiries to ensure the recording was still live. He was told at times to speak up for the purposes of the recording. The obvious inference is that Mr. Tessier was aware that police were recording his statement for investigatory purposes related to the homicide of Mr. Berdahl. The trial judge took note of this (para. 10); the Court of Appeal made no mention of Mr. Tessier's awareness that the interview was being recorded and his expression of interest that his narrative was being caught on tape — an indication that he knew what police were investigating and what was at stake. To revert to the operating mind test in *Whittle*, Mr. Tessier not only had the ability to understand what he was saying but also to comprehend that the evidence may be used as evidence in criminal proceedings. Importantly, as was the case for the interviewee in *Pepping*, Mr. Tessier understood that

[91] Informé qu'il était enregistré, M. Tessier a commencé l'entretien désireux de communiquer de l'information qui déplacerait vers d'autres les soupçons du sergent White. Plus particulièrement, il a noté dès le départ que l'ex-petite amie de M. Berdahl le [TRADUCTION] « ha[ïssait] », que M. Berdahl devait de l'argent à de nombreuses personnes et que, lorsqu'il a entendu que ce dernier avait été impliqué dans un homicide, il a eu le sentiment que M. Berdahl avait été impliqué de manière répréhensible. Lorsqu'il a fait référence à la première fois où la police l'a contacté à propos de son enquête, M. Tessier a dit ce qui suit au sergent White :

> [TRADUCTION] Et, au début, j'ai pensé qu'il avait fait quelque chose. Euh, tu sais, c'était comme euh, qu'est-ce qu'il a fait cette fois-ci? genre de truc, comme euh parce qu'il travaille comme *bouncer* pour certaines des strip-teaseuses et tout. Et il – il – il a fait ce genre d'affaires avant. Garde du corps genre. C'est qu'il fait tous les petites *jobs*, tu sais. [. . .] [D]onc j'ai pensé que peut-être qu'il a poignardé quelqu'un ou n'importe quoi d'autre, tu sais, parce qu'il a toujours ses couteaux sur lui, il a toujours, tu sais il a – d'habitude il a beaucoup d'armes et des affaires sur lui donc euh je me demande s'il a fait quelque chose du genre.

(d.a., vol. IV, p. 109)

[92] Monsieur Tessier savait manifestement que tout ce qu'il disait pouvait être utilisé comme preuve. Non seulement a-t-il été avisé au début de l'entretien qu'il était enregistré, mais il s'est renseigné plus tard pour s'assurer que l'enregistrement se poursuivait. À certains moments, on lui a demandé de parler plus fort pour les fins de l'enregistrement. Cela insinuait manifestement que M. Tessier était conscient que la police enregistrait sa déclaration à des fins d'enquête en lien avec l'homicide de M. Berdahl. Le juge du procès l'a souligné (par. 10); la Cour d'appel n'a mentionné ni que M. Tessier était conscient que l'entretien était enregistré et ni son expression d'intérêt quant au fait que son récit était enregistré — une indication qu'il savait ce sur quoi la police enquêtait et qu'il était conscient de l'enjeu. Pour revenir au critère de l'état d'esprit conscient établi dans l'arrêt *Whittle*, M. Tessier avait la capacité non seulement de comprendre ce qu'il disait, mais aussi de saisir que le témoignage pourrait être utilisé comme preuve dans

the police officer was recording his statement and he sought to ensure that his own version of events would be part of that record.

[93] Mr. Tessier even made positive assertions that he would not cooperate, an indication that he knew his cooperation was voluntary and that when he spoke it reflected a choice between alternatives. After returning from his cigarette break outside the detachment where he freely conversed with his friend, and after Sgt. White confirmed the time for the purpose of the recording, Mr. Tessier then declined to provide his DNA sample, stating the following:

> No, I'll state right now. Um, I – I don't know what's going on. I don't want to be painted into a corner. . . . I – I don't want to be put in a position where I – I'm like the – the one guy that you guys have or something like that . . . Like uh if my hair is on him or something like that, I don't want to be [the] murder[er]. I don't want to be charged with anything like that.

(A.R., vol. IV, at p. 130)

[94] At other moments, there are indications that Mr. Tessier was attempting to craft an image of concern and selective cooperation, while attempting to find out what police knew. Early on in the exchange, he invited Sgt. White to ask questions about Mr. Berdahl, seemingly confident in the information he could provide. On several occasions Mr. Tessier inquired into what happened to Mr. Berdahl. He invited police to his home to sort through Mr. Berdahl's possessions. These interactions suggest that Mr. Tessier was well aware that police were investigating the homicide of Mr. Berdahl and that anything he said could be used as evidence, an awareness that he unambiguously displayed when he said to Sgt. White, "I'm the only person that you guys got and that's not good" (A.R., vol. IV, at p. 130). The exchanges also show an eagerness to talk and a perceived confidence in his ability to control the information provided to Sgt. White,

le cadre d'une instance criminelle. Fait important, à l'instar de la personne qui était interrogée dans l'affaire *Pepping*, M. Tessier comprenait que le policier enregistrait sa déclaration et il a voulu s'assurer que sa version des faits ferait partie de ce dossier.

[93] Monsieur Tessier a même affirmé positivement qu'il ne coopérerait pas, une indication qu'il savait que sa coopération était volontaire et que lorsqu'il prenait la parole, cela reflétait qu'il avait fait un choix entre deux options. Après son retour de la pause cigarette, qu'il a passée à l'extérieur du détachement où il a conversé librement avec son ami, et après la confirmation par le sergent White de l'heure pour les fins de l'enregistrement, M. Tessier a refusé de donner un échantillon d'ADN, affirmant que :

> [TRADUCTION] Non, je vais le dire tout de suite. Euh, je – je ne sais pas ce qui se passe. Je ne veux pas me faire peinturer dans le coin. [. . .] Je – je ne veux pas être mis dans une position où je – je suis comme le – le seul gars que vous avez ou quelque chose du genre. [. . .] Comme euh si un de mes cheveux est sur lui ou quelque chose comme ça, je ne veux pas être [le] meurtr[ier]. Je ne veux pas être accusé de n'importe quoi dans le genre.

(d.a., vol. IV, p. 130)

[94] À d'autres moments, il y a des indications que M. Tessier essayait de créer une image de préoccupation et de coopération sélective, tout en essayant de découvrir ce que savait la police. Au début de l'échange, il a invité le sergent White à poser des questions à propos de M. Berdahl, apparemment confiant quant aux renseignements qu'il pouvait fournir. À quelques occasions, M. Tessier a demandé ce qui était arrivé à M. Berdahl. Il a invité la police à venir chez lui pour trier les possessions de ce dernier. Ces interactions suggèrent que M. Tessier savait parfaitement que la police menait une enquête sur l'homicide de M. Berdahl et que tout ce qu'il disait pouvait servir de preuve, un état de conscience qu'il a manifesté sans l'ombre d'un doute lorsqu'il a dit au sergent White : « . . . je suis la seule personne que vous avez et ce n'est pas bon signe » (d.a., vol. IV, p. 130). Les échanges démontrent aussi un empressement à parler

further indications, when the whole of the context is considered, of the voluntariness of his statements.

[95] While he was not told that he was a suspect, Mr. Tessier was not misled about his jeopardy. It was clear from the beginning that he had not been eliminated from the investigation, a point made directly by Sgt. White when he explained the purpose for requesting the DNA sample. If there was any doubt that Mr. Tessier was facing the potential jeopardy of a murder charge, this was dispelled when Sgt. White asked directly if he had killed Mr. Berdahl. It was also known to Mr. Tessier:

Q: What do you think should happen to the person that uh caused his – his death?

A: He should be charged.

Q: For?

A: Murder, apparently.

(A.R., vol. IV, at p. 125)

[96] In other words, Mr. Tessier was aware that the police might pursue him in a criminal investigation, and he sought to avoid that outcome by managing the information he conveyed to Sgt. White. Again, the facts are comparable with those in *Pepping*. In that case, police did not caution the accused before interviewing him. The trial judge had found that that the accused was not a suspect and that his statements were voluntary. The Court of Appeal reviewed the record and found reasonable support for voluntariness, even if the accused was a suspect. On the application of *Singh*, the question was whether the absence of a caution rendered the statement involuntary. The Court of Appeal held that the record supported the findings that the accused was eager to talk and aware of the legal consequences of giving a statement, and accordingly the court deferred to the trial judge. As

et une confiance de façade en sa capacité à avoir le contrôle de l'information fournie au sergent White, indications supplémentaires, lorsque tout le contexte est pris en considération, du caractère volontaire de ses déclarations.

[95] Même s'il n'a pas été avisé qu'il était un suspect, M. Tessier n'a pas été induit en erreur quant au risque auquel il faisait face. Il était évident depuis le début qu'il n'avait pas été écarté de l'enquête, un élément dont l'a directement informé le sergent White lorsqu'il a justifié la demande d'un échantillon d'ADN. S'il existait un doute que M. Tessier était à risque d'être accusé d'un meurtre, il a été dissipé lorsque le sergent White a demandé directement s'il avait tué M. Berdahl. Monsieur Tessier le savait lui aussi :

[TRADUCTION]

Q : Qu'est-ce que vous pensez qu'il devrait arriver à la personne qui euh a causé sa – sa mort?

R : Il devrait être accusé.

Q : De?

R : Meurtre, apparemment.

(d.a., vol. IV, p. 125)

[96] Autrement dit, M. Tessier était conscient que la police pourrait porter des accusations contre lui dans le cadre d'une enquête criminelle, et il a essayé d'éviter cette issue en manipulant l'information dont il faisait part au sergent White. Encore une fois, les faits sont comparables à ceux qui ont donné lieu à la décision *Pepping*. Dans cette affaire, la police n'avait pas mis l'accusé en garde avant de l'interroger. Le juge du procès avait conclu que l'accusé n'était pas un suspect et que ses déclarations avaient été faites volontairement. La Cour d'appel a réexaminé le dossier et a jugé que la conclusion quant au caractère volontaire était raisonnablement fondée, et l'aurait été même si l'accusé avait été un suspect. En appliquant l'arrêt *Singh*, il s'agissait de savoir si l'absence de mise en garde rendait la déclaration involontaire. La Cour d'appel a conclu que le dossier étayait les conclusions

in that case, Mr. Tessier was eager to speak with Sgt. White, sought to ensure that his statement was being recorded, and took proactive steps to decline to cooperate when it suited him.

selon lesquelles l'accusé souhaitait vivement parler et était conscient des conséquences juridiques de sa décision de faire une déclaration; en conséquence, la cour s'en est remise au juge du procès. Comme dans cette affaire, M. Tessier était impatient de parler avec le sergent White, a voulu s'assurer que sa déclaration était enregistrée, et a pris des mesures proactives pour refuser de coopérer lorsque cela lui convenait.

[97] The record makes plain that the trial judge's conclusion that Mr. Tessier had an operating mind should not be disturbed on appeal. He knew that his statements to police could be used as evidence in criminal proceedings, and the absence of a caution did not give rise to an informational deficit that was unfairly exploited by Sgt. White. His choice to speak to the police was a free or meaningful choice.

[97] Il ressort clairement du dossier que la conclusion du juge du procès selon laquelle M. Tessier avait un état d'esprit conscient ne devrait pas être modifiée en appel. Il savait que ses déclarations à la police pouvaient servir de preuve dans le cadre de procédures criminelles, et l'absence de mise en garde n'a pas entraîné de déficit informationnel exploité injustement par le sergent White. Son choix de parler à la police a été libre ou utile.

[98] As the voluntariness inquiry is broader than just the operating mind doctrine, it is appropriate to consider whether there were any threats or inducements, oppressive tactics, or police trickery that would cast doubt on the voluntariness of Mr. Tessier's statements. I note that Mr. Tessier does not argue that he was in some way threatened, tricked, or treated oppressively. At its highest, Mr. Tessier's claim is that Sgt. White unfairly exploited an informational deficit, in particular through his pointed questions, and should have cautioned him. I have already described why that does not describe the circumstances of this case or decide the question. Nevertheless, other indications that Mr. Tessier's statements were voluntary suggest that there was nothing unfair about the methods Sgt. White used to interview him.

[98] Comme l'examen du caractère volontaire ne se limite pas à celui de la doctrine de l'état d'esprit conscient, il convient de se demander s'il y a eu des menaces ou des encouragements, des tactiques oppressives, ou des ruses policières qui sèmeraient un doute sur le caractère volontaire des déclarations de M. Tessier. Je note que M. Tessier n'a pas fait valoir qu'il aurait été menacé, trompé ou traité de manière oppressive. Si on la considère de la manière qui lui soit le plus favorable, la prétention de M. Tessier est que le sergent White a injustement exploité un déficit informationnel, notamment en posant des questions pointues, et qu'il aurait dû le mettre en garde. J'ai déjà expliqué pourquoi cette description n'est pas fidèle aux circonstances de la présente cause et ne résout pas la question. Quoi qu'il en soit, d'autres indices que les déclarations de M. Tessier étaient volontaires suggèrent que les méthodes d'interrogatoire utilisées par le sergent White n'avaient rien d'inéquitable.

[99] Mr. Tessier was indeed nervous when confronted with Sgt. White's pointed questions. Sgt. White testified that he was attempting to get a "read" on Mr. Tessier to see if he would say anything inculpatory (A.R., vol. II, at p. 35). Generally, questioning contributes to an atmosphere of oppression where it is excessively aggressive and intimidating over a prolonged period (*Oickle*, at para. 60). While the trial judge did not take adequate account of the adversarial

[99] Monsieur Tessier était effectivement nerveux lorsque le sergent White l'a confronté avec des questions pointues. Ce dernier a témoigné qu'il essayait d'obtenir une [TRADUCTION] « lecture » de M. Tessier pour voir s'il dirait quelque chose d'inculpatoire (d.a., vol. II, p. 35). En règle générale, l'interrogatoire contribue à créer un climat d'oppression lorsqu'il est empreint d'agressivité et d'intimidation excessives durant une période prolongée (*Oickle*, par. 60). Bien

nature of the questioning in his evaluation of the status of Mr. Tessier as a suspect, the questioning did not contribute to an atmosphere of oppression in the manner contemplated in *Oickle*. Nor did the fact that the interview occurred at the station create an atmosphere of oppression. To be perfectly plain: the facts here are very different from other interrogation cases where a person was subjected to a lengthy and vigorous interrogation and was unable to leave the interview room, or was deprived of sleep or nourishment over the course of the interview. None of that occurred here.

[100] The trial judge was not mistaken in concluding that Sgt. White did not engage in police trickery that was "so appalling as to shock the community" (*Oickle*, at para. 67). There is no suggestion here that Sgt. White engaged in even a lesser form of trickery by misleading Mr. Tessier about his jeopardy to encourage cooperation. Sgt. White confronted Mr. Tessier in a forthright manner. It was clear he was investigating the death of Mr. Berdahl. He presented Mr. Tessier with real information, noting, for example, that it was suspicious that Mr. Tessier was the last person in the company of Mr. Berdahl before he was found dead. His queries about whether Mr. Tessier was driving and flicking cigarettes near Carstairs was motivated by the genuine discovery of cigarettes within the vicinity of the body. It was no secret that Mr. Berdahl owed Mr. Tessier money — Mr. Tessier said so himself at the beginning of the interview. It is true that he did not share all the information he had about the tire tracks and the footprints at the scene of the crime with Mr. Tessier, but he did not hide his interest in either the kind of vehicle Mr. Tessier drove or the kind of shoes he wore.

[101] It is best to acknowledge that Mr. Tessier's jeopardy was at its highest at the end of the first interview, at which point the RCMP put together a surveillance team to observe Mr. Tessier, and that the trial judge did not record this fact in his reasons. And yet it bears recalling that it was during this period of increased jeopardy that Mr. Tessier conclusively

que le juge du procès n'ait pas tenu compte adéquatement de la nature contradictoire de l'interrogatoire dans son évaluation du statut de M. Tessier à titre de suspect, l'interrogatoire n'a pas contribué à créer une atmosphère d'oppression au sens de l'arrêt *Oickle*. Le fait que l'interrogatoire s'est déroulé au poste de police n'a pas non plus créé de climat d'oppression. Pour être clair : les faits de l'espèce sont très différents de ceux d'autres causes portant sur un interrogatoire où une personne était soumise à un interrogatoire long et musclé sans pouvoir quitter la pièce, ou était privée de sommeil ou de nourriture durant l'entretien. Rien de tel n'est survenu dans la présente affaire.

[100] Le juge du procès n'a pas eu tort de conclure que le sergent White n'a pas utilisé une ruse « si odieuse qu'elle choque la collectivité » (*Oickle*, par. 67). En effet, rien ne suggère en l'espèce que l'enquêteur a eu recours à quelque stratagème que ce soit en induisant M. Tessier en erreur quant au risque qu'il courait pour l'encourager à coopérer. Le sergent White a mis M. Tessier sur la sellette avec franchise. Il était clair qu'il enquêtait sur la mort de M. Berdahl. Il a fourni des renseignements véridiques à M. Tessier, soulignant, par exemple, qu'il était suspect que M. Tessier ait été la dernière personne à avoir passé du temps avec M. Berdahl avant que celui-ci soit retrouvé mort. Ses questions visant à savoir si M. Tessier avait conduit et allumé des cigarettes près de Carstairs étaient motivées par une véritable découverte de cigarettes à proximité du corps. Ce n'était pas un secret que M. Berdahl devait de l'argent à M. Tessier — ce dernier l'a lui-même dit au début de l'entretien. Il est vrai qu'il n'a pas révélé toute l'information dont il disposait à propos des traces de pneus et des empreintes de pied trouvées sur la scène du crime à M. Tessier, mais il n'a pas caché son intérêt à connaître le type de voiture que conduisait ce dernier ainsi que le type de chaussures qu'il portait.

[101] Certes, le risque que courait M. Tessier était à son apogée à la fin du premier entretien, moment lors duquel la GRC a mis sur pied une équipe de surveillance pour l'observer, et le juge du procès n'a pas attesté de ce fait dans ses motifs. Pourtant, il convient de rappeler que c'est durant cette période de risque accru que M. Tessier a démontré

showed his statements after the first interview to be voluntary: he repeatedly called Sgt. White and re-attended the detachment in person to look for him. That Mr. Tessier actively sought out Sgt. White to bring him to his home to check if his gun was in its case is an overriding indicator of voluntariness with respect to his statements after the first interview. It also provides general context consistent with his other efforts to cooperate and disclose information selectively.

de manière concluante que ses déclarations après le premier entretien étaient volontaires : il a téléphoné au sergent White à plusieurs reprises et est retourné au détachement en personne afin de le voir. Le fait que M. Tessier a activement cherché le sergent White pour l'emmener à sa résidence pour que celui-ci vérifie si son arme à feu était dans son étui est une indication prépondérante du caractère volontaire de ses déclarations faites après le premier entretien. Cela fournit aussi des éléments de contexte compatibles avec les autres efforts qu'il a déployés pour coopérer et révéler des renseignements de manière sélective.

[102] The voluntariness issue in this case is about fairness. Mr. Tessier did not argue that any of the statements made to Sgt. White were inaccurate. No reliability concerns arise. Rather, the case is about whether Mr. Tessier was treated unfairly by police such that he was denied a meaningful choice to speak to them. Nothing about the circumstances of his statements suggests this. Mr. Tessier was well aware of the nature of the investigation and sought to manage the information conveyed to Sgt. White in a manner that suited him. There were no threats or police tricks, nor was there an atmosphere of oppression. Accepting that he erred in deciding that Mr. Tessier was not a suspect during the interviews of March 17, 2007, the trial judge's conclusions that Mr. Tessier's statements were voluntary and that he exercised a free choice to speak should not be disturbed.

[102] En l'espèce, la question du caractère volontaire se rapporte à l'équité. Monsieur Tessier n'a plaidé l'inexactitude d'aucune des déclarations faites au sergent White. Aucune préoccupation n'a été soulevée quant à leur fiabilité. La cause porte plutôt sur le fait de savoir si M. Tessier a été traité inéquitablement par la police de telle sorte qu'il a été privé d'un choix utile de lui parler ou non. Rien dans les circonstances qui ont entouré ses déclarations ne suggère qu'il en a été ainsi. Monsieur Tessier était parfaitement conscient de la nature de l'enquête et a cherché à gérer l'information transmise au sergent White d'une manière qui lui convenait. Il n'y a eu ni menace, ni ruse policière, ni climat d'oppression. Tout en acceptant que le juge du procès ait eu tort de conclure que M. Tessier n'était pas un suspect durant les entretiens du 17 mars 2007, il n'y a pas lieu de modifier ses conclusions selon lesquelles les déclarations de M. Tessier étaient volontaires et celui-ci a exercé son libre choix lorsqu'il a décidé de parler.

C. *Was Mr. Tessier Psychologically Detained and, if so, What Impact Did That Have on the Admissibility of His Statements?*

C. *Monsieur Tessier a-t-il été détenu psychologiquement et, si oui, quelle incidence cela a-t-il eue sur l'admissibilité de ses déclarations?*

[103] Mr. Tessier recalls that, in the circumstances of this case, he was questioned at a police station following a request by a person in authority that he present himself there. He says that he was more than a suspect; he was psychologically detained by Sgt. White such that the failure to inform him of the right to obtain and instruct counsel without delay constituted a breach under s. 10(b) of the *Charter*. Further, he argues that the statements gathered during the first and second interviews should have been

[103] Monsieur Tessier rappelle que, dans les circonstances de la présente cause, il a été interrogé dans un poste de police après qu'une personne en situation d'autorité lui eut demandé de s'y présenter. Il prétend qu'il était plus qu'un suspect; à son avis, il a été détenu psychologiquement par le sergent White, de sorte que l'omission de l'informer de son droit à l'assistance d'un avocat sans délai constituait une violation du droit garanti à l'al. 10b) de la *Charte*. De plus, il soutient que les déclarations recueillies

excluded from the evidence under s. 24(2) of the *Charter*.

[104] Mr. Tessier submits that the trial judge distilled the wrong factors to guide his detention analysis, relying improperly on considerations identified in *R. v. Moran* (1987), 36 C.C.C. (3d) 225 (Ont. C.A.), and restated in *R. v. Seagull*, 2015 BCCA 164, 323 C.C.C. (3d) 361. Mr. Tessier argues that on a proper application of *Grant* and *R. v. Le*, 2019 SCC 34, [2019] 2 S.C.R. 692, he was psychologically detained. The Court of Appeal noted it was not necessarily an error to rely on the factors in *Moran* and *Seagull*, so long as full consideration was given to the *Grant* factors to answer the ultimate question of detention.

[105] The psychological detention question in this case is governed by the three factors discussed in *Grant* and affirmed in *Le*. Psychological detention exists where an individual is legally required to comply with a direction or demand by the police, or where "a reasonable person in [that individual's] position would feel so obligated" and would "conclude that he or she was not free to go" (*Grant*, at paras. 30-31; *Le*, at para. 25; Parent, at pp. 460-61). Three factors are to be considered and balanced in determining whether a person has been psychologically detained: first, the circumstances giving rise to the encounter as they would reasonably be perceived by the individual; second, the nature of the police conduct; and third, the particular characteristics or circumstances of the individual where relevant (*Grant*, at para. 44; *Le*, at para. 31).

[106] Applying these factors, I would reject Mr. Tessier's claim that he was psychologically detained and confirm the trial judge's conclusion on this point.

[107] All three *Grant* factors weigh against finding that Mr. Tessier was detained. The initial contact was in the form of a general inquiry, and Mr. Tessier would

durant les deux premiers entretiens auraient dû être écartées de la preuve en application du par. 24(2) de la *Charte*.

[104] Monsieur Tessier soutient que le juge du procès a recouru aux mauvais facteurs pour guider son analyse de la détention, se fondant à tort sur des considérations décrites dans l'arrêt *R. c. Moran* (1987), 36 C.C.C. (3d) 225 (C.A. Ont.), et réaffirmées dans l'arrêt *R. c. Seagull*, 2015 BCCA 164, 323 C.C.C. (3d) 361. Il ajoute que, suivant une application appropriée des arrêts *Grant* et *R. c. Le*, 2019 CSC 34, [2019] 2 R.C.S. 692, il a été détenu psychologiquement. La Cour d'appel a noté qu'il n'était pas nécessairement erroné de se fonder sur les facteurs recensés dans les arrêts *Moran* et *Seagull*, à condition que ceux énoncés dans l'arrêt *Grant* soient examinés de manière exhaustive pour répondre à la question ultime relative à la détention.

[105] En l'espèce, la question de la détention psychologique est régie par les trois facteurs dont il est question dans l'arrêt *Grant* et réaffirmés dans l'arrêt *Le*. Une telle détention existe lorsqu'un individu est légalement tenu d'obtempérer à un ordre ou à une sommation de la police, ou lorsqu'une « personne raisonnable se trouvant dans la même situation [que cet individu] se sentirait obligée de le faire » et l'emmènerait « à conclure qu'elle n'est pas libre de partir » (*Grant*, par. 30-31; *Le*, par. 25; Parent, p. 460-461). Il faut tenir compte de trois facteurs et les mettre en balance pour déterminer si une personne a été détenue psychologiquement : premièrement, les circonstances à l'origine du contact avec la police telles que la personne en cause a dû raisonnablement les percevoir; deuxièmement, la nature de la conduite des policiers; troisièmement, les caractéristiques ou la situation particulières de la personne selon leur pertinence (*Grant*, par. 44; *Le*, par. 31).

[106] Appliquant ces facteurs, je suis d'avis de rejeter la prétention de M. Tessier selon laquelle il était détenu psychologiquement et de confirmer la conclusion du juge du procès sur ce point.

[107] Chacun des trois facteurs énoncés dans l'arrêt *Grant* milite contre la conclusion selon laquelle M. Tessier était détenu. Le contact initial a pris la

not have felt singled out for a focussed investigation given that he knew others were being interviewed as well. Mr. Tessier attended the detachment through his own means. Although the situation changed when Sgt. White asked a series of pointed questions that suggested police thought Mr. Tessier was culpably involved, a reasonable person in his shoes would not have felt obliged to comply in the circumstances. Mr. Tessier was aware that police were investigating the homicide of his friend and, when challenged, he provided an exculpatory narrative and sought to direct suspicions elsewhere. At no point did Sgt. White state or imply that Mr. Tessier would not be free to go. Instead, after denying his involvement, Mr. Tessier used that moment to relieve the increased pressure on him by going outside for a smoke. Mr. Tessier clearly possessed the agency to leave the interview room and, crucially, he declined to cooperate with the DNA sample upon his return after consulting with his friend.

[108] The fact that the interview took place at the police station does not on its own give rise to a detention (Parent, at pp. 476-77; see also *R. v. Pomeroy*, 2008 ONCA 521, 91 O.R. (3d) 261; *R. v. Hawkins*, [1993] 2 S.C.R. 157, rev'g (1992), 102 Nfld. & P.E.I.R. 91 (N.L.C.A.)). The contextual inquiry mandated by *Grant* and *Le* requires the totality of the circumstances to be examined. Mr. Tessier's attendance at the detachment was requested, not demanded. Sgt. White's relaxed manner of dress and permissive attitude to Mr. Tessier's movements would have lessened a sense that compliance was mandatory. The interview ended in a cordial manner, with Mr. Tessier inviting officers to his home and choosing to hitch a ride back to his vehicle with Sgt. White.

[109] Even if he was observed, Mr. Tessier was permitted to leave the detachment unattended. Mr. Tessier exhibited no particular vulnerabilities that would suggest that the reasonable person would have felt compelled to comply with demands or directions from the police. At the time of the questioning, he was a

forme d'une enquête générale, et M. Tessier n'a pas pu se sentir isolé pour une enquête ciblée puisqu'il savait que d'autres personnes étaient aussi interrogées. Monsieur Tessier s'est rendu au détachement par ses propres moyens. Certes, la situation a changé quand le sergent White a posé une série de questions pointues qui laissaient entendre que la police soupçonnait que M. Tessier était impliqué de manière répréhensible, mais une personne raisonnable dans sa situation ne se serait pas sentie tenue d'obtempérer dans les circonstances. Monsieur Tessier était conscient que les policiers enquêtaient sur l'homicide de son ami et, lorsqu'il a été interrogé, il a fourni un récit disculpatoire et cherché à diriger les soupçons dans une autre direction. Jamais le sergent White n'a déclaré ou laissé entendre que M. Tessier ne serait pas libre de partir. Au contraire, après avoir nié toute participation de sa part, M. Tessier a profité du moment pour calmer le jeu en allant dehors fumer une cigarette. Monsieur Tessier était clairement libre de quitter la salle d'interrogatoire et, fait crucial, il a refusé de coopérer en fournissant un échantillon d'ADN à son retour après avoir consulté son ami.

[108] Le fait que l'entretien se soit déroulé au poste de police ne donne pas lieu, à lui seul, à une détention (Parent, p. 476-477; voir aussi *R. c. Pomeroy*, 2008 ONCA 521, 91 O.R. (3d) 261; *R. c. Hawkins*, [1993] 2 R.C.S. 157, inf. (1992), 102 Nfld. & P.E.I.R. 91 (C.A. T.-N.-L.)). L'analyse contextuelle prescrite par les arrêts *Grant* et *Le* exige un examen de l'ensemble des circonstances. La présence de M. Tessier au détachement a été demandée, et non exigée. La tenue décontractée du sergent White ainsi que son attitude permissive quant aux déplacements de M. Tessier était de nature à réduire le sentiment qu'il devait obtempérer. L'entretien s'est terminé cordialement, avec l'invitation de M. Tessier aux policiers à se rendre chez lui et son choix d'être reconduit là où se trouvait son véhicule par le sergent White.

[109] Même s'il a fait l'objet d'une surveillance, M. Tessier a été autorisé à quitter le détachement sans être escorté. Il n'a laissé paraître aucune vulnérabilité particulière qui suggérerait qu'une personne raisonnable se serait sentie tenue d'obtempérer aux demandes ou aux directives de la police. Au moment

mature adult who demonstrated keen awareness of his position in relation to police.

[110] With respect to his interactions with police after the first interview, it is significant that Mr. Tessier repeatedly called Sgt. White and attended the RCMP detachment of his own volition and on his own terms. Mr. Tessier was initiating contact and could not plausibly claim to feel detained when he returned to the RCMP detachment and accompanied officers to his house.

[111] Given that Mr. Tessier was not psychologically detained, his *Charter* rights were not triggered. There was no breach of his right to counsel. I would confirm the trial judge's conclusion on this issue.

VI. Conclusion

[112] For the foregoing reasons, I would allow the appeal, set aside the judgment of the Court of Appeal and restore the conviction ordered at trial.

The following are the reasons delivered by

BROWN AND MARTIN JJ. (dissenting) —

I. Overview

[113] In the early stages of a murder investigation, the RCMP discovered that Mr. Tessier was a close friend of the deceased. They asked him to come to the police station for an interview. He did so, and his statements during that interview were audio and video recorded. During what can only be described as a focused, targeted interrogation, the investigating officer:

- asked Mr. Tessier *if he killed the victim*,
- asked Mr. Tessier *how he could disprove having killed the victim*,

de l'interrogatoire, il était une personne adulte qui a fait montre d'une conscience aiguë de son statut par rapport aux policiers.

[110] En ce qui a trait à ses interactions avec les policiers après le premier entretien, il est à noter que M. Tessier a téléphoné au sergent White à plusieurs reprises et qu'il s'est rendu au détachement de son propre gré et à ses propres conditions. Monsieur Tessier initiait les contacts et ne pouvait pas plausiblement prétendre se sentir détenu lorsqu'il est retourné au détachement de la GRC et qu'il a accompagné les agents jusqu'à sa maison.

[111] Puisque M. Tessier n'a pas été détenu psychologiquement, il ne saurait prétendre à la violation de ses droits protégés par la *Charte*. Son droit à l'assistance d'un avocat n'a pas été violé. Je suis d'avis de confirmer la conclusion du juge du procès sur ce point.

VI. Conclusion

[112] Pour les motifs qui précèdent, je suis d'avis d'accueillir l'appel, d'annuler le jugement de la Cour d'appel et de rétablir la déclaration de culpabilité prononcée au procès.

Version française des motifs rendus par

LES JUGES BROWN ET MARTIN (dissidents) —

I. Aperçu

[113] Au début d'une enquête sur un meurtre, la GRC a découvert que M. Tessier était un ami proche du défunt. Des agents lui ont demandé de se rendre au poste de police pour un interrogatoire. Il a obtempéré et les déclarations qu'il a faites au cours de cet interrogatoire ont été enregistrées sur bandes audio et vidéo. Au cours de ce qu'on ne peut qualifier que d'interrogatoire ciblé, l'enquêteur :

- a demandé à M. Tessier *s'il avait tué la victime*,
- a demandé à M. Tessier *comment il pouvait lui prouver qu'il n'avait pas tué la victime*,

- asked Mr. Tessier *why his DNA would be near the crime scene*,
- suggested to Mr. Tessier that *he was lying*, and
- invited him *to incriminate himself by providing physical evidence*.

At no point did police warn Mr. Tessier that he was not obliged to speak with them or that anything he said could be used in evidence.

[114] Although Mr. Tessier said that his statements to the police were made involuntarily, the trial judge admitted them and convicted Mr. Tessier of first degree murder. He erroneously found that, because the officer did not perceive Mr. Tessier as a suspect, his failure to warn Mr. Tessier about his right to remain silent and the consequences of speaking to police did not impact the voluntariness of his statements. The Court of Appeal of Alberta set aside Mr. Tessier's conviction and ordered a new trial. Specifically, it held that the trial judge erred in ruling the statements voluntary since, where no such warning had been given, he must have first considered whether the accused understood he did not have to say anything and that anything he said could be used against him (2020 ABCA 289, 12 Alta. L.R. (7th) 55, at paras. 37 and 56).

[115] Mr. Tessier says he was detained. We agree entirely with the majority's account of the law governing that issue, including the substance of Mr. Tessier's burden. While it is unnecessary for us to decide whether Mr. Tessier has met that burden, it is not obvious to us that he has. In any event, we are content to decide this case on the trial judge's erroneous treatment of the confessions rule. Specifically, we agree with the Court of Appeal that the trial judge's reasons reflect "an impoverished understanding of the modern confessions rule" (para. 46). In the trial judge's view, it was sufficient that Mr. Tessier had basic cognitive capacity and the police did not threaten, trick, or induce him into making a statement. His reasoning follows a troubling trend since this Court's decision in *R. v. Oickle*, 2000 SCC 38, [2000] 2 S.C.R. 3,

- a demandé à M. Tessier *pourquoi son ADN* se trouvait à proximité des lieux du crime,
- a suggéré à M. Tessier qu'*il mentait*,
- a invité M. Tessier *à s'incriminer en fournissant des preuves matérielles*.

À aucun moment, les agents n'ont dit à M. Tessier qu'il n'était pas obligé de leur parler et que tout ce qu'il leur dirait pourrait être utilisé en preuve.

[114] Même si M. Tessier a affirmé que ses déclarations à la police avaient été faites involontairement, le juge du procès les a admises en preuve et a déclaré M. Tessier coupable de meurtre au premier degré. Il a conclu à tort que, comme l'enquêteur ne percevait pas M. Tessier comme un suspect, le fait qu'il ne l'a pas informé de son droit de garder le silence et des conséquences de parler à la police n'avait eu aucune incidence sur le caractère volontaire de ses déclarations. La Cour d'appel de l'Alberta a annulé la déclaration de culpabilité de M. Tessier et a ordonné la tenue d'un nouveau procès. Plus précisément, elle a conclu que le juge du procès avait commis une erreur en considérant que les déclarations étaient volontaires puisque, comme aucun avertissement n'avait été donné à M. Tessier, le juge devait d'abord vérifier si l'accusé comprenait qu'il n'avait aucune obligation de parler et que tout ce qu'il dirait pourrait être retenu contre lui (2020 ABCA 289, 12 Alta. L.R. (7th) 55, par. 37 et 56).

[115] Monsieur Tessier dit qu'il a été détenu. Nous sommes entièrement d'accord avec l'exposé des juges majoritaires sur le droit régissant cette question, y compris sur la substance du fardeau qui incombe à M. Tessier. Bien qu'il ne soit pas nécessaire que nous décidions si celui-ci s'est acquitté de ce fardeau, il ne nous apparaît pas évident qu'il l'ait fait. Quoi qu'il en soit, nous nous contentons de trancher le présent pourvoi en fonction de l'analyse erronée de la règle des confessions effectuée par le juge du procès. Plus précisément, nous sommes d'accord avec la Cour d'appel pour dire que les motifs du juge du procès témoignent d'une [TRADUCTION] « vision étriquée de la règle moderne relative aux confessions » (par. 46). En effet, selon lui, il suffisait que M. Tessier ait une capacité cognitive de base et que les policiers ne

whereby the four common factors identified in *Oickle* as vitiating voluntariness are misused as a checklist to satisfy the Crown's burden.

l'aient pas menacé, piégé ou incité à faire une déclaration. Le raisonnement du juge du procès s'inscrit dans une tendance troublante depuis l'arrêt rendu par notre Cour dans l'affaire *R. c. Oickle*, 2000 CSC 38, [2000] 2 R.C.S. 3, selon laquelle les quatre facteurs communs qui y sont identifiés comme viciant le caractère volontaire sont utilisés à mauvais escient comme liste de contrôle à laquelle la Couronne doit satisfaire pour s'acquitter de son fardeau.

[116] The majority rightly affirms that the *Oickle* factors are not a checklist (para. 68). Kasirer J. further recognizes that voluntariness protects the right of suspects to freely and effectively choose to speak to police (paras. 4, 9 and 71). As a result, the majority introduces a salutary change to the law: the absence of a warning in this circumstance is "*prima facie* evidence that [suspects] were unfairly denied their choice to speak to the police" (para. 9; see also paras. 83 and 89). We therefore understand the majority to adopt a presumption of inadmissibility when statements are elicited from suspects without a warning. The rationale underlying the majority's presumption is that the absence of a caution may unfairly deprive individuals of making a "free and meaningful choice to speak to police" when they are at "risk of legal jeopardy" (para. 71).

[116] Les juges majoritaires affirment à juste titre que les facteurs énoncés dans l'arrêt *Oickle* ne constituent pas une liste de contrôle (par. 68). Le juge Kasirer reconnaît par ailleurs que le caractère volontaire protège le droit des suspects de décider librement et de façon éclairée de parler ou non à la police (par. 4, 9 et 71). En conséquence, les juges majoritaires apportent un changement bénéfique au droit, à savoir que l'absence d'avertissement dans une situation comme celle qui nous occupe constitue « une preuve *prima facie* [que les suspects ont] été injustement privé[s] de [leur] choix de parler ou non à la police » (par. 9; voir aussi par. 83 et 89). Nous comprenons ainsi que les juges majoritaires adoptent une présomption d'inadmissibilité dans le cas des déclarations obtenues d'un suspect sans qu'il ait reçu un avertissement préalable. Suivant le raisonnement que sous-tend la présomption préconisée par les juges majoritaires, l'absence de mise en garde peut empêcher injustement l'intéressé de faire un « choix libre et utile de parler ou non à la police » lorsqu'il est « exposé à un risque juridique » (par. 71).

[117] While we agree with these statements, in our view, the majority falls short by failing to carry this same rationale to its logical conclusion: that is, in order to ensure that individuals are making a "free and meaningful choice to speak to police", police should provide a warning at the outset of *all* interviews — and not just interviews of *suspects*. In our view, any interview conducted without a warning is presumptively involuntary, *and* the presumption should be more difficult to rebut where the interviewee's risk of self-incrimination was objectively heightened.

[117] Bien que nous soyons d'accord avec ces affirmations, nous estimons qu'elles laissent à désirer, parce que les juges majoritaires ne poussent pas leur raisonnement jusqu'à sa conclusion logique, à savoir que, pour s'assurer que les intéressés font un « choix libre et utile de parler ou non à la police », cette dernière devrait donner un avertissement au début de *tout* interrogatoire — pas seulement de l'interrogatoire de *suspects*. À notre avis, tout interrogatoire mené sans avertissement préalable est présumé involontaire, *et* la présomption devrait être plus difficile à réfuter lorsque le risque d'auto-incrimination de la personne interrogée est objectivement accru.

[118] In our view, such a rule follows from our jurisprudence, which has progressed beyond a negative inquiry into police inducements, trickery, and oppression. Since at least this Court's decision in *R. v. Hebert*, [1990] 2 S.C.R. 151, confirmed more recently in *R. v. Singh*, 2007 SCC 48, [2007] 3 S.C.R. 405, it has been clear that voluntariness exists *only* where the accused made *a meaningful choice* to speak with police. An individual's statement to police must therefore reflect a "genuine desire to confess" (H. Stewart, "The Confessions Rule and the *Charter*" (2009), 54 *McGill L.J.* 517, at p. 522). A meaningful choice is *an informed choice*. Interviewees cannot make a meaningful choice without knowing that the choice is between speaking and not speaking with police, and of the consequences of choosing to speak. Voluntariness is premised on the assumption that the interviewee should have actual knowledge of the legally available options. So understood, that meaningful choice arises at the moment police begin to question an individual; its protection is not confined to detainees or suspects.

[118] À notre avis, cette règle découle de notre jurisprudence, qui s'est progressivement détachée d'une analyse axée exclusivement sur des facteurs négatifs, tels que les incitations, les ruses et les mesures d'oppression des policiers. Depuis au moins l'arrêt de notre Cour *R. c. Hebert*, [1990] 2 R.C.S. 151, confirmé dans l'arrêt *R. c. Singh*, 2007 CSC 48, [2007] 3 R.C.S. 405, il est clair qu'on ne peut conclure au caractère volontaire *que* lorsque l'accusé a exercé *un véritable choix* (aussi appelé « choix utile ») en décidant de parler à la police. La déclaration que l'individu fait à la police doit donc refléter un [TRADUCTION] « désir sincère de faire des aveux » (H. Stewart, « The Confessions Rule and the *Charter* » (2009), 54 *R.D. McGill* 517, p. 522). Un véritable choix est *un choix éclairé*. En effet, la personne interrogée ne peut pas faire un véritable choix si elle ignore qu'elle a le droit de parler ou non à la police et si elle ne connaît pas les conséquences de sa décision de parler. Le caractère volontaire repose sur l'hypothèse que la personne interrogée devrait avoir une connaissance réelle des options qui s'offrent à elle sur le plan juridique. Dans cette optique, ce véritable choix doit pouvoir être fait dès que les policiers entament l'interrogatoire de l'intéressé; sa protection ne se limite pas aux personnes détenues et aux suspects.

[119] We stress that it cannot merely be *assumed* that people interacting with the police know that they may remain silent and that whatever they say can be used in evidence. Indeed, the police officer in this case got the rule wrong himself when he (much later) told Mr. Tessier that only statements made after he was formally read his rights and *Charter* cautioned could be used against him.

[119] Nous tenons à souligner qu'on ne peut pas simplement *tenir pour acquis* que les personnes qui échangent avec la police savent qu'elles ont le droit de garder le silence et que tout ce qu'elles disent peut être utilisé en preuve. D'ailleurs, dans le cas qui nous occupe, le policier s'est lui-même trompé lorsqu'il a expliqué à M. Tessier — beaucoup plus tard — que seules les déclarations qu'il ferait après avoir été informé de ses droits et après avoir reçu la mise en garde exigée par la *Charte* pourraient être retenues contre lui.

[120] In sum, and unlike our colleagues, we would not limit the importance of a warning to circumstances where an accused is a suspect or detainee. A warning should be given at the outset of *all* interviews, and its importance increases with the objective risk of self-incrimination. Specifically, when the police initiate contact with a person to secure information about a crime they are investigating, a rebuttable presumption arises whereby any statement given in the absence of

[120] En somme, et contrairement à nos collègues, nous ne limiterions pas l'importance de l'avertissement aux situations dans lesquelles l'accusé est un suspect ou une personne détenue. Un avertissement devrait être donné au début de *tous* les interrogatoires, et son importance augmente en fonction du risque objectif d'auto-incrimination. Plus spécifiquement, lorsque des policiers prennent contact avec une personne pour obtenir des renseignements au sujet

a warning is involuntary. The Crown may rebut the presumption by establishing, based on some other objective source of information, that interviewees otherwise knew they had a right to remain silent and that anything they said could be used in evidence. The presumption will be more difficult to rebut where the risk of self-incrimination is objectively heightened, for instance, when a person is invited to conduct a recorded interview at the police station, when the police take an adversarial approach during an interview, or when there is information that, *objectively* viewed, would raise a reasonable suspicion that the individual was involved in the crime. That is true whether or not the investigating officer *subjectively* views the individual being questioned as a witness, suspect, or detainee.

d'un crime sur lequel ils enquêtent, il existe une présomption réfutable selon laquelle toute déclaration faite sans qu'un avertissement ait été donné est involontaire. La Couronne peut réfuter cette présomption en démontrant, au moyen d'autres sources d'information objectives, que la personne interrogée savait par ailleurs qu'elle avait le droit de garder le silence et que tout ce qu'elle dirait pourrait être utilisé en preuve. Il sera d'autant plus difficile de réfuter cette présomption lorsque le risque d'auto-incrimination est objectivement accru, par exemple, lorsque les policiers invitent une personne à se présenter au poste de police pour subir un interrogatoire qui sera enregistré, lorsqu'ils adoptent une attitude antagoniste durant l'interrogatoire ou lorsqu'il existe des renseignements qui, *de façon objective*, éveillent un soupçon raisonnable que l'individu a été impliqué dans le crime en cause. Ce principe s'applique indépendamment de la croyance *subjective* de l'enquêteur quant au statut de la personne interrogée, qu'elle soit un témoin, un suspect ou un détenu.

[121] A warning — one simple sentence — by the authorities at the outset of an interview — that the person is not obliged to say anything, but that anything said can be used in evidence, sets the necessary foundation for voluntariness and enhances the fairness of the process. Replacing the dubious assumption of universal knowledge with a simple and direct communication corrects any informational asymmetry to the benefit of all concerned.

[121] Un avertissement — une simple phrase — de la part des autorités, au début de l'interrogatoire, indiquant que la personne n'est pas obligée de dire quoi que ce soit, mais que tout ce qu'elle dira pourra être utilisé en preuve, jette les bases nécessaires au caractère volontaire et améliore l'équité du processus. En remplaçant l'hypothèse douteuse de la connaissance universelle par une communication simple et directe, toute asymétrie informationnelle est corrigée, et ce, au profit de tous.

[122] First, interviewees, having been informed of their choice, understand that they may lawfully remain silent.

[122] Tout d'abord, ayant été informées du choix dont elles disposent, les personnes interrogées comprennent qu'elles peuvent légitimement garder le silence.

[123] Secondly, police are given a clear, bright-line rule which does not rely on a cumbersome framework directing them to consider the perceived status of the interviewee at any particular point in time. Interviews are so dynamic and fluid that it has proven exceedingly difficult to pinpoint with any confidence when an interviewee becomes a potential suspect, a person of interest, a real suspect, or a detainee. Providing basic and necessary information from the outset, which is when the voluntariness

[123] Ensuite, les policiers disposent d'une règle claire et nette qui ne repose pas sur des paramètres complexes les obligeant à tenir compte de leur perception du statut de la personne interrogée à un moment donné. Les interrogatoires sont si dynamiques et fluides qu'il s'avère extrêmement difficile de déterminer avec certitude à quel moment la personne interrogée devient un suspect potentiel, une personne d'intérêt, un vrai suspect ou une personne détenue. Fournir les renseignements de base et nécessaires

requirement arises, allows authorities to proceed without fear that an interviewee's misunderstanding about whether to speak or not will result in their carefully conducted interviews yielding involuntary (and therefore inadmissible) statements.

dès le départ, c'est-à-dire dès lors que la question du caractère volontaire se pose, permet aux autorités de procéder sans crainte que la personne interrogée se méprenne quant à savoir si elle doit parler ou non, et donne lieu à des déclarations involontaires (et donc inadmissibles) lors des interrogatoires menés soigneusement par les autorités.

[124] Finally, it follows that the Crown will benefit from such information having been given to the accused at the outset, since it can therefore more easily establish the meaningful choice at the heart of the voluntariness inquiry.

[124] Enfin, il s'ensuit que la Couronne a intérêt à ce que ces renseignements soient communiqués à l'accusé dès le départ, puisqu'on peut ainsi plus facilement s'assurer que l'accusé a exercé le véritable choix qui est au cœur de l'examen du caractère volontaire.

[125] Our approach promotes the confessions rule's animating concern with fairness and the administration of justice. It provides a strong incentive for police to warn individuals before questioning them, and helps alleviate the informational deficit and coercive element inherent in police interrogations. Contrary to the Crown's submissions and the majority's reasons, it will not unduly interfere with police investigations. Nor can we endorse an approach that effectively invites police to exploit the murky lines around psychological detention and rely on individuals' ignorance of their rights to extract statements where they are at risk of incriminating themselves.

[125] Notre approche encourage l'équité et une bonne administration de la justice — deux considérations qui sous-tendent la règle relative aux confessions. Elle incite fortement les policiers à fournir un avertissement aux personnes avant de les interroger et elle contribue à atténuer le déficit informationnel ainsi que l'élément coercitif inhérents aux interrogatoires policiers. Contrairement à ce que prétend la Couronne et à ce que suggèrent les motifs des juges majoritaires, cette approche ne nuirait pas indûment aux enquêtes policières. Nous refusons par ailleurs de souscrire à une approche qui inviterait effectivement les policiers à exploiter les limites obscures de la détention psychologique et à tirer parti de l'ignorance des individus de leurs droits pour leur soutirer des déclarations qui risquent de les incriminer.

[126] Applying our restated test, the question in this case becomes whether Mr. Tessier spoke to police voluntarily with awareness about what was at stake. In our view, he did not. When the police contacted him to secure information in relation to their homicide investigation, he was not initially informed that he was not required to speak to police and that what he said could be used as evidence. Further, both the officer's adversarial questioning and the information pointing to Mr. Tessier as a suspect increased his objective risk of self-incrimination. As the majority acknowledges (para. 61), the trial judge committed palpable errors by ignoring key information that would have raised a reasonable suspicion that Mr. Tessier committed the crime. The Crown failed to rebut the presumption of involuntariness, and the statements should not have been admitted. We would therefore

[126] Si l'on applique notre test reformulé, la question qui se pose en l'espèce devient celle de savoir si M. Tessier a parlé volontairement aux policiers en étant conscient de ce qui était en jeu. À notre avis, ce n'est pas le cas. Lorsque les policiers l'ont contacté pour obtenir des renseignements relativement à l'enquête qu'ils menaient sur un homicide, ils ne lui ont pas fait savoir au départ qu'il n'était pas obligé de leur parler et que ce qu'il dirait pourrait être utilisé en preuve. En outre, l'interrogatoire antagoniste auquel le policier a soumis M. Tessier ainsi que les renseignements le désignant comme suspect ont augmenté son risque objectif de s'incriminer. Ainsi, comme les juges majoritaires le reconnaissent (par. 61), le juge du procès a commis des erreurs manifestes en ne tenant pas compte des éléments d'information clés qui auraient suscité un soupçon raisonnable quant à la

dismiss the appeal and confirm the judgment of the Court of Appeal setting aside the conviction and ordering a new trial.

culpabilité de M. Tessier. La Couronne n'a pas réussi à réfuter la présomption du caractère involontaire et les déclarations n'auraient pas dû être admises en preuve. Nous sommes par conséquent d'avis de rejeter le pourvoi et de confirmer le jugement de la Cour d'appel annulant la déclaration de culpabilité et ordonnant la tenue d'un nouveau procès.

II. Background

[127] On March 16, 2007, Allan Berdahl's body was found in a ditch alongside a remote road near Carstairs, Alberta. He had died from gunshot wounds to the head. Officers observed one set of tire tracks, two sets of footprints, and blood spatter in undisturbed snow around the body. Two cigarette butts and a single .22 calibre bullet were later located near the scene.

[128] The police quickly learned that Mr. Tessier was a friend and business associate of Mr. Berdahl. They asked Mr. Tessier for an interview, and he attended the RCMP detachment in Didsbury to be interviewed by Sgt. White, a veteran investigator. The interview was audio and video recorded. The door of the interview room was closed but not locked.

[129] When the interview began, Mr. Tessier told the officer he was "nervous as hell" (A.R., vol. IV, at p. 98). Sgt. White noticed that Mr. Tessier appeared nervous and his hands were shaking. Sgt. White explained that police were investigating a homicide and began with background questions. Mr. Tessier described an afternoon and evening with the deceased the day before his body was discovered, and said that he last saw Mr. Berdahl around 8 p.m.

[130] At that point, Sgt. White suggested that Mr. Tessier was "[p]retty mixed up" or "bothered", and there was "only one reason for that", so he should "[t]ell the truth" (p. 117). He remarked that Mr. Tessier's presence in Didsbury, near the location of the body, was "[p]retty coincidental" and "if you cross[ed] all the little lines, what does [that] look

II. Contexte

[127] Le 16 mars 2007, le corps d'Allan Berdahl a été retrouvé dans un fossé le long d'une route éloignée près de Carstairs, en Alberta. Monsieur Berdahl avait succombé à des blessures par balle à la tête. Les agents ont observé une série de traces de pneus, deux séries d'empreintes de pas et des éclaboussures de sang dans la neige intacte autour du corps. Deux mégots de cigarette et une seule balle de calibre .22 ont été retrouvés plus tard près des lieux.

[128] La police a rapidement appris que M. Tessier était un ami et un associé de M. Berdahl. Elle a demandé à M. Tessier de se présenter pour un interrogatoire au détachement de la GRC à Didsbury, où il a été interrogé par le sergent White, un enquêteur chevronné. L'interrogatoire a été enregistré sur bandes audio et vidéo. La porte de la salle d'interrogatoire était fermée, mais non verrouillée.

[129] D'entrée de jeu, M. Tessier a dit à l'agent qu'il était [TRADUCTION] « très nerveux » (d.a., vol. IV, p. 98). Le sergent White a remarqué que M. Tessier semblait nerveux et que ses mains tremblaient. Il lui a expliqué que la police enquêtait sur un homicide et a commencé par lui poser des questions de nature générale. Monsieur Tessier a relaté l'après-midi et la soirée qu'il avait passés avec M. Berdahl la veille de la découverte de son corps et a dit qu'il avait vu celui-ci pour la dernière fois vers 20 h.

[130] À ce moment-là, le sergent White a suggéré à M. Tessier qu'il le trouvait [TRADUCTION] « [p]lutôt confus » ou « préoccupé », qu'il y avait « une seule explication à cela » et qu'il devait donc « [d]ire la vérité » (p. 117). Il a fait remarquer que la présence de M. Tessier à Didsbury, près de l'endroit où se trouvait le corps, était une [TRADUCTION] « drôle de

like?" (pp. 109-10). Telling Mr. Tessier: ". . . you hold the truth as far as I'm concerned . . .", he explained that the police typically look to people that know the victim and Mr. Tessier was "one of his best friends" and "the last person with him" (pp. 120-21 and 127).

coïncidence » et lui a demandé : « si l'on reconstitue bien le casse-tête, ça ressemble à quoi? » (p. 109-110). Il a aussi dit à M. Tessier : [TRADUCTION] « . . . quant à moi, vous détenez la vérité . . . » et lui a expliqué que la police se tourne généralement vers des gens qui connaissent la victime, ajoutant que M. Tessier était « un [d]es meilleurs amis » de M. Berdahl et « la dernière personne avec laquelle il s'est trouvé » (p. 120-121 et 127).

[131] Sgt. White went on to ask several pointed questions: Was there any reason his DNA might be near the crime scene?; what should happen to the person who caused the death?; "[d]id you think it was planned?"; "[d]id you kill Allan Berdahl?"; and "how can you prove to me that you didn't do it"? (pp. 126-27). Mr. Tessier said he was "scared to answer questions" and he did not know what to do (p. 126).

[131] Le sergent White a ensuite posé plusieurs questions précises à M. Tessier. Comment expliquer la présence de son ADN près des lieux du crime? Quel sort devrait être réservé à la personne qui avait causé la mort? [TRADUCTION] « Croyez-vous que c'était planifié? » [TRADUCTION] « Avez-vous tué Allan Berdahl? » Et [TRADUCTION] « [c]omment pouvez-vous me prouver que vous ne l'avez pas fait? » (p. 126-127) Monsieur Tessier a dit qu'il avait [TRADUCTION] « peur de répondre aux questions » et qu'il ne savait pas quoi faire (p. 126).

[132] Next, Sgt. White began collecting physical evidence from Mr. Tessier. First, he asked Mr. Tessier to provide a DNA sample so the police could use it to "eliminate" his DNA being at the crime scene. Mr. Tessier replied, "Why wouldn't I?" (p. 129). Sgt. White explained that it must be voluntary and he should consult counsel. The interview stopped so Sgt. White could obtain a DNA kit and Mr. Tessier could go for a smoke. When they returned to the interview room, Mr. Tessier declined to provide a DNA sample. He said that he had spoken to a friend who told him that he did not know what was going on and the police could be "painting [him] into a corner" (p. 130). Sgt. White suggested that Mr. Tessier had a "great deal of emotion" and was "on the edge" (p. 131).

[132] Le sergent White a ensuite commencé à recueillir des preuves matérielles auprès de M. Tessier. Il lui a d'abord demandé de fournir un échantillon d'ADN afin que la police puisse s'en servir pour [TRADUCTION] « éliminer » l'hypothèse de la présence de son ADN sur les lieux du crime. Monsieur Tessier a répondu : [TRADUCTION] « Pourquoi pas? » (p. 129). Le sergent White lui a expliqué qu'il devait fournir son ADN de son plein gré et lui a suggéré de consulter un avocat. L'interrogatoire a été interrompu pour que le sergent White puisse aller chercher une trousse d'ADN et que M. Tessier puisse aller fumer. À son retour dans la salle d'interrogatoire, ce dernier a refusé de fournir un échantillon de son ADN. Il a expliqué qu'il avait parlé à un ami, qui lui avait dit qu'il ne comprenait pas très bien ce qui se passait et qu'il risquait de [TRADUCTION] « [s]e faire peinturer dans le coin » par la police (p. 130). Le sergent White a suggéré à M. Tessier qu'il le trouvait [TRADUCTION] « très émotif » et « très tendu » (p. 131).

[133] Secondly, Sgt. White asked to look at Mr. Tessier's shoes to "eliminate" him (p. 130). Mr. Tessier complied and Sgt. White took a photocopy of the bottom of the shoe. While the interview was ongoing,

[133] Le sergent White a ensuite demandé à M. Tessier s'il pouvait examiner ses chaussures pour [TRADUCTION] « l'éliminer » (p. 130). Monsieur Tessier a obtempéré et le sergent White a pris une photocopie de

other officers travelled to Mr. Tessier's truck and concluded that the tire tread was a possible match to the impressions on scene. Thirdly, Sgt. White went with Mr. Tessier to his truck and collected a bottle of Tylenol and a cheque that belonged to the victim.

la semelle de la chaussure. Pendant que l'interrogatoire se poursuivait, d'autres agents se sont rendus là où se trouvait le camion de M. Tessier et ont constaté que la bande de roulement du pneu de ce véhicule pouvait correspondre aux empreintes relevées sur les lieux du crime. Enfin, le sergent White a accompagné M. Tessier jusqu'au camion de ce dernier et a récupéré une bouteille de Tylenol ainsi qu'un chèque appartenant à la victime.

[134] The interview lasted approximately 105 minutes. When the discussion came to an end, Mr. Tessier asked if he was free to leave and he was told that he was. After the first interview, the police held a briefing and set up a team to surveil Mr. Tessier.

[134] L'interrogatoire a duré environ 105 minutes. À la fin de la discussion, M. Tessier a demandé s'il était libre de partir et on lui a dit qu'il l'était. Après le premier interrogatoire, la police a organisé une séance d'information et mis sur pied une équipe chargée de surveiller M. Tessier.

[135] When Mr. Tessier and Sgt. White spoke again, Sgt. White made further statements indicating that he suspected Mr. Tessier, including: "I think there's something really bothering ya and that's why you're here again" and "[s]ometimes things happen and you wish you could turn the clock back" (pp. 155-56). Sgt. White told him: "You look tired. You look [like] you haven't sle[pt] for two days . . . you haven't shaved in a couple of days . . . you look worn" (p. 158). He also asked whether money was "a major stress factor" for Mr. Tessier, how much Mr. Berdahl owed him and if there was any reason Mr. Berdahl would "all of [a] sudden be not your friend" or "make you upset" (pp. 157 and 159).

[135] Lorsque M. Tessier et le sergent White se sont rencontrés de nouveau, ce dernier a fait d'autres déclarations indiquant qu'il soupçonnait M. Tessier. Il a dit notamment : [TRADUCTION] « Je pense qu'il y a quelque chose qui vous dérange vraiment et que c'est pourquoi vous vous retrouvez ici une fois de plus » et « [p]arfois, il se passe des choses et on aimerait pouvoir revenir en arrière » (p. 155-156). Le sergent White a ajouté : [TRADUCTION] « Vous avez l'air fatigué. On dirait que vous n'avez pas dormi depuis deux jours [. . .] vous ne vous êtes pas rasé depuis quelques jours [. . .] vous avez l'air épuisé » (p. 158). Il lui a également demandé si l'argent était un [TRADUCTION] « facteur de stress important » pour lui, combien M. Berdahl lui devait et s'il y avait une raison pour que ce dernier « ne soit tout à coup plus votre ami » ou « fasse quelque chose qui vous contrarie » (p. 157 et 159).

[136] During the first and second interviews, Mr. Tessier was not warned about his right to counsel, his right to silence, or that anything he said could be used in evidence. Sgt. White did not tell Mr. Tessier that his participation in the interview was optional, that the closed door was unlocked, or that he was free to go at any time. Mr. Tessier was advised of his right to counsel and received a warning that his statements may be used against him only when the police went to his home and discovered his gun was missing. At

[136] Lors des premier et second interrogatoires, M. Tessier n'a pas été informé de son droit de consulter un avocat, de son droit de garder le silence et du fait que tout ce qu'il dirait pourrait être utilisé en preuve. Le sergent White ne lui a pas mentionné que sa participation à l'interrogatoire était facultative, que la porte fermée n'était pas verrouillée et qu'il était libre de partir en tout temps. Monsieur Tessier n'a été informé de son droit à l'assistance d'un avocat et du fait que ses déclarations pouvaient être retenues

that time, Sgt. White incorrectly advised that only statements he made *after* the warning could be used against him. When Mr. Tessier asked for clarification, Sgt. White said that only what he said going forward could be used in court against him.

contre lui que lorsque les policiers se sont rendus à son domicile et ont découvert que son arme avait disparu. À ce moment-là, le sergent White a déclaré à tort à M. Tessier que seules les déclarations qu'il ferait *après* l'avertissement pourraient être utilisées contre lui. Lorsque M. Tessier lui a demandé des éclaircissements, le sergent White a réitéré que seulement ce qu'il dirait à partir de ce moment-là pourrait servir de preuve contre lui.

[137] Sgt. White testified that Mr. Tessier was not a suspect during those interviews because they did not have any evidence implicating him, although police wanted to "confirm his alibi" and "eliminate him" (A.R., vol. II, at pp. 39-40). Mr. Tessier became a "person of interest" during the second interview when he disclosed that he had recently picked up a firearm from the shooting range (p. 63). Sgt. White defined a person of interest as someone "worthy of further scrutiny into his actions and movements to verify or eliminate" as the person responsible for the death (p. 63).

[137] Le sergent White a affirmé dans son témoignage que M. Tessier n'était pas un suspect durant les interrogatoires en question parce que les policiers n'avaient pas de preuve l'impliquant, même s'ils souhaitaient [TRADUCTION] « confirmer son alibi » et « l'éliminer » (d.a., vol. II, p. 39-40). Monsieur Tessier est devenu une [TRADUCTION] « personne d'intérêt » au cours du second interrogatoire lorsqu'il a révélé qu'il avait récemment récupéré une arme à feu au stand de tir (p. 63). Le sergent White a défini une personne d'intérêt comme celle [TRADUCTION] « dont les actions ou les déplacements méritent un examen plus approfondi pour vérifier » si elle est la personne responsable de la mort ou « pour éliminer » cette hypothèse (p. 63).

[138] Sgt. White also testified that the purpose of interviewing a suspect is "to get an admission of guilt" (p. 86). He agreed that reading interviewees their *Charter* rights "makes them less comfortable" and can "sto[p] them from talking further" (p. 86). On cross-examination, Sgt. White admitted: "I was hoping that [Mr. Tessier] would confess" and "if he wanted to confess, I was there" (pp. 117, 125 and 128).

[138] Le sergent White a également témoigné que l'interrogatoire d'un suspect a pour but [TRADUCTION] « d'obtenir un aveu de culpabilité » (p. 86). Il a convenu que le fait de donner lecture aux personnes interrogées des droits que leur confère la *Charte* [TRADUCTION] « les rend moins à l'aise » et peut « les empêcher de parler davantage » (p. 86). En contre-interrogatoire, le sergent White a admis qu'il [TRADUCTION] « espérai[t] que [M. Tessier] fasse des aveux » et que « s'il voulait [en] faire [. . .], j'étais prêt à les entendre » (p. 117, 125 et 128).

[139] In both interviews, Mr. Tessier denied involvement in or knowledge of the circumstances of Mr. Berdahl's death, but made a number of admissions and statements that were later proven false. The Crown sought to rely on his statements at trial. The trial judge admitted both statements as voluntary. The Court of Appeal found legal errors in the trial judge's analysis, allowed the appeal, set aside Mr. Tessier's conviction

[139] Durant les deux interrogatoires, M. Tessier a nié avoir été impliqué dans la mort de M. Berdahl ou être au courant des circonstances entourant celle-ci, mais il a fait plusieurs admissions et déclarations qui se sont par la suite révélées fausses. La Couronne a tenté d'invoquer ses déclarations au procès. Le juge du procès a admis en preuve les déclarations faites durant les deux interrogatoires au motif qu'elles avaient été

and ordered a new trial to consider whether Mr. Tessier had made a meaningful choice to speak to police.

III. Analysis

A. *Voluntariness Requires the Court to Scrutinize Whether the Accused Made a Meaningful Choice to Speak With Authorities*

(1) Overview

[140] As we will explain, voluntariness exists only where an accused makes a *meaningful* choice to speak with police. This reflects the confessions rule's concern for a person's right to choose whether to speak with police, a concern that underlies the privilege from self-incrimination and the right to silence. A *meaningful* choice is an *informed* choice. Interviewees must be *informed* of their right to silence and of the consequences of speaking to police. This is the information traditionally contained in a standard police caution, which appears in the English *Judges Rules* of 1912.

[141] In what follows, we refer to the standard police caution as a warning to differentiate it from the *Charter* cautions that police provide to fulfill their informational duties under ss. 10(a) and 10(b) of the *Charter*. While this Court referred to "warning[s]" and "caution[s]" interchangeably in *Boudreau v. The King*, [1949] S.C.R. 262 (p. 267, citing *Gach v. The King*, [1943] S.C.R. 250, at p. 254), the meaning of a caution has taken on a different connotation in the *Charter* era. Police administer a variety of cautions upon arrest or detention to meet their *Charter* obligations, and a complex jurisprudence governs their content. Our approach, however, does not impose upon the warning necessary to show an informed choice the same requirements that govern cautions under

faites volontairement. La Cour d'appel a conclu à la présence d'erreurs de droit dans l'analyse du juge du procès, a accueilli l'appel, a annulé la déclaration de culpabilité de M. Tessier et a ordonné la tenue d'un nouveau procès pour que soit examinée la question de savoir si celui-ci avait fait un véritable choix en décidant de parler à la police.

III. Analyse

A. *Pour juger du caractère volontaire, le tribunal doit vérifier si l'accusé a fait un véritable choix en décidant de parler aux autorités*

(1) Aperçu

[140] Comme nous l'expliquerons, les déclarations faites par un accusé à la police ne peuvent être qualifiées de volontaires que lorsqu'il a fait le *véritable* choix de parler aux policiers. Cette exigence témoigne de la préoccupation de la règle des confessions envers le droit d'un individu de décider de parler ou non à la police, une exigence qui sous-tend le privilège de ne pas s'incriminer et le droit de garder le silence. Un *véritable* choix est un choix *éclairé*. Les personnes interrogées doivent être *informées* de leur droit de garder le silence et des conséquences de leur décision de parler à la police. Il s'agit des informations que l'on trouve traditionnellement dans la mise en garde que donnent habituellement les policiers et qui figurent dans les *Judges Rules* anglaises de 1912.

[141] Dans le reste des présents motifs, nous désignerons sous le nom d'avertissement la mise en garde donnée habituellement par les policiers, pour la différencier de la mise en garde prévue par la *Charte* que donne la police pour s'acquitter de ses obligations en matière d'information conformément aux al. 10a) et 10b) de la *Charte*. Bien que notre Cour ait employé de façon interchangeable les termes [TRADUCTION] « avertissement » et « mise en garde » dans l'arrêt *Boudreau c. The King*, [1949] R.C.S. 262 (p. 267, citant *Gach c. The King*, [1943] R.C.S. 250, p. 254), l'expression « mise en garde » revêt une connotation différente depuis l'entrée en vigueur de la *Charte*. Les policiers servent diverses mises en garde lors d'une arrestation et d'une détention pour respecter

the *Charter*. We therefore use the term "warning" to avoid confusion over its meaning and scope.

les obligations que leur impose la *Charte*, et ces mises en garde sont encadrées par une jurisprudence complexe. Notre approche n'impose cependant pas les mêmes conditions à l'avertissement qui doit être donné pour démontrer que l'intéressé a fait un choix éclairé qu'à celles qui régissent les mises en garde prévues par la *Charte*. Nous employons donc le terme « avertissement » pour éviter toute confusion quant à sa signification et à sa portée.

[142] This Court's approach to a warning, stated in *Boudreau*, has not been reviewed to account for *Hebert*'s recognition of the need for an informed choice. To give effect to this requirement, we propose that the Crown must show that police warned an interviewee of the right to silence and the consequences of speaking where the police initiated contact with an individual to secure information about a crime they were investigating. Absent that warning, a presumption of involuntariness arises which, if not rebutted, renders any statement inadmissible, since police cannot assume interviewees understand their rights or their risks. The presumption can be rebutted by showing that the interviewee was nonetheless aware of the right to remain silent and that anything said could be used in evidence. As a practical matter, the Crown's burden in rebutting the presumption will increase when the objective risk of self-incrimination at the time of making the statement is heightened. Where, for example, the interview is conducted in a police station, the concomitant adversarial nature and the likelihood a witness becomes a suspect or detainee as a result will call for clear and compelling evidence that, notwithstanding the absence of a warning, the interviewee made an informed choice to speak, in the sense of understanding the right to remain silent and that anything said could be used in evidence.

[142] L'approche de notre Cour en ce qui concerne l'avertissement, énoncée dans l'arrêt *Boudreau*, n'a pas été revue pour tenir compte de la reconnaissance, dans l'arrêt *Hebert*, de l'exigence du choix éclairé. Or, pour donner effet à cette exigence, nous estimons que la Couronne devrait être tenue de démontrer que les policiers ont informé la personne interrogée de son droit de garder le silence ainsi que des conséquences de sa décision de leur parler au moment où ils ont pris contact avec cette personne pour recueillir des renseignements au sujet d'un crime sur lequel ils enquêtent. En l'absence de cet avertissement, il existe une présomption selon laquelle toute déclaration faite est involontaire, présomption qui, si elle n'est pas réfutée, rend inadmissible toute déclaration, puisque les policiers ne peuvent pas tenir pour acquis que la personne interrogée comprend ses droits ou était consciente des risques auxquels elle s'exposait. Cette présomption peut être réfutée en démontrant que la personne interrogée savait par ailleurs qu'elle avait le droit de garder le silence et que tout ce qu'elle dirait pourrait être utilisé en preuve. Sur le plan pratique, il sera d'autant plus difficile pour la Couronne de réfuter cette présomption lorsque le risque objectif d'auto-incrimination au moment où la déclaration a été faite était accru. Lorsque, par exemple, l'interrogatoire est mené dans un poste de police, le caractère antagoniste concomitant de l'interrogatoire et la probabilité que le témoin devienne par la suite un suspect ou un détenu exigent une preuve claire et convaincante démontrant que, malgré l'absence d'avertissement, la personne interrogée a fait le choix éclairé de parler, en ce sens qu'elle comprenait son droit de garder le silence et que tout ce qu'elle dirait pourrait être utilisé en preuve.

[143] As we will explain below, it is our respectful view that, for several reasons, our proposed approach is to be preferred over *Boudreau*. We begin, however, with an overview of voluntariness and the need for an informed choice.

(2) Nature and Scope of the Confessions Rule

[144] The common law confessions rule requires the Crown to prove beyond a reasonable doubt that an accused's statement was voluntarily made. It applies to all oral and written statements made to a person in authority and tendered by the Crown in criminal or quasi-criminal proceedings, whether the accused was detained or not (S. N. Lederman, M. K. Fuerst and H. C. Stewart, *Sopinka, Lederman & Bryant: The Law of Evidence in Canada* (6th ed. 2022), at ¶8.13). The remedy is automatic exclusion.

[145] Importantly, the confessions rule captures not only inculpatory statements (such as where the accused confesses to committing the crime) but also exculpatory statements (S. Penney, V. Rondinelli and J. Stribopoulos, *Criminal Procedure in Canada* (3rd ed. 2022), at ¶4.4; *Piché v. The Queen*, [1971] S.C.R. 23, at p. 36, per Hall J.). Statements may contain both admissions and denials, and even statements that are exculpatory on their face may be used against the accused (F. Kaufman, *The Admissibility of Confessions* (3rd ed. 1979), at p. 6). In this case, for instance, Mr. Tessier did not confess to the murder but provided information that the Crown relied on at trial as circumstantial evidence of his guilt.

[146] The confessions rule is closely related to, and indeed derives from, two longstanding common law principles: the right to silence and the privilege against self-incrimination (*Singh*, at paras. 21 and 24). All three are concerned for the right of the individual to choose whether to make a statement to the authorities, and for the repute and integrity of the judicial process (*Hebert*, at pp. 164 and 173). The common law right to silence "reflects the general principle that, absent

[143] Comme nous l'expliquerons, à notre avis et en tout respect, l'approche que nous proposons doit être préférée à celle énoncée dans l'arrêt *Boudreau*, et ce, pour plusieurs raisons. Nous commencerons toutefois par un exposé de la notion de caractère volontaire et de l'exigence du choix éclairé.

(2) Nature et portée de la règle des confessions

[144] La règle des confessions reconnue en common law exige que la Couronne prouve hors de tout doute raisonnable que la déclaration de l'accusé a été faite volontairement. Cette règle s'applique à toute déclaration verbale ou écrite faite à une personne en autorité et présentée par la Couronne dans le cadre d'une procédure criminelle ou quasi-criminelle, que l'accusé ait été détenu ou non (S. N. Lederman, M. K. Fuerst et H. C. Stewart, *Sopinka, Lederman & Bryant : The Law of Evidence in Canada* (6e éd. 2022), ¶8.13). Le manquement à cette règle entraîne automatiquement l'exclusion de la déclaration.

[145] Il importe de signaler que la règle des confessions englobe non seulement les déclarations inculpatoires — comme lorsque l'accusé avoue avoir commis le crime —, mais aussi les déclarations disculpatoires (S. Penney, V. Rondinelli et J. Stribopoulos, *Criminal Procedure in Canada* (3e éd. 2022), ¶4.4; *Piché c. La Reine*, [1971] R.C.S. 23, p. 36, le juge Hall). Une déclaration peut renfermer à la fois des aveux et des dénégations, et même les déclarations qui sont à première vue disculpatoires peuvent être utilisées contre l'accusé (F. Kaufman, *The Admissibility of Confessions* (3e éd. 1979), p. 6). En l'espèce, par exemple, M. Tessier n'a pas avoué avoir commis le meurtre, mais il a fourni des renseignements sur lesquels la Couronne s'est fondée au procès à titre de preuve circonstancielle de sa culpabilité.

[146] La règle des confessions est étroitement liée à deux principes de longue date de la common law, dont elle découle : le droit de garder le silence et le privilège de ne pas s'incriminer (*Singh*, par. 21 et 24). Ces trois principes visent à consacrer le droit de l'intéressé de décider de faire ou non une déclaration aux autorités et à protéger la réputation et l'intégrité du processus judiciaire (*Hebert*, p. 164 et 173). Le droit de garder le silence reconnu en common law

statutory or other legal compulsion, no one is obligated to provide information to the police or respond to questioning" (*Singh*, at para. 27). Similarly, the privilege against self-incrimination is rooted in the idea that a citizen involved in the criminal process must be accorded protections against the overwhelming power of the state, and in the related idea that accused persons have no obligation to give evidence against themselves (*Hebert*, at p. 174).

« traduit simplement le principe général voulant que, en l'absence de contrainte légale ou d'une autre forme de contrainte juridique, nul ne soit tenu de fournir des renseignements à la police ou de répondre à ses questions » (*Singh*, par. 27). De même, le privilège de ne pas s'incriminer tire son origine de l'idée que le justiciable impliqué dans le processus criminel doit bénéficier de garanties procédurales contre le pouvoir démesuré de l'État et de l'idée connexe qu'un accusé n'est pas tenu de témoigner contre lui-même (*Hebert*, p. 174).

[147] The confessions rule is a common law rule that exists independently of the *Charter*. Certain *Charter* protections arise only at a particular point in the criminal process, based on the legal jeopardy faced by an individual. Only people who are detained or arrested must be told of their *Charter* right to retain and instruct counsel under s. 10(b), which is also called being *Chartered*. Those who are detained and arrested must also be told that they have the right to remain silent and to not incriminate themselves, although the Court in *Singh* held the significance of this warning diminishes if detainees exercised their s. 10 right to counsel (para. 33). This "caution" conveys that the detainees or arrestees need not say anything to the police and that what they say can be used in evidence. Under the confessions rule, even before there is a detention or arrest, if an interviewee is suspected of committing an offence, the police are also advised to warn that person (*Singh*, at paras. 32-33).

[147] La règle des confessions reconnue par la common law existe indépendamment de la *Charte*. Certaines protections prévues par cette dernière n'interviennent qu'à un moment précis du processus pénal, en fonction du risque auquel l'individu en cause est exposé sur le plan juridique. Seules les personnes détenues ou arrêtées doivent être informées du droit que leur garantit la *Charte* de recourir à l'assistance de l'avocat prévu à l'al. 10b). Les personnes détenues et arrêtées doivent également être informées de leur droit de garder le silence et de ne pas s'incriminer, bien que, dans l'arrêt *Singh*, la Cour ait jugé que l'importance de cet avertissement est réduite si le détenu a exercé le droit à l'assistance d'un avocat que lui garantit l'art. 10 (par. 33). Cette « mise en garde » signifie que les personnes détenues ou arrêtées ne sont pas obligées de dire quoi que ce soit à la police, mais que leurs déclarations peuvent être utilisées en preuve. Or, selon la règle des confessions, même avant que l'individu soit détenu ou en état d'arrestation, l'avertissement policier est de mise si la personne interrogée est soupçonnée d'avoir commis une infraction (*Singh*, par. 32-33).

[148] The most important difference for our purposes is that the confessions rule applies from the outset of the interaction between the individual and the police, whether or not the individual is detained or arrested. In assessing whether a person made a meaningful choice to speak with authorities and understood the implications of doing so, the *entire interaction*, from beginning to end, must be reviewed; to be admissible, the accused's statements must *always* be voluntary. Further, the rule is not triggered by the *status* of the individual (a potential suspect, a person of interest, a real suspect, or a detainee) at

[148] La différence la plus importante en ce qui nous concerne est le fait que la règle des confessions entre en jeu dès les premiers contacts entre l'individu et la police, et ce, que l'individu soit ou non détenu ou arrêté. Pour déterminer si l'intéressé a exercé un véritable choix en décidant de parler aux autorités et s'il comprenait les implications de cette décision, il faut examiner *toute l'interaction*, du début à la fin. Pour être admissibles, les déclarations de l'accusé doivent *toujours* être volontaires. De plus, cette règle s'applique indépendamment du *statut* de l'individu — un suspect potentiel, une personne d'intérêt, un

any discernible point in time. It operates *anytime* that *anyone* speaks to an agent of the state and applies throughout the entire dealings between them.

véritable suspect ou une personne détenue —, et ce, à quelque stade que ce soit. Elle s'applique *chaque fois* que *quiconque* s'adresse à un agent de l'État et elle vaut pour toute la durée de leurs échanges.

[149] The parties agree that the confessions rule aims to balance an individual's right to choose whether to speak to the authorities and society's interest in the investigation of crime. But this is not a simple tug-of-war between the police and accused persons. Society's interest encompasses more than investigating crime; the public also has an interest in protecting individual rights and ensuring fairness in the administration of justice (*Hebert*, at p. 182). As this Court has recognized, therefore, the modern confessions rule has two objectives: ". . . to ensure trial fairness and to preclude conviction of an accused based upon compelled and as such inherently unreliable evidence" (*R. v. Paterson*, 2017 SCC 15, [2017] 1 S.C.R. 202, at para. 16).

[149] Les parties conviennent que la règle des confessions vise à trouver un juste équilibre entre le droit de l'individu de décider de parler ou non aux autorités et l'intérêt de la société à l'égard des enquêtes criminelles. Toutefois, il ne s'agit pas d'un simple bras de fer entre la police et les accusés. L'intérêt de la société va au-delà des enquêtes criminelles; le public a également intérêt à protéger les droits individuels et à assurer l'équité dans l'administration de la justice (*Hebert*, p. 182). Ainsi, comme notre Cour l'a reconnu, la règle moderne des confessions vise un double objectif : « . . . garantir l'équité procédurale et empêcher qu'un accusé soit déclaré coupable à partir d'un témoignage forcé et donc intrinsèquement non fiable » (*R. c. Paterson*, 2017 CSC 15, [2017] 1 R.C.S. 202, par. 16).

[150] This is confirmed by a brief review of the common law confessions rule over the years, which illustrates that voluntariness has moved beyond a negative inquiry concerned with police inducements, trickery, and oppression. While historically concerned with statements obtained by "fear of prejudice or hope of advantage", the rule's purpose now embraces fairness concerns and the accused's "meaningful choice" to speak with police (*Ibrahim v. The King*, [1914] A.C. 599 (P.C.), at p. 609).

[150] Un bref examen de l'évolution de la règle de common law régissant les confessions au fil des ans le confirme : l'examen du caractère volontaire s'est progressivement détaché d'une analyse axée exclusivement sur des facteurs négatifs, tels que les incitations, les ruses et les mesures d'oppression policières. Même si, historiquement, elle s'intéressait aux déclarations obtenues [TRADUCTION] « par crainte d'un préjudice ou dans l'espoir d'un avantage », la règle tient désormais compte des préoccupations relatives à l'équité et du « véritable choix » de l'accusé de parler aux policiers (*Ibrahim c. The King*, [1914] A.C. 599 (C.P.), p. 609).

(3) Expansion of the Confessions Rule

(3) Élargissement de la portée de la règle des confessions

[151] The confessions rule traces back to the 18th century, when courts recognized that "a confession forced from the mind by the flattery of hope, or by the torture of fear" was inadmissible at trial (*R. v. Warickshall* (1783), 1 Leach 263, 168 E.R. 234, at p. 235). The formal police caution (or warning, as we call it) appeared in the English *Judges Rules* of 1912, which guided police officers to warn, before

[151] La règle des confessions remonte au XVIIIe siècle, lorsque les tribunaux ont reconnu que [TRADUCTION] « la confession qu'on obtient en faisant miroiter l'espoir ou en inspirant la crainte » n'est pas admissible en preuve au procès (*R. c. Warickshall* (1783), 1 Leach 263, 168 E.R. 234, p. 235). La mise en garde policière formelle (ou « avertissement », comme nous préférons l'appeler) est apparue pour la

charging any person with a crime or conducting a custodial interview, of the right to silence and that any statement may "be given in evidence" (*R. v. K.P.L.F.*, 2010 NSCA 45, 290 N.S.R. (2d) 387, at paras. 21-24, citing *R. v. Voisin*, [1918] 1 K.B. 531 (C.C.A.), at p. 539; Kaufman, at pp. 149-52). In 1964, the *Rules* were amended to require the warning be given "[a]s soon as a police officer has evidence which would afford reasonable grounds for suspecting that a person has committed an offence" (*Practice Note (Judges' Rules)*, [1964] 1 W.L.R. 152, at p. 153).

première fois dans les *Judges Rules* anglaises de 1912, qui indiquaient qu'avant d'accuser un individu d'un crime ou de mener un interrogatoire sous garde, les policiers devaient l'informer de son droit de garder le silence et du fait que tout ce qu'il dirait pourrait [TRADUCTION] « servir de preuve » (*R. c. K.P.L.F.*, 2010 NSCA 45, 290 N.S.R. (2d) 387, par. 21-24, citant l'arrêt *R. c. Voisin*, [1918] 1 K.B. 531 (C.C.A.), p. 539; Kaufman, p. 149-152). En 1964, les *Judges Rules* ont été modifiées pour obliger l'agent de police à donner un avertissement à une personne [TRADUCTION] « [d]ès qu'[il] dispose d'éléments de preuve donnant des motifs raisonnables de soupçonner qu'[elle] a commis une infraction » (*Practice Note (Judges' Rules)*, [1964] 1 W.L.R. 152, p. 153).

[152] By the mid-20th century, the confessions rule and the warning were well established in Canadian criminal law. In *Prosko v. The King* (1922), 63 S.C.R. 226, this Court adopted a test articulated by the Privy Council in the 1914 decision of *Ibrahim*:

> 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. [p. 609]

[152] Au milieu du XXe siècle, la règle des confessions et l'avertissement étaient bien établis en droit pénal canadien. Dans l'arrêt *Prosko c. The King* (1922), 63 R.C.S. 226, notre Cour a adopté le test énoncé par le Conseil privé en 1914 dans l'arrêt *Ibrahim* :

> [TRADUCTION] C'est une règle formelle du droit criminel anglais depuis longtemps établie qu'aucune déclaration d'un accusé n'est recevable contre lui à titre de preuve, à moins que l'accusation ne prouve qu'il s'agit d'une déclaration volontaire, c'est-à-dire qui n'a pas été obtenue par crainte d'un préjudice ou dans l'espoir d'un avantage dispensés ou promis par une personne en situation d'autorité. [p. 609]

[153] For a brief period in the 1940s, the absence of a warning was an absolute bar to the admissibility of a statement made as a result of police questioning (*Gach*). Then, in the 1949 decision of *Boudreau*, this Court backtracked, holding that the presence or absence of a warning is an important but not determinative factor in determining voluntariness:

> The fundamental question is whether a confession of an accused offered in evidence is voluntary. The mere fact that a warning was given is not necessarily decisive in favour of admissibility but, on the other hand, the absence of a warning should not bind the hands of the Court so as to compel it to rule out a statement. All the surrounding circumstances must be investigated and, if upon their

[153] Pendant une brève période durant les années 1940, l'absence d'avertissement constituait un obstacle absolu à l'admissibilité d'une déclaration faite dans le cadre d'un interrogatoire de police (*Gach*). Puis, en 1949, dans l'arrêt *Boudreau*, notre Cour a fait marche arrière et a jugé que la présence ou l'absence d'avertissement était un facteur important, mais non déterminant, pour juger du caractère volontaire :

> [TRADUCTION] Il s'agit essentiellement de savoir si la confession d'un accusé produite en preuve est volontaire. La simple existence d'une mise en garde ne fait pas nécessairement pencher la balance en faveur de l'admissibilité, mais l'absence de mise en garde ne devrait pas non plus avoir pour effet d'obliger la cour à écarter une déclaration. La cour doit examiner toutes les circonstances

review the Court is not satisfied of the voluntary nature of the admission, the statement will be rejected. Accordingly, the presence or absence of a warning will be a factor and, in many cases, an important one. [Emphasis added; p. 267.]

ayant entouré une déclaration et si, après cet examen, elle n'est pas convaincue du caractère volontaire de l'aveu qu'elle constitue, la déclaration sera rejetée. L'existence ou l'absence d'une mise en garde est donc un facteur à considérer, qui, dans bien des cas, est important. [Nous soulignons; p. 267.]

[154] This is the nearly 75-year old rule, stated over 30 years before the *Charter*, and coupled with concerns only for police coercion and inducements, which informs the majority's analysis (see paras. 5, 52, 62, 64 and 72). But since the *Charter*, broader fairness concerns have come to characterize our understanding of the terms of interaction between the individual and the state — concerns which have moved our jurisprudence.

[154] L'analyse des juges majoritaires se fonde sur cette règle vieille de près de 75 ans, énoncée plus de 30 ans avant l'adoption de la *Charte*, et associée à des préoccupations concernant uniquement les mesures d'oppression et les incitations policières (voir par. 5, 52, 62, 64 et 72). Toutefois, depuis l'entrée en vigueur de la *Charte*, des considérations d'équité plus générales en sont venues à caractériser notre compréhension des modalités des interactions entre l'individu et l'État, et ces considérations ont modifié notre jurisprudence.

[155] And so, in *Hebert*, the Court held that voluntariness connotes a "broader" conception that protects a choice between alternatives (p. 166), which is reflected in the operating mind doctrine. One of the themes underlying the confessions rule is the idea that "a person in the power of the state's criminal process has the right to freely choose whether or not to make a statement to the police", coupled with a "correlative concern with the repute and integrity of the judicial process" (p. 173). Those same concerns underlay the privilege against self-incrimination and supported recognition of a detainee's right to silence as a principle of fundamental justice under s. 7 of the *Charter* (p. 175). The scope of the common law right to silence must, the Court continued, recognize a detainee's right to make a meaningful choice whether to speak to authorities or to remain silent. Rejecting the *Ibrahim* rule as too narrow, the majority formulated a confessions rule which "permits consideration of the accused's informed choice, as well as fairness to the accused and the repute of the administration of justice" (p. 182 (emphasis added)).

[155] Ainsi, dans l'arrêt *Hebert*, la Cour a estimé que le caractère volontaire évoquait un concept « plus large » qui reconnaît le droit de choisir entre diverses options (p. 166) et qui se reflète dans la théorie de l'état d'esprit conscient. Un des thèmes sous-jacents à la règle des confessions est l'idée qu'une « personne assujettie au pouvoir de l'État en matière criminelle a le droit de décider librement de faire ou non une déclaration aux policiers » et que cette idée s'accompagne « d'un souci correspondant de préserver l'intégrité du processus judiciaire et la considération dont il jouit » (p. 173). Ces mêmes préoccupations sous-tendent le privilège de ne pas s'incriminer et appuient la reconnaissance du droit de tout détenu de garder le silence en tant que principe de justice fondamentale reconnu à l'art. 7 de la *Charte* (p. 175). La portée du droit de garder le silence reconnu en common law doit, poursuit la Cour, englober le droit du détenu de faire un véritable choix entre parler aux autorités ou garder le silence. Rejetant la règle établie dans l'arrêt *Ibrahim* en raison de sa portée trop étroite, les juges majoritaires ont formulé une règle des confessions « qui permet [. . .] de tenir compte du choix éclairé de l'accusé, ainsi que de l'équité envers celui-ci et de la considération dont jouit l'administration de la justice » (p. 182 (nous soulignons)).

[156] In *R. v. Whittle*, [1994] 2 S.C.R. 914, this Court held that the right to counsel, the right to silence, and the common law confessions rule operate together to provide a standard of reliability with respect to evidence obtained from detained persons and to ensure fairness in the investigatory process (p. 939). A shared element of all three rules is the *right to make a choice* in relation to action by the state and whether the action by the authorities deprived the suspect of making an effective choice by reason of coercion, trickery or misinformation or the lack of information (pp. 931-32). *Whittle* also developed an analytical framework for the operating mind requirement, confirming that it only "requires that the accused possess a limited degree of cognitive ability to understand what he or she is saying and to comprehend that the evidence may be used in proceedings against the accused" (p. 939 (emphasis added)). The Court declined to set a higher standard that would include an understanding of the consequences of confessing or the ability to make a wise choice (p. 936).

[156] Dans l'arrêt *R. c. Whittle*, [1994] 2 R.C.S. 914, notre Cour a jugé que le droit à l'assistance d'un avocat, le droit de garder le silence et la règle de common law régissant les confessions s'appliquent conjointement afin de fournir une norme de fiabilité en ce qui concerne les éléments de preuve obtenus de personnes détenues et d'assurer l'équité de la procédure d'enquête (p. 939). Ces trois règles ont en commun le *droit de faire un choix* en lien avec une mesure prise par l'État et la question de savoir si les actes des autorités ont empêché le suspect de faire un véritable choix en raison d'une contrainte, d'une ruse ou d'une information inexacte ou inexistante (p. 931-932). Dans l'arrêt *Whittle*, notre Cour a également élaboré un cadre d'analyse au sujet du critère de l'état d'esprit conscient, confirmant ainsi que ce critère « exige [. . .] que l'accusé ait une capacité cognitive limitée de comprendre ce qu'il dit et que sa déposition pourra être utilisée dans des procédures engagées contre lui » (p. 939 (nous soulignons)). La Cour a refusé de fixer une norme plus exigeante qui tiendrait compte de la compréhension des conséquences de la confession ou de la capacité de faire un choix judicieux (p. 936).

[157] In *Oickle*, the Court affirmed *Hebert*'s choice "between alternatives" as an aspect of voluntariness, which is "most evident" in the operating mind doctrine (paras. 25-26, citing *Hebert*, at p. 166). The common law confessions rule encompasses broader fairness concerns, the Court observed, and a confession may be involuntary even where reliability is not at issue (para. 27). Four circumstances that commonly vitiate voluntariness were then outlined: (a) threats or promises; (b) oppression; (c) lack of an operating mind; and (d) police trickery that "shocks the community" (paras. 47-67, citing *Rothman v. The Queen*, [1981] 1 S.C.R. 640, at p. 697). The Court cautioned, however, that "[h]ard and fast rules simply cannot account for the variety of circumstances that vitiate the voluntariness of a confession", that voluntariness is "shorthand for a complex of values", and that the analysis "must be a contextual one" (paras. 47 and 70-71, citing J. H. Wigmore, *Evidence in Trials at Common Law* (Chadbourn rev. 1970), vol. 3, § 826, at p. 351). Despite that accompanying caution, lower courts — like the trial judge in this case — have treated

[157] Dans l'arrêt *Oickle*, la Cour a confirmé une conception du caractère volontaire qu'elle avait proposée dans l'arrêt *Hebert* et qui supposait une « décision entre des options », soulignant que cette conception « ressort[ait] clairement » de la règle de l'état d'esprit conscient (par. 25-26, citant *Hebert*, p. 166). La Cour a fait observer que la règle de common law régissant les confessions faisait intervenir des considérations d'équité plus large, de sorte qu'une confession pouvait être jugée non volontaire même lorsque la fiabilité n'était pas en cause (par. 27). La Cour a ensuite énuméré quatre situations courantes susceptibles de vicier le caractère volontaire d'une confession : a) les menaces ou les promesses; b) les mesures d'oppression; c) l'absence d'état d'esprit conscient; d) les ruses policières qui « choque[nt] la collectivité » (par. 47-67, citant *Rothman c. La Reine*, [1981] 1 R.C.S. 640, p. 697). La Cour a toutefois prévenu qu'« [i]l n'y a tout simplement pas de règle simple et rigide qui permette de tenir compte des diverses circonstances susceptibles de vicier le caractère volontaire d'une confession », ajoutant que

these four factors as an exhaustive and determinative checklist for satisfying the Crown's burden.

le caractère volontaire était « la formulation synthétique d'un faisceau de valeurs » et que « l'analyse qui doit être faite [. . .] est une analyse contextuelle » (par. 47 et 70-71, citant J. H. Wigmore, *Evidence in Trials at Common Law* (Chadbourn rev. 1970), vol. 3, § 826, p. 351). Malgré cette mise en garde, les juridictions d'instances inférieures ont — comme le juge du procès en l'espèce — considéré ces quatre facteurs comme une liste de contrôle exhaustive et déterminante à laquelle la Couronne devait satisfaire pour s'acquitter de son fardeau.

[158] And yet, in *Singh*, this Court affirmed that the common law confessions rule, like the right to silence, is a manifestation of a *broader* principle against self-incrimination (para. 21). Voluntariness, the Court explained, is a broader concept grounded in a "complex of values", including "respect for the *individual's freedom of will*, the need for law enforcement officers themselves to obey the law, and the overall fairness of the criminal justice system" (para. 30 (emphasis in original)). Thus it has long embraced the principle that a person is not obliged to give information to the police or to answer questions (para. 31). This component of the voluntariness rule is reflected in the usual warning given to a suspect and in the significance attached to its presence as a factor in determining the voluntariness of a statement (para. 31, citing *Boudreau*; *R. v. Fitton*, [1956] S.C.R. 958; *R. v. Esposito* (1985), 24 C.C.C. (3d) 88 (Ont. C.A.)).

[158] Et pourtant, dans l'arrêt *Singh*, notre Cour a confirmé que la règle de common law régissant les confessions, tout comme le droit de garder le silence, était une manifestation du principe *plus large* interdisant l'auto-incrimination (par. 21). La Cour a expliqué que le caractère volontaire était une notion plus large fondée sur « un faisceau de valeurs », dont « le respect de la *liberté de choix de l'individu*, la nécessité que les policiers respectent la loi quand ils l'appliquent et l'équité globale du système de justice criminelle » (par. 30 (en italique dans l'original)). Par conséquent, la notion du caractère volontaire englobe depuis longtemps le principe voulant que nul ne soit tenu de donner des renseignements à la police ou de répondre à ses questions (par. 31). Cet aspect de la règle du caractère volontaire ressort de la mise en garde policière que reçoivent habituellement les suspects et de l'importance accordée à l'existence d'une mise en garde en tant que facteur à considérer pour juger du caractère volontaire ou non d'une déclaration (par. 31, citant *Boudreau*; *R. c. Fitton*, [1956] R.C.S. 958; *R. c. Esposito* (1985), 24 C.C.C. (3d) 88 (C.A. Ont.)).

[159] Importantly, the Court in both *Oickle* and *Singh* emphasized that the modern confessions rule "clearly includes the right of the detained person to make <u>a meaningful choice whether or not to speak to state authorities</u>" (*Singh*, at para. 35 (emphasis added); *Oickle*, at paras. 24-27). Voluntariness requires the court to consider whether the accused was denied the right to silence (*Singh*, at para. 37). In assessing voluntariness, the focus is on the conduct of the police and its effect on the suspect's ability to exercise free will. The test is objective but the

[159] Fait important à signaler, tant dans l'arrêt *Oickle* que dans l'arrêt *Singh*, la Cour a souligné que la règle moderne des confessions « inclut nettement le droit de la personne détenue de faire <u>un choix utile quant à savoir si elle parlera ou non aux autorités de l'État</u> » (*Singh*, par. 35 (nous soulignons); *Oickle*, par. 24-27). Pour se prononcer sur le caractère volontaire, le tribunal doit examiner si l'accusé a été privé de son droit de garder le silence (*Singh*, par. 37). Pour juger du caractère volontaire, il faut mettre l'accent sur le comportement de la police et sur l'incidence

individual characteristics of the accused are relevant considerations (para. 36).

que ce comportement a eue sur la capacité du suspect d'user de son libre arbitre. Le test est de nature objective, mais les caractéristiques individuelles de l'accusé constituent des facteurs pertinents (par. 36).

(4) The Modern Conception of Meaningful Choice Goes Beyond an Operating Mind

(4) La conception moderne du véritable choix va plus loin que l'état d'esprit conscient

[160] The Court of Appeal's decision is entirely consistent with this Court's statements in *Hebert*, *Whittle*, *Oickle* and *Singh*. While the majority confines the Court's statements in *Hebert* and *Singh* to detainees (see paras. 52, 55, 75 and 79), we would give them full force. Voluntariness requires the court to scrutinize whether the accused was denied the right to silence under the *Charter* or the common law. The inquiry focuses predominantly on the accused's ability to *make a meaningful choice* whether to speak to police (*Singh*, at para. 35; Lederman, Fuerst and Stewart, at ¶8.71, citing *Hebert*, at p. 182). Since voluntariness requires a meaningful choice, it must also require access to information guiding that choice. It follows that a meaningful choice to speak cannot be made without knowing whether one is required to speak and whether there are consequences to doing so. As the respondent says, "[f]or a person's will to be *overborn[e]* they must have a will to refuse to begin with. Knowledge of the information contained within a police caution is what creates such a will" (R.F., at para. 41 (emphasis in original)). It follows, then, as a matter of simple logic that the state may need to correct an information asymmetry before a statement will be found voluntary.

[160] La décision de la Cour d'appel est parfaitement compatible avec les déclarations faites par notre Cour dans les arrêts *Hebert*, *Whittle*, *Oickle* et *Singh*. Bien que les juges majoritaires limitent les déclarations faites par notre Cour dans les arrêts *Hebert* et *Singh* aux personnes détenues (voir par. 52, 55, 75 et 79), nous sommes d'avis de leur reconnaître une portée plus large. Pour se prononcer sur le caractère volontaire, le tribunal doit examiner si l'accusé a été privé du droit de garder le silence que lui reconnaissent la *Charte* ou la common law. L'analyse est principalement axée sur la question de savoir si l'accusé a été en mesure de *faire un véritable choix* quant à la décision de parler ou non à la police (*Singh*, par. 35; Lederman, Fuerst et Stewart, ¶8.71, citant *Hebert*, p. 182). Comme l'accusé doit avoir été en mesure de faire un véritable choix pour que sa déclaration soit jugée volontaire, il doit également avoir accès aux renseignements qui lui permettent d'exercer ce choix. Il s'ensuit qu'il est impossible de faire un véritable choix quant à la décision de parler ou non à la police sans savoir si l'on est tenu de le faire et si la décision de parler entraîne des conséquences. Comme le dit l'intimé, [TRADUCTION] « [p]our qu'on puisse considérer la volonté de l'intéressé comme *subjuguée*, il faut que cette personne ait eu la faculté de refuser au départ. Cette volonté dépend de la possibilité de prendre connaissance des renseignements contenus dans la mise en garde policière » (m.i., par. 41 (en italique dans l'original)). Il s'ensuit donc, en toute logique, qu'il se peut que l'État doive corriger une asymétrie sur le plan informationnel avant qu'une déclaration puisse être jugée volontaire.

[161] The majority relies on the operating mind principle as stated in *Whittle* and *Oickle*, which is admittedly a low threshold. The majority says the "default assumption" is that an operating mind exists absent a cognitive impairment (para. 52). In our

[161] Les juges majoritaires se fondent sur le principe de l'état d'esprit conscient tel qu'il a été formulé dans les arrêts *Whittle* et *Oickle* et qui est, il faut l'admettre, un critère peu exigeant. Selon eux, il faut tenir pour acquis par défaut que, en l'absence de

view, the operating mind doctrine always *presumes* an accused *already had* some information about the right to silence. Hence the issue in *Whittle*, which was, specifically, whether an accused person had the cognitive capacity to *understand* what they were told and what they said to police. The reason for this is apparent in *Oickle*, where the Court affirmed the operating mind doctrine follows from the conception of voluntariness as a choice between alternatives. True, it inquires into an accused's cognitive capacity; but an accused's cognitive capacity to choose between alternatives is meaningless without information about those alternatives. The doctrine therefore *presumes* accused persons are informed of their rights, and the inquiry is into whether they understood them. Indeed, *Oickle* affirmed the doctrine involves no "higher degree of awareness than knowledge of what the accused is saying and that he is saying it to police officers who can use it to his detriment" (*Whittle*, at p. 936 (emphasis added); *Oickle*, at para. 63).

problème de capacité cognitive, l'individu a un état d'esprit conscient (par. 52). À notre avis, la théorie de l'état d'esprit conscient *tient* toujours *pour acquis* que l'accusé *avait déjà* certains éléments d'information au sujet de son droit de garder le silence. D'où la question dans l'affaire *Whittle*, soit celle de savoir si l'accusé avait la capacité cognitive requise pour *comprendre* ce qu'on lui avait dit et ce qu'il avait dit à la police. La raison en est évidente dans l'arrêt *Oickle*, où la Cour a affirmé que la théorie de l'état d'esprit conscient était fondée sur une conception du caractère volontaire envisagée comme un choix entre des options. Certes, l'examen porte sur la capacité cognitive de l'accusé, mais cette capacité de choisir entre diverses options est illusoire s'il ne dispose pas de renseignements sur ces options. La théorie de l'état d'esprit conscient *présume* donc que les accusés sont informés de leurs droits, de sorte que l'analyse porte sur la question de savoir s'ils les comprennent. D'ailleurs, l'arrêt *Oickle* confirme que cette théorie « n'implique pas un degré de conscience plus élevé que la connaissance de ce que l'accusé dit et qu'il le dit à des policiers qui peuvent s'en servir contre lui » (*Whittle*, p. 936 (nous soulignons); *Oickle*, par. 63).

[162] Further, in *Hebert*, *Whittle*, *Oickle* and *Singh*, the accused persons were all *actually warned or Charter cautioned*.

[162] De plus, dans les affaires *Hebert*, *Whittle*, *Oickle* et *Singh*, les accusés avaient tous *bel et bien reçu un avertissement ou les mises en garde exigées par la Charte*.

[163] The accused in *Oickle* was given warnings or *Charter* cautions on three occasions. First, before asking him to take a polygraph test, the officer told Mr. Oickle that he was not under arrest or detention, the door was not locked, he was free to leave at any time, he was not required to "sit here and talk to [him]" but anything he said could be admissible in court, and that he had the option to contact a lawyer or legal aid (*R. v. Oickle* (1998), 164 N.S.R. (2d) 342 (C.A.), at para. 80). Secondly, during Mr. Oickle's interrogation, the officer reiterated that he had the right to a lawyer and could "walk out at any time" (*Oickle* (SCC), at para. 7). Finally, after confessing to setting a fire, Mr. Oickle was arrested, warned of his right to counsel, and given a secondary police caution. The Court concluded he was "fully apprised of his rights at all times", including his rights to silence, to a lawyer, and to leave at any time (*Oickle*, at paras. 6-7 and 72).

[163] Dans l'affaire *Oickle*, l'accusé avait reçu un avertissement ou les mises en garde exigées par la *Charte* à trois reprises. Tout d'abord, avant de lui demander de se soumettre au test du polygraphe, le policier avait dit à M. Oickle qu'il n'était pas en état d'arrestation et qu'il n'était pas détenu, que la porte n'était pas verrouillée, qu'il était libre de partir en tout temps, qu'il n'était pas obligé de [TRADUCTION] « rester là et de parler avec [lui] », mais que tout ce qu'il dirait serait admissible en preuve devant le tribunal et qu'il avait le choix de consulter un avocat ou les services d'aide juridique (*R. c. Oickle* (1998), 164 N.S.R. (2d) 342 (C.A.), par. 80). Ensuite, durant l'interrogatoire de M. Oickle, le policier lui avait répété qu'il avait le droit de consulter un avocat et qu'il pouvait [TRADUCTION] « partir quand [il] v[oulait] » (*Oickle* (CSC), par. 7). Enfin, après avoir admis avoir allumé un incendie, M. Oickle a

The inquiry therefore focused on whether the police inducements were sufficient to raise a reasonable doubt as to voluntariness. *Oickle* demonstrates that an operating mind and the absence of inducements, oppressive circumstances, and police trickery are always *necessary* but not *sufficient* conditions.

été arrêté, a été informé de son droit de recourir à l'assistance d'un avocat et a reçu une mise en garde policière supplémentaire. La Cour a conclu qu'il avait été « pleinement informé de ses droits tout au long du processus », y compris de son droit de garder le silence, de consulter un avocat et de partir en tout temps (*Oickle*, par. 6-7 et 72). L'analyse portait donc sur la question de savoir si les incitations reprochées aux policiers étaient suffisantes pour soulever un doute raisonnable quant au caractère volontaire des aveux. L'arrêt *Oickle* démontre que l'état d'esprit conscient et l'absence d'incitations, de ruses ou de mesures d'oppression des policiers sont des conditions toujours *nécessaires*, mais non *suffisantes*.

[164] Likewise, the Crown argued before us that *Whittle* did not require the Court to consider whether the accused could make a meaningful choice. Importantly, however, and as ignored by the Crown and the majority, *Whittle* was a case about cognitive capacity. The basic informational component of a caution was *presumed* in the Court's analysis (*Whittle*, at p. 941). Mr. Whittle suffered from schizophrenia. He was arrested on outstanding warrants and informed of his right to counsel, which he did not exercise. While in his cell, he told the officers that he committed a murder and three robberies. After verifying the incidents, the police warned Mr. Whittle and informed him of his right to counsel, which he again declined to exercise. He provided more details on the murder. He was informed once again of his right to counsel, which he then opted to exercise. After speaking with his lawyer, who informed him of his right to silence, Mr. Whittle agreed to speak with police. He was warned again and informed of his right to counsel. He continued to provide details on the incidents (*R. v. Whittle* (1992), 78 C.C.C. (3d) 49 (Ont. C.A.), at pp. 54-60). Thus, the Court in *Whittle* was concerned not with whether the accused was *informed* of the contents of a warning, which he clearly was, but whether he could *understand* it (p. 941).

[164] De même, la Couronne a fait valoir devant nous que l'arrêt *Whittle* n'oblige pas la Cour à se demander si l'accusé était en mesure de faire un véritable choix. Il importe toutefois de signaler que l'affaire *Whittle* portait sur la capacité cognitive, ce que la Couronne et les juges majoritaires passent sous silence. Dans son analyse, la Cour a *tenu pour acquis* que l'accusé disposait des éléments d'information de base d'une mise en garde (*Whittle*, p. 941). Monsieur Whittle souffrait de schizophrénie. Il a été arrêté en vertu de mandats encore non exécutés et a été informé de son droit de recourir à l'assistance d'un avocat, droit dont il ne s'est pas prévalu. Dans sa cellule, il a dit aux agents qu'il était l'auteur d'un meurtre et de trois vols qualifiés. Après avoir vérifié ces renseignements, les policiers ont donné un avertissement à M. Whittle et l'ont informé de son droit de recourir à l'assistance d'un avocat, droit qu'il a de nouveau refusé d'exercer. Il a fourni d'autres détails au sujet du meurtre. Il a une fois de plus été informé de son droit à l'assistance d'un avocat, et cette fois-là a décidé de s'en prévaloir. Après avoir parlé à son avocat, qui l'a informé de son droit de garder le silence, M. Whittle a accepté de parler à la police. Il a reçu un nouvel avertissement et a été informé de nouveau de son droit de recourir à l'assistance d'un avocat. Il a continué à donner des détails sur les faits en cause (*R. c. Whittle* (1992), 78 C.C.C. (3d) 49 (C.A. Ont.), p. 54-60). Ainsi, dans l'affaire *Whittle*, la Cour ne cherchait pas à savoir si l'accusé avait été *informé* du contenu d'un avertissement — puisqu'il en avait manifestement été informé —, mais plutôt à savoir s'il pouvait le *comprendre* (p. 941).

[165] Similarly, in both *Hebert* and *Singh*, the accuseds had been *Charter* cautioned. Mr. Hebert was arrested on a robbery charge and informed of his right to counsel. After arriving at the RCMP detachment, he contacted counsel and obtained advice on his right to refuse to give a statement. After exercising his right to counsel, the police took Mr. Hebert to an interview room, gave him "the usual police caution", and asked him what he had done (p. 159). He said he did not wish to make a statement. He was then placed in a cell with an undercover police officer, who engaged Mr. Hebert in a conversation during which he made various incriminating statements (pp. 158-59). Mr. Singh was arrested for second degree murder. He was advised of his right to counsel under s. 10(b) and privately consulted with counsel. During two subsequent interviews, he stated on numerous occasions that he did not want to talk about the incident, he did not know anything about it, or he wanted to return to his cell. The officer told Mr. Singh: "You don't have to talk to me if you don't want to talk to me" (*R. v. Singh*, 2003 BCSC 2013, at para. 7 (CanLII)). Nonetheless, the officer continued to deflect Mr. Singh's assertions and engage him in conversation. Mr. Singh did not confess to the crime but made incriminating statements (*Singh* (SCC), at para. 2).

[165] Dans le même ordre d'idées, dans les affaires *Hebert* et *Singh*, les accusés avaient reçu les mises en garde exigées par la *Charte*. Monsieur Hebert avait été arrêté et inculpé de vol qualifié, puis avait été informé de son droit de recourir à l'assistance d'un avocat. Après son arrivée au détachement de la GRC, il avait communiqué avec un avocat, qui l'avait conseillé sur son droit de refuser de faire une déclaration. Après avoir exercé son droit à l'assistance d'un avocat, M. Hebert a été conduit à une salle d'interrogatoire où les agents lui ont donné « la mise en garde habituelle » et lui ont demandé ce qu'il avait fait (p. 159). Il a répondu qu'il ne souhaitait pas faire de déclaration. Il a ensuite été placé dans une cellule avec un agent infiltré, qui a amené M. Hebert à faire plusieurs déclarations incriminantes (p. 158-159). Monsieur Singh a été arrêté pour meurtre au second degré. Il a été avisé de son droit de recourir à l'assistance d'un avocat conformément à l'al. 10b) et il s'est entretenu en privé avec un avocat. Durant les deux interrogatoires subséquents, il a déclaré à plusieurs reprises qu'il ne voulait pas parler de l'incident, qu'il n'était au courant de rien et qu'il voulait qu'on le laisse retourner dans sa cellule. Le policier a dit à M. Singh : [TRADUCTION] « Vous n'êtes pas obligé de me parler si vous ne voulez pas me parler » (*R. c. Singh*, 2003 BCSC 2013, par. 7 (CanLII)). L'agent a néanmoins continué de détourner les affirmations de M. Singh et de chercher à le faire parler. Monsieur Singh n'a pas avoué le crime, mais il a fait des déclarations incriminantes (*Singh* (CSC), par. 2).

[166] The majority writes that the accused persons in *Hebert*, *Whittle*, *Oickle* and *Singh* were each warned because they were detained, since "the *Charter* mandated that certain information . . . be communicated to them by the police" (para. 55). To be clear, we do not dispute that *the Charter* required the police to give cautions in the foregoing cases inasmuch as the accused persons were detained and their *Charter* right to counsel was engaged. We say, however, that *the confessions rule* also mandates a warning in order to give effect to an accused's right to make a meaningful choice between alternatives. Again, *Whittle* recognized that the right to counsel and the confessions rule protect a "right to choose . . . in relation to state action" and ask whether the accused has been deprived of that choice by reason of,

[166] Les juges majoritaires écrivent que, dans les affaires *Hebert*, *Whittle*, *Oickle* et *Singh*, chacune des personnes accusées avait reçu un avertissement parce qu'elles étaient détenues, étant donné que « la *Charte* exigeait que la police leur communique certains renseignements » (par. 55). Soyons clairs : nous ne contestons pas que *la Charte* obligeait les policiers à donner une mise en garde dans ces affaires, dans la mesure où les personnes accusées étaient détenues et que leur droit protégé par la *Charte* de recourir à l'assistance d'un avocat entrait en jeu. Nous estimons toutefois que *la règle des confessions* exige également que les policiers donnent un avertissement pour permettre effectivement à l'accusé de faire un véritable choix entre diverses options. Encore une fois, l'arrêt *Whittle* reconnaît que le droit de recourir

among other things, a lack of information (pp. 931-32). Our point is that this informational aspect to the confessions rule was not contested in the foregoing cases since, unlike here, it was satisfied by providing a *Charter* warning.

à l'assistance d'un avocat et la règle des confessions protègent le « droit [. . .] de faire un choix [. . .] relativement à des actes de l'État », et posent la question de savoir si l'accusé a été privé de ce choix en raison notamment d'un manque d'information (p. 931-932). Ce que nous voulons dire, c'est que cet aspect de la règle des confessions n'était pas contesté dans ces affaires, étant donné que, contrairement à ce qui s'est produit dans la présente espèce, il avait été satisfait à cette exigence dès lors que la mise en garde exigée par la *Charte* avait été donnée.

[167] It follows that the majority's reliance on *Hebert*, *Whittle*, *Oickle* and *Singh* for the notion that the need for a warning is limited to circumstances where the interviewee is a suspect or detainee (para. 55) is simply not well-founded.

[167] Il s'ensuit que le recours, par les juges majoritaires, aux arrêts *Hebert*, *Whittle*, *Oickle* et *Singh* pour appuyer l'idée que l'avertissement n'est nécessaire que dans les cas où la personne interrogée est un suspect ou une personne détenue (par. 55) est tout simplement mal fondé.

B. *The Significance of a Warning Under the Modern Conception of Voluntariness*

B. *L'importance de l'avertissement selon la conception moderne du caractère volontaire*

[168] This brings us to the significance of a warning in the modern conception of voluntariness. The Crown conceded, and the majority agrees, that it would be prudent for police to warn a witness before conducting a police station interview. We further agree with the majority that the presence or absence of a warning will not always be determinative of the voluntariness inquiry (though it has been a relevant factor in the voluntariness analysis since *Ibrahim* "and, in many cases, an important one" (*Boudreau*, at p. 267)). What divides us is how the absence of a warning should be treated in the voluntariness analysis, particularly in circumstances where the interviewee was neither a suspect nor detainee. Before outlining our approach, we review the current status of a warning in such circumstances.

[168] Cela nous emmène à l'importance de l'avertissement selon la conception moderne du caractère volontaire. La Couronne a admis — et les juges majoritaires abondent dans le même sens — qu'il serait préférable que les policiers donnent un avertissement au témoin avant de procéder à son interrogatoire au poste de police. Nous sommes également d'accord avec les juges majoritaires pour dire que l'existence ou l'absence d'avertissement ne sera pas toujours déterminante dans le cadre de l'examen du caractère volontaire (bien qu'elle constitue un facteur pertinent pour l'analyse du caractère volontaire depuis l'arrêt *Ibrahim*, et qu'elle soit [TRADUCTION] « dans bien des cas [un facteur] important » (*Boudreau*, p. 267)). Là où nous divergeons d'opinion, c'est sur le traitement qui devrait être réservé à l'absence d'avertissement dans le cadre de l'analyse du caractère volontaire, surtout dans les situations où la personne interrogée n'est ni un suspect ni une personne détenue. Avant d'exposer notre démarche, nous allons examiner l'état actuel de l'avertissement dans ces situations.

[169] This Court has not directly addressed the impact of the absence of a warning since the *Charter* was enacted. In *Singh*, it adopted a "useful yardstick" for when to warn an interviewee, explaining that the

[169] Notre Cour ne s'est pas penchée directement sur les conséquences de l'absence d'avertissement depuis l'entrée en vigueur de la *Charte*. Dans l'arrêt *Singh*, elle a adopté un « critère utile » pour déterminer

warning should be given "when there are reasonable grounds to suspect that the person being interviewed has committed an offence" (para. 32, citing R. Marin, *Admissibility of Statements* (9th ed. (loose-leaf)), at pp. 2-24.2 and 2-24.3). Police may consider what they would do if the person attempted to leave the questioning room or officer's presence — if the answer is arrest or detain the person, the warning should be given. The Court held that even where the suspect has not been formally arrested or obviously detained, police officers are "well advised" to give a warning in those circumstances (para. 33).

dans quels cas il y a lieu de donner un avertissement à la personne interrogée, expliquant que cet avertissement devait être formulé [TRADUCTION] « lorsqu'il existe des motifs raisonnables de soupçonner que la personne interrogée a commis une infraction » (par. 32, citant R. Marin, *Admissibility of Statements* (9e éd. (feuilles mobiles)), p. 2-24.2 et 2-24.3). Le policier peut se demander ce qu'il ferait si la personne tentait de quitter la salle d'interrogatoire ou de lui fausser compagnie. Si la réponse est qu'il procéderait à l'arrestation (ou à la mise en détention) de cette personne, il y a alors lieu de donner l'avertissement. La Cour a ajouté que, même si le suspect n'est pas officiellement en état d'arrestation et qu'il n'est manifestement pas détenu, l'avertissement policier « est indiqu[é] » dans ces circonstances (par. 33).

[170] Despite *Boudreau*'s long history and this Court's recent guidance in *Singh*, a consistent response in the lower courts to the failure to warn an interviewee has yet to emerge. The failure to warn a suspect was a significant factor for ruling a statement involuntary in *R. v. Worrall*, [2002] O.J. No. 2711 (QL), 2002 CarswellOnt 5171 (WL) (S.C.J.); *R. v. Higham*, 2007 CanLII 20104 (Ont. S.C.J.); *R. v. Garnier*, 2017 NSSC 338; *R. v. Morrison*, [2000] O.J. No. 5733 (QL), 2000 CarswellOnt 5811 (WL) (S.C.J.); and *R. v. Randall*, 2003 CanLII 2205 (Ont. S.C.J.). Those cases turned on whether the person being interviewed was a suspect at the time, and applied different standards to answer that question.

[170] Même si l'arrêt *Boudreau* ne date pas d'hier et malgré les indications récentes données par notre Cour dans l'arrêt *Singh*, les juridictions d'instances inférieures n'ont pas encore adopté une approche uniforme au sujet des situations dans lesquelles la police n'a pas donné d'avertissement à la personne interrogée. L'omission de donner un avertissement au suspect a été un facteur important dans la décision de conclure que la déclaration n'était pas volontaire dans les affaires *R. c. Worrall*, [2002] O.J. No. 2711 (QL), 2002 CarswellOnt 5171 (WL) (C.S.J.); *R. c. Higham*, 2007 CanLII 20104 (C.S.J. Ont.); *R. c. Garnier*, 2017 NSSC 338; *R. c. Morrison*, [2000] O.J. No. 5733 (QL), 2000 CarswellOnt 5811 (WL) (C.S.J.); et *R. c. Randall*, 2003 CanLII 2205 (C.S.J. Ont.). Ces litiges portaient sur la question de savoir si la personne interrogée était un suspect au moment de l'interrogatoire. Les tribunaux ont appliqué des normes différentes pour répondre à cette question.

[171] A distinct approach to warnings has emerged in Ontario. The Court of Appeal for Ontario has rejected the suggestion that involuntariness follows directly from the absence of a warning, even where the interviewee was a suspect at the time (see, e.g., *R. v. Joseph*, 2020 ONCA 73, 385 C.C.C. (3d) 514, at para. 53; *R. v. Pearson*, 2017 ONCA 389, 348 C.C.C. (3d) 277, at para. 19; *R. v. Bottineau*, 2011 ONCA 194, 269 C.C.C. (3d) 227, at para. 88; *R. v. Al-Enzi*, 2021 ONCA 81, 401 C.C.C. (3d) 277, at para. 86). The Crown relies on those cases, but neglects to mention

[171] Une approche distincte a été adoptée en Ontario en matière d'avertissements. La Cour d'appel de l'Ontario n'a pas retenu l'argument suivant lequel le caractère involontaire découlait directement de l'absence d'un avertissement, même lorsque la personne interrogée était un suspect au moment de l'interrogatoire (voir, p. ex., *R. c. Joseph*, 2020 ONCA 73, 385 C.C.C. (3d) 514, par. 53; *R. c. Pearson*, 2017 ONCA 389, 348 C.C.C. (3d) 277, par. 19; *R. c. Bottineau*, 2011 ONCA 194, 269 C.C.C. (3d) 227, par. 88; *R. c. Al-Enzi*, 2021 ONCA 81, 401 C.C.C. (3d) 277,

that they all involved some form of modified warning or a *Charter* caution. The accused in *Bottineau* was provided a *K.G.B.* warning and told that he did not have to make a statement (paras. 89-92). In *Joseph*, the accused was told he did not need to answer the police's questions and he could speak with a lawyer (para. 58). In *Pearson*, the accused was not warned in his first interview, but during the second interview, he was told that he was free to leave, he did not have to speak, and anything he said was admissible in court (paras. 20-22).

[172] These inconsistent approaches to warnings illustrate the bases for some of the common criticisms of the modern confessions rule. The confessions rule offers "protections beyond those guaranteed by the *Charter*": the accused benefits from its application outside arrest and detention, the Crown bears a weighty burden of proof, and the remedy is automatic exclusion (*Oickle*, at para. 31; L. Dufraimont, "The Common Law Confessions Rule in the Charter Era: Current Law and Future Directions" (2008), 40 *S.C.L.R.* (2d) 249, at p. 265). Yet commentators have criticized the modern contextual approach to the confessions rule for failing to provide "clear and useful guidance" to police and courts on permissible police interrogation tactics (Dufraimont, at pp. 258-59; see also S. Penney, "What's Wrong with Self-Incrimination? The Wayward Path of Self-Incrimination Law in the Post-Charter Era — Part II: Self-Incrimination in Police Investigations" (2004), 48 *Crim. L.Q.* 280, at p. 285). It has been further criticized for inviting dubious police conduct (see, for instance, D. Stuart, "*Oickle*: The Supreme Court's Recipe for Coercive Interrogation" (2001), 36 C.R. (5th) 188; E. Thomas, "Lowering the Standard: *R. v. Oickle* and the Confessions Rule in Canada" (2006), 10 *Can. Crim. L.R.* 69; see also *R. v. Sinclair*, 2010 SCC 35, [2010] 2 S.C.R. 310, at paras. 77 and 89-99, per Binnie J., dissenting). Professor Penney has proposed brighter lines on the types of conduct that compromise the voluntariness of an accused's statement under the confessions rule ("Police Questioning in the Charter

par. 86). La Couronne se fonde sur ces décisions, mais néglige de mentionner que, dans toutes ces affaires, les policiers avaient donné un avertissement sous une forme ou sous une autre, ou la mise en garde exigée par la *Charte*. Dans l'affaire *Bottineau*, l'accusé avait reçu un avertissement de type *K.G.B.* et on lui avait dit qu'il n'était pas obligé de faire une déclaration (par. 89-92). Dans l'affaire *Joseph*, les policiers ont dit à l'accusé qu'il n'était pas obligé de répondre à leurs questions et qu'il pouvait parler à un avocat (par. 58). Dans l'affaire *Pearson*, l'accusé n'a pas reçu d'avertissement durant son premier interrogatoire, cependant, durant le second, on lui a dit qu'il était libre de partir, qu'il n'était pas obligé de parler et que tout ce qu'il dirait serait admissible en preuve devant le tribunal (par. 20-22).

[172] Ces approches incohérentes en matière d'avertissement permettent de comprendre les critiques habituelles concernant la règle moderne des confessions. Celle-ci offre « d'autres garanties que celles prévues par la *Charte* » : l'accusé bénéficie de son application même s'il n'est pas en état d'arrestation ou n'est pas détenu, la Couronne doit s'acquitter d'un lourd fardeau de preuve et le manquement à ces exigences entraîne l'exclusion d'office de la déclaration (*Oickle*, par. 31; L. Dufraimont, « The Common Law Confessions Rule in the Charter Era : Current Law and Future Directions » (2008), 40 *S.C.L.R.* (2d) 249, p. 265). Pourtant, les commentateurs en ont critiqué l'approche contextuelle moderne en lui reprochant de ne pas fournir [TRADUCTION] « d'orientations claires et utiles » à la police et aux tribunaux au sujet des tactiques d'interrogatoire policières autorisées (Dufraimont, p. 258-259; voir aussi S. Penney, « What's Wrong with Self-Incrimination? The Wayward Path of Self-Incrimination Law in the Post-Charter Era — Part II : Self-Incrimination in Police Investigations » (2004), 48 *Crim. L.Q.* 280, p. 285). On lui a également reproché d'inviter la police à adopter des comportements douteux (voir, p. ex., D. Stuart, « *Oickle* : The Supreme Court's Recipe for Coercive Interrogation » (2001), 36 C.R. (5th) 188; E. Thomas, « Lowering the Standard : *R. v. Oickle* and the Confessions Rule in Canada » (2006), 10 *Rev. can. D.P.* 69; voir aussi *R. c. Sinclair*, 2010 CSC 35, [2010] 2 R.C.S. 310, par. 77 et 89-99, le juge Binnie, dissident). Le professeur Penney a proposé

Era: Adjudicative versus Regulatory Rule-making and the Problem of False Confessions" (2012), 57 *S.C.L.R.* (2d) 263, at pp. 274-84).

des balises plus claires, pour l'application de la règle des confessions, sur les types de conduites qui compromettent le caractère volontaire de la déclaration de l'accusé (« Police Questioning in the Charter Era : Adjudicative versus Regulatory Rule-making and the Problem of False Confessions » (2012), 57 *S.C.L.R.* (2d) 263, p. 274-284).

[173] In our view, these criticisms of the confessions rule are all applicable to this Court's approach to warnings in the voluntariness analysis. The role of a warning in the voluntariness analysis requires greater clarity, brighter lines and increased protections for individuals.

[173] À notre avis, toutes ces critiques formulées relativement à la règle des confessions valent aussi pour l'approche adoptée par notre Cour en ce qui concerne les avertissements dans le cadre de l'analyse du caractère volontaire. Le rôle de l'avertissement dans le cadre de cette analyse exige une plus grande clarté, des balises plus claires et des garanties accrues pour les individus.

[174] Since *Boudreau*, courts have been instructed that a failure to warn a suspect is "a factor and, in many cases, an important one" in assessing the voluntariness of the suspect's statement. But *Boudreau* has led to little consistency in how courts approach the failure to warn a suspect. It has sometimes been afforded decisive weight in the analysis, as in *Worrall*, despite the absence of the traditional factors that undermine voluntariness (see, for instance, *R. v. Lourenco*, 2011 ONCA 782, 286 O.A.C. 187, at para. 7; *Garnier*, at paras. 71, 73, 76-77, 81 and 83 (CanLII)). Elsewhere, a failure to warn a suspect is dismissed as merely one factor to weigh among many (see, for instance, *Pearson*, at para. 19). Moreover, as this case illustrates, *Boudreau* does not assist witnesses who were aggressively questioned as though they were suspects. As well, if the timing of a warning relies *only* on the suspect rule, police may abuse the rule to avoid a warning by downplaying the importance of evidence or withholding key evidence from the interviewing officer to avoid triggering the need for a warning (*R. v. Dunstan*, 2017 ONCA 432, 348 C.C.C. (3d) 436, at para. 86).

[174] Depuis l'arrêt *Boudreau*, les tribunaux sont tenus de considérer que le défaut de donner un avertissement au suspect est « un facteur à considérer, qui, dans bien des cas, est important » pour décider si la déclaration du suspect était volontaire. Toutefois, l'arrêt *Boudreau* a entraîné peu d'uniformité dans la façon dont les tribunaux abordent le défaut de donner un avertissement au suspect. On lui a parfois accordé un poids décisif dans l'analyse, comme dans l'affaire *Worrall*, malgré l'absence de facteurs traditionnels qui compromettent habituellement le caractère volontaire (voir, p. ex., *R. c. Lourenco*, 2011 ONCA 782, 286 O.A.C. 187, par. 7; *Garnier*, par. 71, 73, 76-77, 81 et 83 (CanLII)). Dans d'autres décisions, le défaut de donner un avertissement au suspect n'a été considéré que comme un facteur parmi d'autres (voir, p. ex., *Pearson*, par. 19). De plus, comme l'illustre la présente affaire, l'arrêt *Boudreau* n'est d'aucun secours pour les témoins qui ont été interrogés de manière agressive comme s'ils étaient des suspects. Qui plus est, si le moment choisi pour donner l'avertissement est établi *uniquement* en fonction de la règle relative au suspect, les policiers risquent d'abuser de cette règle pour éviter d'avoir à donner un avertissement, en minimisant l'importance de la preuve ou en refusant de communiquer à l'agent qui mène l'interrogatoire des éléments de preuve clés pour se soustraire à leur obligation de donner un avertissement (*R. c. Dunstan*, 2017 ONCA 432, 348 C.C.C. (3d) 436, par. 86).

[175] In our view, all this should lead the Court to adopt a new approach to warnings. To say that the "complex of values" guiding our notions of fairness and the administration of justice has evolved since *Boudreau* in 1949 is an understatement. (After all, Mr. Boudreau was hanged.) A more stringent approach to a warning is needed in the voluntariness analysis, one that better upholds the confessions rule's modern protections for the common law right to silence and the principle against self-incrimination.

[176] While our colleagues take a half-step by recognizing a presumption of inadmissibility when statements are elicited from *suspects* without a warning, in our view the rule and its rationale require more. As explained below, we endorse a presumption of inadmissibility whenever police are investigating a crime and elicit a statement from a person about the crime without providing a warning. The importance of a warning increases with the objective risk of self-incrimination. Of course, one instance where the risk of self-incrimination is objectively heightened will continue to be where an interviewee is a suspect. But this will not be the *only* scenario where warnings are necessary. On our approach, then, *Boudreau* no longer has the last word on the weight of a warning in the voluntariness analysis.

C. *Where the Police Contact a Person to Secure Information During an Investigation, the Absence of a Warning Should Be Presumptively Determinative of Voluntariness*

[177] Since the voluntariness inquiry focuses on whether the accused made a meaningful (and therefore informed) choice to speak to police, it follows that the Crown carries a burden to prove an informed choice. If the police provided a warning before obtaining a statement, this burden will be more

[175] À notre avis, toutes ces considérations militent pour que notre Cour adopte une nouvelle approche en matière d'avertissement. Dire que le « faisceau de valeurs » qui sous-tendent notre conception de l'équité et de l'administration de la justice a évolué depuis l'arrêt rendu en 1949 dans l'affaire *Boudreau* est un euphémisme. (Après tout, M. Boudreau a été pendu.) Il faut adopter une approche plus rigoureuse de l'avertissement dans le cadre de l'analyse du caractère volontaire, et cette approche doit mieux respecter les garanties modernes qu'accorde la règle des confessions relativement au droit reconnu en common law de garder le silence et au principe interdisant l'auto-incrimination.

[176] Bien que nos collègues fassent un timide premier pas en reconnaissant l'existence d'une présomption d'inadmissibilité dans le cas des déclarations obtenues de *suspects* qui n'ont pas reçu d'avertissement, nous estimons que la règle et sa raison d'être exigent bien plus. Comme nous l'expliquerons, nous sommes favorables à une présomption d'inadmissibilité s'appliquant chaque fois que la police enquête sur un crime et obtient une déclaration d'une personne au sujet de ce crime sans lui avoir donné d'avertissement. L'importance de l'avertissement augmente en fonction du risque objectif d'auto-incrimination. Bien entendu, les cas dans lesquels la personne interrogée est un suspect continueront d'être de ceux qui augmentent objectivement le risque d'auto-incrimination. Il ne s'agit toutefois pas du *seul* scénario dans lequel il est nécessaire de donner un avertissement. Selon notre approche, l'arrêt *Boudreau* n'a plus le dernier mot sur le poids à accorder à l'avertissement dans le cadre de l'analyse du caractère volontaire.

C. *Lorsque la police communique avec une personne pour obtenir des renseignements au cours d'une enquête, l'absence d'avertissement devrait être présumée décisive lorsqu'il s'agit de juger du caractère volontaire*

[177] Comme l'analyse du caractère volontaire vise à déterminer si l'accusé a fait un véritable choix — et donc un choix éclairé — en décidant de parler à la police, il incombe à la Couronne de démontrer que ce choix était bel et bien éclairé. Si la police a donné un avertissement avant d'obtenir une déclaration, la

easily discharged. But where no warning was given during a police interrogation, there is a rebuttable presumption that any statement was involuntary, and therefore, inadmissible.

[178] The presumption will not arise whenever an accused makes a statement to a person in authority, or to *every* interaction that an individual has with police. The presumption arises only where police investigate a crime and initiate contact with a person to secure information about the crime. As the confessions rule operates primarily to set common law limits on the coercive pressures of a police interrogation (Dufraimont, at p. 250, citing *Oickle*, at para. 1), the failure to provide a warning in those circumstances must render the statement presumptively involuntary. It cannot be assumed that an accused knew of the right to silence when questioned by police. As this Court's jurisprudence on s. 9 of the *Charter* recognizes, most citizens are unaware of the precise limits of police powers and may believe they have an obligation to cooperate with police even during routine interactions (*R. v. Le*, 2019 SCC 34, [2019] 2 S.C.R. 692, at para. 26, citing S. Penney, V. Rondinelli and J. Stribopoulos, *Criminal Procedure in Canada* (2nd ed. 2018), at p. 83). Similarly, s. 10(b) jurisprudence, which is also rooted in the principle against self-incrimination, embraces the idea that detained persons must be immediately *told* of their rights, not that those rights are known to them already (*R. v. Bartle*, [1994] 3 S.C.R. 173, at pp. 190-91). If our *Charter* jurisprudence does not assume citizens are aware of their rights when detained, we see no reason to make this assumption where individuals are subject to police interrogation that may fall short of formal detention but which nonetheless creates opportunities for pressure and coercion. Absent a warning, the statement is presumptively involuntary.

[179] To avoid triggering the presumption, police *must* do what our colleagues say they *should* do:

Couronne pourra plus facilement s'acquitter de ce fardeau. Par contre, si aucun avertissement n'a été donné au cours de l'interrogatoire de police, il existe une présomption réfutable suivant laquelle toute déclaration était involontaire et, partant, inadmissible.

[178] Cette présomption n'entre pas en jeu chaque fois qu'un accusé fait une déclaration à une personne en autorité ou à *chaque* interaction d'un individu avec la police. La présomption ne s'applique que lorsque la police enquête sur un crime et communique avec une personne pour obtenir des renseignements au sujet de ce crime. Puisque la règle des confessions a principalement pour but d'encadrer en fonction de la common law les pressions coercitives exercées par la police durant les interrogatoires (Dufraimont, p. 250, citant *Oickle*, par. 1), le défaut de donner un avertissement dans ces circonstances doit faire en sorte que la déclaration soit présumée non volontaire. On ne peut tenir pour acquis qu'un accusé est au courant de son droit de garder le silence lorsqu'il est interrogé par la police. Comme la jurisprudence de notre Cour sur l'art. 9 de la *Charte* le reconnaît, la plupart des citoyens ne connaissent pas les limites précises imposées aux pouvoirs des policiers et peuvent penser qu'ils doivent collaborer avec eux, même lors de simples interventions de routine (*R. c. Le*, 2019 CSC 34, [2019] 2 R.C.S. 692, par. 26, citant S. Penney, V. Rondinelli et J. Stribopoulos, *Criminal Procedure in Canada* (2e éd. 2018), p. 83). De même, la jurisprudence relative à l'al. 10b), qui est également fondée sur le principe interdisant l'auto-incrimination, adhère à l'idée que les personnes détenues doivent être immédiatement *informées* de leurs droits, et non qu'elles connaissent déjà ces droits (*R. c. Bartle*, [1994] 3 R.C.S. 173, p. 190-191). Si notre jurisprudence relative à la *Charte* ne tient pas pour acquis que les justiciables connaissent leurs droits lorsqu'ils sont détenus, nous ne voyons aucune raison de formuler cette hypothèse lorsque des individus sont soumis à des interrogatoires policiers qui, sans constituer une détention formelle, créent néanmoins une situation dans laquelle ils sont susceptibles de faire l'objet de pressions et de coercition. En l'absence d'avertissement, la déclaration est présumée involontaire.

[179] Afin d'éviter l'application de la présomption, la police *doit* faire ce que nos collègues disent qu'elle

give a warning. Interviewees must be informed that: (1) they do not need to speak to police; and (2) if they decide to speak, their statements may be used in evidence but their silence cannot. Simply informing interviewees of the right to silence is not enough. The consequences of speaking and of silence must be disclosed, since it is the consequences that allow witnesses to understand their options and what is at stake — that is, to make a meaningful choice. In evaluating whether the presumption is triggered, courts should focus on the substance of the warning, not its form, keeping in mind there is no uniform warning in Canada (*K.P.L.F.*, at para. 28; L. Stuesser, "The Accused's Right to Silence: No Doesn't Mean No" (2002), 29 *Man. L.J.* 149). Police do not need to tell interviewees that they have a legal *right* to silence, but their options, like the consequences, should be made clear.

devrait faire : donner un avertissement. Les personnes interrogées doivent être informées : (1) qu'elles n'ont pas l'obligation de parler à la police; (2) que, si elles décident de parler, leurs déclarations peuvent être utilisées en preuve, bien que leur silence ne puisse pas l'être. En effet, il ne suffit pas d'informer les personnes interrogées de leur droit de garder le silence. Il faut également leur expliquer les conséquences de leur décision de parler ou de garder le silence, puisque ce sont ces conséquences qui permettent aux témoins de comprendre les options dont ils disposent et de saisir les enjeux — autrement dit, de faire un véritable choix. Pour déterminer si la présomption s'applique, les tribunaux devraient se concentrer sur la teneur de l'avertissement, et non sur sa forme, en gardant à l'esprit qu'il n'existe pas d'avertissement uniforme au Canada (*K.P.L.F.*, par. 28; L. Stuesser, « The Accused's Right to Silence : No Doesn't Mean No » (2002), 29 *Man. L.J.* 149). La police n'est pas tenue de dire aux personnes interrogées qu'elles ont, en vertu de la loi, le *droit* de garder le silence, mais elle devrait leur expliquer clairement tant les options qui s'offrent à elles que leurs conséquences.

[180] The greater the objective risk of self-incrimination at the time the statement is made, the heavier the Crown's burden to rebut the presumption by adducing clear and compelling evidence showing the interviewee made a meaningful choice, having been informed of the right to remain silent and the consequences of speaking. Jurisprudence on the confessions rule provides guidance on when the risk of self-incrimination is objectively heightened. The risk is objectively raised when an interviewee becomes a detainee or a suspect. Indeed, the majority acknowledges that "[f]airness concerns are manifest once an individual is targeted by the state" (para. 75). As recognized in *Singh*, it is important to affirm individuals' right to silence after they are detained (para. 32). Detention accentuates imbalances of power between police and detainees, increasing their vulnerability to interrogation tactics, and it exerts a coercive pressure that, on its own, can prompt a detainee to confess (*Singh*, at para. 32; *R. v. Grant*, 2009 SCC 32, [2009] 2 S.C.R. 353, at para. 22, citing *Hebert*, at pp. 179-80). Police suspects, too, are at a heightened risk of self-incrimination. Aside from being a likely target for increased coercive pressure, suspects face

[180] Plus le risque objectif d'auto-incrimination au moment de la déclaration est élevé, plus il sera difficile pour la Couronne de réfuter la présomption en présentant des éléments de preuve clairs et convaincants démontrant que la personne interrogée a fait un véritable choix après avoir été informée de son droit de garder le silence et des conséquences d'une décision de parler. La jurisprudence sur la règle des confessions offre des repères sur les situations dans lesquelles le risque d'auto-incrimination est objectivement accru. Il en est ainsi lorsque la personne interrogée devient une personne détenue ou un suspect. D'ailleurs, les juges majoritaires reconnaissent que « [l]es considérations liées à l'équité s'appliquent clairement dès lors qu'une personne est ciblée par l'État » (par. 75). Comme le reconnaît l'arrêt *Singh*, il est important de réitérer le droit de l'individu de garder le silence après sa mise en détention (par. 32). En effet, celle-ci accentue l'inégalité de pouvoirs entre la police et l'individu en cause et rend celui-ci plus vulnérable aux tactiques d'interrogatoire, sans oublier qu'elle exerce sur le détenu une pression coercitive qui, à elle seule, peut l'inciter à faire des aveux (*Singh*, par. 32; *R. c. Grant*, 2009 CSC 32, [2009] 2 R.C.S.

the greater likelihood that their statements will be used against them in court proceedings (*Worrall*, at para. 106; *Lourenco*, at paras. 6-7).

353, par. 22, citant l'arrêt *Hebert*, p. 179-180). Les personnes que soupçonne la police sont, elles aussi, exposées à un risque accru d'auto-incrimination. En effet, en plus d'être la cible probable de pressions coercitives accrues, les suspects sont plus susceptibles de voir leurs déclarations utilisées contre eux dans le cadre d'une procédure judiciaire (*Worrall*, par. 106; *Lourenco*, par. 6-7).

[181] Our approach accounts for how police station interviews represent another circumstance where the risk of self-incrimination is objectively heightened. A psychological detention is more likely to arise during such an interview. Interrogation rooms amplify the imbalances of physical and psychological power between police and an interviewee. As this Court has already recognized, interviewees may find the experience overwhelming (*R. v. Crawford*, [1995] 1 S.C.R. 858, at para. 25). Interrogations at a police station frequently begin with general, background questions before turning adversarial. Often police alternate between general and focused questioning. The precise point at which the interview turns adversarial, while difficult to pinpoint, is completely within the officer's control. Just as officers may downplay whether they considered a person a suspect (as they did here), they may also downplay the adversarial nature of their questioning. Moreover, adversarial questioning can result in a witness becoming a suspect midway through an interview.

[181] Notre approche tient compte du fait que les interrogatoires menés au poste de police constituent une autre situation dans laquelle le risque d'auto-incrimination est objectivement accru. Ce type d'interrogatoire est plus susceptible de donner lieu à une détention psychologique. Les salles d'interrogatoire amplifient le déséquilibre de pouvoir physique et psychologique qui existe entre la police et la personne interrogée. Comme notre Cour l'a déjà reconnu, les personnes interrogées peuvent trouver l'expérience intimidante (*R. c. Crawford*, [1995] 1 R.C.S. 858, par. 25). L'interrogatoire au poste de police commence souvent par des questions d'ordre général, et se poursuit par des questions antagonistes. Souvent, les policiers alternent entre les questions générales et les questions ciblées. Même s'il est difficile de déterminer avec précision à quel moment l'interrogatoire devient antagoniste, il n'en demeure pas moins que son déroulement relève entièrement du contrôle du policier. Tout comme les policiers peuvent minimiser le fait qu'ils considéraient une personne comme un suspect — comme c'est le cas en l'espèce —, ils peuvent minimiser le caractère antagoniste de leur interrogatoire. De plus, le fait de poser des questions antagonistes peut faire en sorte qu'un témoin devienne un suspect au cours de l'interrogatoire.

[182] The risk of self-incrimination is also objectively heightened when police engage in adversarial or aggressive questioning. The effect of police questioning on the accused is a longstanding consideration in assessing voluntariness under the confessions rule (see, for instance, *Fitton*, at p. 962, per Rand J.). To objectively raise the risk of self-incrimination, however, the questioning need not be so aggressive that interviewees could be led to falsely confess. A false confession in most cases "takes strong incentives, intense pressure and prolonged questioning" (*Oickle*, at para. 45, citing R. J. Ofshe and R. A. Leo, "The

[182] Le risque d'auto-incrimination est également objectivement accru lorsque les policiers se livrent à un interrogatoire antagoniste ou agressif. L'effet de l'interrogatoire policier sur l'accusé est un facteur dont on tient compte depuis longtemps pour juger du caractère volontaire aux fins de l'application de la règle des confessions (voir, p. ex., *Fitton*, p. 962, le juge Rand). Pour qu'elles soulèvent objectivement un risque d'auto-incrimination, il n'est toutefois pas nécessaire que les questions soient à ce point agressives que la personne interrogée en vienne à faire une fausse confession. Dans la plupart des cas, pour

Social Psychology of Police Interrogation: The Theory and Classification of True and False Confessions" (1997), 16 *Stud. L. Pol. & Soc.* 189, at pp. 193-96). To objectively heighten the risk of self-incrimination, it will suffice if the questions are adversarial and police are investigating a crime. In this context, interviewees' liberty is placed at risk when they are asked questions designed to elicit incriminating evidence, including confessions. That is true regardless of whether the police also considered the person a suspect.

soutirer une fausse confession, « il faut recourir à des mesures incitatives importantes, exercer une pression intense et mener un interrogatoire prolongé » (*Oickle*, par. 45, citant R. J. Ofshe et R. A. Leo, « The Social Psychology of Police Interrogation : The Theory and Classification of True and False Confessions » (1997), 16 *Stud. L. Pol. & Soc.* 189, p. 193-196). Pour que le risque d'auto-incrimination soit objectivement accru, il suffit que les questions soient antagonistes et que les policiers enquêtent sur un crime. Dans ce contexte, la liberté de la personne interrogée est compromise lorsqu'on lui pose des questions visant à lui soutirer des éléments de preuve incriminants, y compris des aveux. Cela est vrai, peu importe que la police ait également considéré cette personne comme un suspect.

[183] We agree with the majority that the evidence is to be assessed from the perspective of a reasonably competent investigator and that the test is objective (paras. 81-82). As the facts of this case demonstrate, fixing the point at which a police officer can credibly claim to subjectively view an interviewee as a suspect is often slippery and elusive. The focus, then, is properly on the nature of the questions, objectively viewed. Adversarial or aggressive questions that heighten the risk of self-incrimination include those that insinuate witnesses are lying, accuse witnesses of committing the crime under investigation, ask witnesses to disprove their guilt, or otherwise invite witnesses to incriminate themselves. Similarly, in determining whether police were investigating a crime, a court should take an objective view, focusing on whether the officer's questions indicated they were investigating a crime.

[183] Nous convenons avec les juges majoritaires que la preuve doit être évaluée du point de vue de l'enquêteur raisonnablement compétent et que le test est objectif (par. 81-82). Comme les faits de l'espèce le démontrent, il est souvent périlleux et illusoire de fixer le moment à partir duquel le policier peut de façon crédible prétendre qu'il considère objectivement la personne interrogée comme un suspect. L'accent doit donc être mis sur la nature des questions, considérées objectivement. Parmi les questions antagonistes ou agressives qui augmentent le risque d'auto-incrimination, mentionnons celles qui insinuent que le témoin ment, qui l'accusent d'avoir commis le crime faisant l'objet de l'enquête, qui lui demandent de démontrer qu'il n'est pas coupable, ou toute autre question qui incite le témoin à s'incriminer. De même, pour déterminer si la police enquêtait sur un crime, le tribunal devrait adopter un point de vue objectif, en se concentrant sur la question de savoir si les questions posées par le policier indiquaient qu'il enquêtait sur un crime.

[184] As we have observed, the Crown concedes, as does the majority, that it is prudent for police to warn witnesses before an interview at a police station. This is because it will be easier to show the statement was voluntary where police do so (majority's reasons, at para. 5). But the majority does not appear to appreciate that the converse must also be true: where police do not do so, the statement cannot be accepted as voluntary without some other basis for so deciding.

[184] Comme nous l'avons fait observer, la Couronne admet, tout comme les juges majoritaires, qu'il est prudent que la police donne un avertissement aux témoins avant de procéder à leur interrogatoire au poste de police. En effet, il est plus facile de démontrer que la déclaration était volontaire lorsque les policiers ont donné un avertissement (motifs des juges majoritaires, par. 5). Les juges majoritaires ne semblent toutefois pas comprendre que l'inverse doit

And yet, each proposition follows from the concession that a warning is prudent practice. In other words, the same reason that giving a warning is *prudent* (to show voluntariness) also explains the problem in not giving a warning (without more, the statement is involuntary). In agreeing, therefore, that giving a warning is *prudent*, we would take that necessary next step: for the very reason that giving a warning *is* prudent, police *must* do so *before* conducting an interview in pursuit of a criminal investigation.

également être vrai : lorsque la police ne donne pas d'avertissement, la déclaration ne peut pas être jugée volontaire s'il n'existe pas par ailleurs d'autre raison permettant de la considérer ainsi. Et pourtant, chacune de ces propositions découle de l'admission selon laquelle l'avertissement est une pratique prudente. En d'autres termes, la même raison pour laquelle il est *prudent* de donner un avertissement — démontrer que la déclaration est volontaire — explique pourquoi il est problématique de ne pas donner d'avertissement — sans autre preuve, la déclaration n'est pas volontaire. En conséquence, en convenant qu'il est *prudent* de donner un avertissement, nous sommes d'avis de passer à l'étape nécessaire suivante : pour la raison même qu'il *est* prudent de donner un avertissement, la police *doit* donner cet avertissement *avant* de mener un interrogatoire dans le cadre d'une enquête criminelle.

[185] The Crown argues that recognizing that voluntariness requires proof of an informed choice will require police to warn everyone with whom they interact. But that is an overstatement. On our approach, warnings are not required for statements made on 911 calls, complainant-initiated statements, spontaneous utterances, or unsolicited statements (as in *R. v. Turcotte*, 2005 SCC 50, [2005] 2 S.C.R. 519). Police are passive receivers of preliminary information in these circumstances. Nor are police required to warn an interviewee while actively responding to emergencies. Public safety may be jeopardized if police officers are required to ascertain voluntariness in respect of every person they speak to while responding to an emergency (*Paterson*, at para. 24). Finally, warnings are not appropriate in situations where people are obliged to speak with the police.

[185] Selon la Couronne, le fait de reconnaître qu'il est nécessaire de démontrer qu'un individu a fait un choix éclairé pour pouvoir conclure que sa déclaration était volontaire obligera les policiers à donner un avertissement à toutes les personnes avec lesquelles ils entrent en contact. Cette affirmation est exagérée. Selon notre approche, il n'est pas nécessaire de donner un avertissement dans le cas des appels au service 911, des déclarations faites par le plaignant, des déclarations spontanées ou des déclarations non sollicitées (comme dans l'affaire *R. c. Turcotte*, 2005 CSC 50, [2005] 2 R.C.S. 519). Dans ces situations, les policiers sont les récepteurs passifs de renseignements préliminaires. Ils ne sont pas non plus tenus de donner un avertissement à une personne interrogée lorsqu'ils répondent activement à une situation d'urgence. En effet, la sécurité publique pourrait être compromise si les policiers devaient s'assurer du caractère volontaire des déclarations de toutes les personnes qu'ils rencontrent lors d'une intervention d'urgence (*Paterson*, par. 24). Enfin, il n'y a pas lieu de donner un avertissement lorsque les personnes sont tenues de parler à la police.

[186] The Crown's burden to rebut the presumption of involuntariness is strict, but not insurmountable. Absent a warning, we agree with the Court of Appeal that a court must consider whether "the person making the statement understood they did not have to say

[186] Le fardeau de la Couronne de réfuter la présomption du caractère involontaire est rigoureux, mais il n'est pas insurmontable. Nous sommes d'accord avec la Cour d'appel pour dire que, à défaut d'avertissement, le tribunal doit se demander si [TRADUCTION]

anything, and understood that if they responded to questions, their answers could be used against them" (para. 37). Unlike the Court of Appeal, however, we conclude the accused's behaviour and personal characteristics will rarely be probative of this question (para. 36). A focus on the interviewee's willingness to talk, age or lack of vulnerability would mean that no warning is needed for most citizens. Yet this result runs against the very reason a warning is required: Canadians are largely unaware of their rights when interacting with police.

« la personne qui a fait la déclaration comprenait qu'elle n'était pas obligée de dire quoi que ce soit et que, si elle répondait aux questions, ses réponses pourraient être utilisées contre elle » (par. 37). Toutefois, contrairement à la Cour d'appel, nous concluons que le comportement et les caractéristiques personnelles de l'accusé ont rarement une valeur probante quant à cette question (par. 36). Insister sur la volonté de la personne interrogée de parler, sur son âge et sur le fait qu'elle n'est pas vulnérable reviendrait à dire qu'aucun avertissement n'est nécessaire pour la plupart des justiciables. Or, un tel scénario contredirait carrément la raison d'être de l'avertissement, soit que, pour la plupart, les Canadiens ignorent leurs droits lorsqu'ils entrent en contact avec la police.

[187] Instead, the presumption may be rebutted in certain circumstances. First, it may be rebutted where accused persons received partial warnings, such as where they were informed they did not need to speak but were not told their statements could be used against them (as in *R. v. M. (D.)*, 2012 ONCA 894, 295 C.C.C. (3d) 159, at paras. 44-45; *Pearson*, at paras. 20-22; *Joseph*, at para. 58; *Bottineau*, at para. 91). Similarly, where an accused received a warning during a recent interaction on the same matter, it may demonstrate that the accused made an informed choice in a subsequent interaction, notwithstanding the failure to warn the accused on that later occasion. Accused persons may also expressly state and acknowledge their legal rights, indicating they were able to make a meaningful choice (*R. v. Engel*, 2016 ABCA 48, 616 A.R. 181, at para. 18). While the circumstances in which the presumption may be rebutted are narrow, police can easily avoid this step by doing what the Crown and the majority already acknowledge as prudent: providing a warning.

[187] La présomption peut cependant être réfutée dans certaines circonstances. Elle peut tout d'abord l'être lorsque l'accusé a reçu un avertissement partiel, notamment lorsqu'il a été informé qu'il n'était pas obligé de parler, mais qu'on ne lui a pas indiqué que ses déclarations pourraient être retenues contre lui (comme dans *R. c. M. (D.)*, 2012 ONCA 894, 295 C.C.C. (3d) 159, par. 44-45; *Pearson*, par. 20-22; *Joseph*, par. 58; *Bottineau*, par. 91). De même, lorsque l'accusé a reçu un avertissement lors d'une intervention récente portant sur les mêmes faits, on peut en conclure qu'il a fait un choix éclairé durant l'intervention ultérieure, même s'il n'a pas reçu d'avertissement durant cette dernière. Les accusés peuvent également affirmer expressément qu'ils connaissent les droits que leur reconnaît la loi, indiquant ainsi qu'ils étaient en mesure de faire un véritable choix (*R. c. Engel*, 2016 ABCA 48, 616 A.R. 181, par. 18). Bien que les situations dans lesquelles il est possible de réfuter la présomption soient limitées, la police peut aisément faire en sorte que cette étape soit évitée en prenant la mesure que la Couronne et les juges majoritaires qualifient déjà de prudente, en l'occurrence, en donnant un avertissement.

[188] Lastly, and contrary to the majority's assertions (paras. 12, 41 and 74), discharging its burden does not require the Crown to show the accused waived the right to silence. Making an informed choice does not require "a particular state of knowledge" on the interviewee's part (*Hebert*, at p. 177). Rather, the question is whether accused persons were *provided*

[188] Enfin, et contrairement à ce qu'affirment les juges majoritaires (par. 12, 41 et 74), pour s'acquitter de son fardeau, la Couronne n'a pas à démontrer que l'accusé a renoncé à son droit de garder le silence. L'exercice d'un choix éclairé n'exige pas « d[e] connaissances particulières » de la part de la personne interrogée (*Hebert*, p. 177). La question est plutôt celle

information sufficient to know their rights (p. 177). Thus, even though a warning has a significant role in the voluntariness analysis under our approach, the inquiry into whether a warning was administered is an objective one. Where no warning was provided, it is open to the Crown to point to another objective source of the requisite information. As noted, in some cases, the source will be accused persons themselves if they express or reveal awareness of their right to silence or knowledge about the adverse consequences of speaking to police. As stated in *Hebert*, proof of an informed choice does not "place on the authorities and the courts the impossible task of subjectively gauging whether the suspect appreciates the situation and the alternatives" (p. 177). The Crown need only demonstrate that the police warned the accused or that *another source of information* substituted for the usual warning.

de savoir si l'accusé a *reçu des renseignements* suffisants pour connaître ses droits (p. 177). Ainsi, même si, selon notre approche, l'avertissement joue un rôle important dans l'analyse du caractère volontaire, la question de savoir si l'avertissement a effectivement été donné appelle une analyse objective. Lorsqu'aucun avertissement n'a été donné, la Couronne peut toujours démontrer qu'il existait une autre source objective de renseignements. Comme nous l'avons mentionné, dans certains cas, cette source sera l'accusé lui-même, s'il affirme ou révèle qu'il est au courant de son droit de garder le silence ou des conséquences négatives d'une décision de parler à la police. Comme la Cour l'a déclaré dans l'arrêt *Hebert*, la preuve d'un choix éclairé « n'impose ni aux autorités ni aux tribunaux la tâche impossible d'évaluer subjectivement si le suspect est conscient de la situation et des options qui s'offrent à lui » (p. 177). La Couronne n'a qu'à démontrer que la police a donné un avertissement à l'accusé ou qu'une *autre source de renseignements* a remplacé l'avertissement usuel.

[189] For this reason, contrary to the majority's suggestion (para. 41), our proposal does not resurrect a waiver standard that was expressly rejected by McLachlin J. in *Hebert* (p. 183). Indeed, it is *our* approach which shows fidelity to *Hebert*'s guidance that the test for whether an accused's right to choose was violated must be "essentially objective" (p. 177). Like *Hebert*, the focus is on whether a warning was provided (p. 177), not on any subjective state of knowledge of the accused nor on whether the accused waived the right to choose to speak to police.

[189] Pour cette raison, et contrairement à ce qu'affirment les juges majoritaires (par. 41), l'approche que nous proposons n'a pas pour effet de ressusciter une norme de renonciation qui a expressément été rejetée par la juge McLachlin dans l'arrêt *Hebert* (p. 183). En fait, c'est *notre* approche qui s'avère fidèle à la consigne donnée dans cet arrêt suivant laquelle le test applicable pour déterminer si le droit de choisir de l'accusé a été violé doit être « essentiellement objectif » (p. 177). Comme dans l'affaire *Hebert*, l'analyse est axée sur la question de savoir si un avertissement a été donné (p. 177) et non sur celle de savoir si l'accusé a renoncé à son droit de parler à la police ou sur celle de ses connaissances subjectives.

[190] To summarize, our revised approach takes seriously this Court's injunction that voluntariness exists *only* where the accused made *a meaningful* — that is, *informed* — choice to speak with police. Where, therefore, police initiate contact with an individual to secure information about a crime they are investigating, there is a rebuttable presumption that any statement given without a warning was involuntary. Further, in circumstances where the risk of self-incrimination is objectively heightened — such as where the police take an adversarial approach or

[190] En résumé, notre approche révisée prend au sérieux la consigne de notre Cour suivant laquelle une déclaration est volontaire *uniquement* si l'accusé a fait un *véritable* choix — c'est-à-dire un choix *éclairé* — en décidant de parler à la police. Ainsi, lorsque la police communique avec un individu pour obtenir des renseignements au sujet d'un crime sur lequel elle enquête, il existe une présomption réfutable selon laquelle, s'il n'a pas reçu d'avertissement, toutes les déclarations faites par cet individu ne sont pas volontaires. De plus, dans les situations où le risque

where there is information that, objectively viewed, would raise a reasonable suspicion that the individual was involved in the crime — clear and compelling evidence will be required showing the individual knew of the right to silence and that anything said could be used in evidence.

d'auto-incrimination est objectivement accru — par exemple lorsque les policiers adoptent une attitude antagoniste ou lorsqu'il existe des renseignements qui, de façon objective, soulèvent un soupçon raisonnable que l'individu a été impliqué dans le crime en cause —, il faut présenter une preuve claire et convaincante pour démontrer que l'individu était au courant de son droit de garder le silence et du fait que tout ce qu'il dirait pourrait être utilisé en preuve.

D. *Benefits of This Revised Approach*

D. *Avantages de l'approche révisée*

[191] We agree with the majority that the common law confessions rule has always sought to balance society's interest in the investigation of crimes and an individual's right to choose not to speak with police (paras. 4, 12, 41, 53, 56, 69, 73-74 and 79). That said, its application has favoured the former over the latter. Uncertainty in the meaningful choice analysis and the significance of a warning inevitably favours the police, who can exploit ignorance of *Charter* rights to extract statements. Our proposed approach rights the balance by providing greater clarity on the timing of a warning and its role in the voluntariness analysis, while protecting the right to silence and those most vulnerable to coercive police pressure.

[191] Nous sommes d'accord avec les juges majoritaires pour dire que la règle de common law régissant les confessions a toujours visé l'équilibre entre l'intérêt de la société dans les enquêtes sur les crimes et le droit d'une personne de choisir de ne pas parler à la police (par. 4, 12, 41, 53, 56, 69, 73-74 et 79). Cela dit, son application a favorisé le premier plutôt que le second. L'incertitude quant à l'analyse du véritable choix et à l'importance de donner un avertissement favorise inévitablement la police, qui peut exploiter l'ignorance des droits garantis par la *Charte* pour soutirer des déclarations. L'approche que nous proposons permet de rétablir l'équilibre en clarifiant le moment où l'avertissement doit être donné et son rôle dans l'analyse du caractère volontaire, tout en garantissant le droit de garder le silence et en protégeant les personnes les plus vulnérables aux pressions coercitives de la police.

[192] Ensuring greater protections for vulnerable witnesses is one of the most compelling reasons to make a warning central to the voluntariness analysis. As this case illustrates, when questioning witnesses, police may use aggressive interrogation tactics to lead witnesses to believe they have been caught out and that they should "come clean" and "tell the truth". To amplify the potency of these techniques, police may be tempted to keep witnesses in the dark about their right to silence.

[192] Assurer une meilleure protection aux témoins vulnérables est l'une des raisons les plus convaincantes pour faire de l'avertissement un élément central de l'analyse du caractère volontaire. Comme l'illustre la présente affaire, durant l'interrogatoire des témoins, la police peut utiliser des tactiques d'interrogation agressives pour amener les témoins à croire qu'ils ont été pris en défaut et qu'ils doivent « se mettre à table » et « dire la vérité ». Pour amplifier la puissance de ces techniques, la police peut être tentée de laisser les témoins dans l'ignorance de leur droit de garder le silence.

[193] In our view, police should not be permitted to leverage ignorance of the right to silence to increase the coercive pressure of an interrogation. Such a tactic is corrosive of legality and individual liberty,

[193] À notre avis, on ne doit pas permettre à la police de tirer parti de l'ignorance du droit de garder le silence pour augmenter la pression coercitive d'un interrogatoire. Une telle tactique est préjudiciable à la

and will inevitably disadvantage vulnerable persons, including those who may feel less capable of resisting police pressure, such as persons from communities subject to over-policing. Our approach provides greater protection for those witnesses least able to resist police interrogation tactics. In *Oickle*, this Court cautioned judges to be mindful of the danger of false confessions that arise in police interrogations of witnesses that are vulnerable due to "their background, special characteristics, or situation", including those with "compliant personalities" and those "prone to accept and believe police suggestions" (para. 42, citing W. S. White, "False Confessions and the Constitution: Safeguards Against Untrustworthy Confessions" (1997), 32 *Harv. C.R.-C.L. L. Rev.* 105, at p. 120). Commentators have identified a range of characteristics that may make a person more likely to falsely confess (D. E. Ives, "Preventing False Confessions: Is *Oickle* Up to the Task?" (2007), 44 *San Diego L. Rev.* 477, at pp. 480-84). Interviewees may have difficulty appreciating the consequences of speaking with police or coping with the unusual stress of a police interview, as in the case of a person who has an intellectual disability (pp. 480-81). They may be conflict-averse and eager to please authorities (p. 482). Persons susceptible to police suggestion may demonstrate a lack of assertiveness, high anxiety, and low intelligence (p. 482). While not a complete solution, a warning can mitigate some of the risks associated with vulnerable witnesses that lead to false confessions. In the result, fairness is not the only justification for a warning: the reliability of confessions is also enhanced by our approach.

légalité et à la liberté individuelle, et elle désavantage inévitablement les personnes vulnérables, y compris celles qui se sentent moins capables de résister aux pressions de la police, comme les personnes issues de collectivités qui font l'objet d'une surveillance policière excessive. Notre approche offre une plus grande protection aux témoins qui sont le moins en mesure de résister aux tactiques d'interrogatoire de la police. Dans l'arrêt *Oickle*, la Cour a rappelé aux juges d'être conscients des dangers des fausses confessions qui peuvent survenir lorsque les policiers interrogent des témoins vulnérables en raison de « leur vécu, de [leurs] caractéristiques spéciales ou de [leur] situation », y compris les témoins « qui ont une personnalité complaisante » et ceux qui « sont enclins à accepter et à croire les suggestions faites par les policiers » (par. 42, citant W. S. White, « False Confessions and the Constitution : Safeguards Against Untrustworthy Confessions » (1997), 32 *Harv. C.R.-C.L. L. Rev.* 105, p. 120). Les commentateurs ont identifié une série de caractéristiques qui peuvent rendre une personne plus susceptible de faire de fausses confessions (D. E. Ives, « Preventing False Confessions : Is *Oickle* Up to the Task? » (2007), 44 *San Diego L. Rev*. 477, p. 480-484). Les personnes interrogées peuvent avoir de la difficulté à comprendre les conséquences des discussions avec la police ou à faire face au stress inhabituel d'une entrevue policière, comme dans le cas d'une personne ayant une déficience intellectuelle (p. 480-481). Elles peuvent être réfractaires aux conflits et désireuses de plaire aux autorités (p. 482). Les personnes susceptibles de croire les suggestions faites par les policiers peuvent démontrer un manque d'assurance, une grande anxiété et un manque d'intelligence (p. 482). Bien qu'il ne s'agisse pas d'une solution universelle, un avertissement peut atténuer certains des risques que courent les témoins vulnérables et qui mènent à de fausses confessions. En conséquence, l'équité n'est pas la seule justification de l'avertissement; notre approche renforce également la fiabilité des confessions.

[194] Indeed, we foresee greater protection for all witnesses, not just vulnerable witnesses. As noted, the confessions rule is one manifestation of the principle against self-incrimination and it protects the right to silence. It is "intended to ensure that the content of a suspect's statement to a person in authority

[194] En réalité, nous proposons une plus grande protection pour tous les témoins, pas seulement pour les témoins vulnérables. Comme nous l'avons noté, la règle des confessions est une manifestation du principe interdisant l'auto-incrimination et elle protège le droit de garder le silence. Elle [TRADUCTION] « vise

reflects his or her own reasons for speaking, such as a genuine desire to confess" and not "extraneous reasons", like "improper conduct by state agents" (Stewart, at p. 522). Informing all witnesses of their options provides greater assurance that decisions to speak to police are freely made. In turn, this ensures the admission of a confession is less likely to bring the administration of justice into disrepute. This consideration aligns with the "broader notion of voluntariness", which "prevail[s]" in the *Charter* era (*Singh*, at para. 34, citing *Hebert*, at pp. 166-67 and 173, per McLachlin J.).

à garantir que la teneur de la déclaration faite par le suspect à une personne en autorité corresponde à ses propres raisons de parler, telles qu'un désir sincère de faire des aveux » plutôt qu'à des « raisons qui n'ont rien à voir », comme une « conduite inappropriée des autorités de l'État » (Stewart, p. 522). Informer tous les témoins des options dont ils disposent donne une plus grande assurance que les décisions de parler à la police sont prises librement. En retour, cela garantit que l'admission d'une confession est moins susceptible de jeter le discrédit sur l'administration de la justice. Cette considération s'harmonise avec la « notion plus large du caractère volontaire » qui « préva[ut] » depuis l'adoption de la *Charte* (*Singh*, par. 34, citant *Hebert*, p. 166-167 et 173, la juge McLachlin).

[195] This broader notion of voluntariness also suggests a further reason for adopting our proposed approach. Witnesses who are ignorant of their choice about whether to speak to police may soon become witnesses who feel they have no choice *except* to speak to police, potentially leading to a breach of their rights under ss. 9 and 10(b) of the *Charter*. The lines around psychological detention are "murky" (*Le*, at para. 31). Police tactics that attempt to exploit these uncertain boundaries to obtain a confession, hoping that a court will not find the accused was arbitrarily detained or will nonetheless admit the evidence under s. 24(2), are incompatible with the confessions rule's broader notion of voluntariness. For these reasons, we also disagree with the majority's suggestion at para. 89 that a warning primarily acts as a sword for the Crown, or a tool that makes it easier to prove voluntariness, rather than a shield for the accused, which ensures the fairness and reliability of their statements to police.

[195] Cette conception plus large du caractère volontaire suggère également une autre raison d'adopter l'approche que nous proposons. Les témoins qui ignorent avoir le choix de parler ou non à la police peuvent rapidement devenir des témoins qui estiment n'avoir *d'autre choix que de* parler à la police, ce qui peut entraîner une violation des droits que leur confèrent l'art. 9 et l'al. 10b) de la *Charte*. La ligne de démarcation entourant la détention psychologique est « floue » (*Le*, par. 31). Les tactiques policières qui tentent d'exploiter ces limites incertaines pour soutirer des aveux, en espérant qu'un tribunal ne conclura pas que l'accusé a été détenu arbitrairement ou admettra malgré tout la preuve en application du par. 24(2), sont incompatibles avec la conception plus large du caractère volontaire de la règle des confessions. Pour ces raisons, nous sommes également en désaccord avec la suggestion faite par les juges majoritaires au par. 89 selon laquelle un avertissement sert d'abord et avant tout d'épée pour la Couronne, ou d'outil facilitant la démonstration du caractère volontaire des déclarations, plutôt que d'être une mesure qui protège les accusés et qui garantit l'équité et la fiabilité des déclarations qu'ils font aux policiers.

[196] There are also practical benefits to our proposed approach. A wholly contextual inquiry into the weight of a warning does not offer clear guidance to police on when to warn. Unlike the majority's approach, ours encourages police to avoid any uncertainty about the timing of a warning entirely. Our

[196] L'approche que nous proposons présente également des avantages sur le plan pratique. Une analyse entièrement contextuelle de la valeur de l'avertissement n'offre pas d'orientation claire à la police sur le moment où il doit être donné. Contrairement à l'approche des juges majoritaires, la démarche

strong presumption of involuntariness encourages police to warn whenever police are investigating a crime and initiate contact with a person to secure information about the crime. Attaching real consequences to a failure to warn makes it easier for police to know when to administer a warning and for courts to evaluate the consequences of failing to do so.

que nous proposons vise à éviter que la police ait quelque incertitude que ce soit quant au moment où l'avertissement doit être donné. La forte présomption que toute déclaration est involontaire encourage la police à donner un avertissement chaque fois qu'elle enquête sur un crime et prend contact avec une personne pour obtenir des informations sur ce crime. En assortissant le défaut de formuler un avertissement de véritables conséquences, il est plus facile pour la police de savoir quand ils doivent en donner un, et pour les tribunaux d'évaluer les conséquences de l'absence d'avertissement.

[197] To this, the Crown's response is at once unedifying and revealing. Asked at the hearing of this appeal to explain why it would be a problem for the police to inform people of their basic rights before questioning them, Crown counsel admitted: ". . . there is obviously no harm to doing it and there may in particular cases be significant benefit to doing it . . ." (transcript, at p. 14). Crown counsel later asserted that warning all interviewees could "needlessly alarm people", "there is little to be gained", and "it may in fact deter some number of people from speaking with the police" (pp. 16-17). However, the Crown ultimately conceded that "it may be a good idea for police in many cases to explain that information in an informal or nonthreatening way" (p. 18). The majority agrees. They write that there is "no doubt" that a warning can ensure an investigation is conducted fairly and they encourage police to warn interviewees, since it can make it easier to prove a statement is voluntary (para. 75). Despite this, the majority follows the Crown's lead and concludes that a brighter-line rule that requires warnings for all interviewees, even when they are not suspects or detainees, is somehow unworkable.

[197] À cet égard, la réponse de la Couronne est à la fois peu édifiante et révélatrice. À l'audience sur le présent pourvoi, lorsqu'on lui a demandé d'expliquer pourquoi il serait difficile pour la police d'informer les gens de leurs droits fondamentaux avant de les interroger, le procureur de la Couronne a admis ce qui suit : [TRADUCTION] « . . . il n'y a évidemment rien de mal à le faire et, dans certains cas particuliers, il pourrait être avantageux de le faire . . . » (transcription, p. 14). Par la suite, il a affirmé que le fait de donner un avertissement à toutes les personnes interrogées pourrait [TRADUCTION] « alarmer inutilement les gens », qu'« il n'y a pas grand-chose à en retirer » et que, « en fait, cela pourrait dissuader un certain nombre de personnes de parler à la police » (p. 16-17). Toutefois, il a fini par concéder que [TRADUCTION] « dans bien des cas, il peut être bon que la police explique cette information de façon informelle ou non menaçante » (p. 18). Les juges majoritaires sont du même avis. Ils écrivent qu'il n'y a « aucun doute » qu'un avertissement peut garantir qu'une enquête est menée équitablement et ils encouragent la police à avertir les personnes interrogées, car il peut ainsi être plus facile de prouver qu'une déclaration était volontaire (par. 75). Malgré cela, les juges majoritaires reprennent à leur compte la thèse de la Couronne et concluent qu'une règle plus claire exigeant que toutes les personnes interrogées reçoivent un avertissement, même si elles ne sont pas suspectes ou détenues, est en quelque sorte impraticable.

[198] Yet neither the Crown nor the majority point to *any* specific harms that will flow from informing interviewees of their basic rights. The majority merely asserts that a brighter-line rule would "upset the

[198] Pourtant, la Couronne et les juges majoritaires ne signalent *aucun* effet préjudiciable précis qu'entraînerait le fait d'informer les personnes interrogées de leurs droits fondamentaux. Les juges majoritaires

balance" struck by the confessions rule and says it "could exact a cost on the administration of justice" (see paras. 7, 12, 55, 72 and 76). Our approach does not attach disproportionate consequences to a failure to warn, nor create a blanket rule that necessarily excludes statements obtained without a warning. It gives police a certainty they do not otherwise possess and, more importantly, it establishes a consistent protection for interviewees, the rights-bearers for whom we must have primary regard. The only possible harm is that the police lose the advantage of psychological leverage when they level the informational playing field.

affirment simplement que l'établissement d'une règle plus rigide « perturberait [. . .] l'équilibre » que la règle des confessions a permis de créer et « pourrait porter atteinte à l'administration de la justice » (voir par. 7, 12, 55, 72 et 76). Notre approche n'attribue pas de conséquences disproportionnées à l'omission d'avertir, et elle ne crée pas non plus de règle générale qui exclut d'emblée les déclarations obtenues sans avertissement. Elle donne à la police une certitude qu'elle ne possède pas autrement et, plus important encore, elle assure une protection uniforme à toutes les personnes interrogées, les détenteurs des droits pour lesquels nous devons avoir une considération primordiale. Le seul effet préjudiciable que notre approche est susceptible d'entraîner est de faire perdre à la police l'avantage que lui confère son influence psychologique en la mettant sur un pied d'égalité avec la personne interrogée sur le plan informationnel.

[199] In short, the Crown invites us to elevate ignorance of the right to silence into an essential tool for the investigation of crime. We would not do so. The right to silence is not a secret to be kept locked away in the pages of this Court's decisions or left to the judgment calls of police officers who might be concerned that citizens will not be "comfortable" or that they might decide to exercise their right not to talk to police during criminal investigations. The purpose of the right to silence is, after all, to protect the ability of a citizen *not* to speak to police. We are not remotely persuaded by the Crown's criticism, which really reduces to this: if people are actually informed of their rights, *they may in fact exercise them*; and that the power imbalance and informational asymmetry of which we speak is structurally necessary for police to do their job. That is the "cost" to the administration of justice to which the majority alludes without explicitly acknowledging at para. 76 of its reasons. We take a very different view of what fairness and the administration of justice requires. More particularly, we reject utterly that the capacity of police to do their job is so fragile that it depends, in any measure, on people remaining in the dark about their rights when asked to speak with police.

[199] En un mot, la Couronne nous invite à faire de l'ignorance du droit de garder le silence un outil essentiel pour enquêter sur les crimes. Nous refusons de nous engager dans cette voie. Le droit de garder le silence n'est pas un secret qui doit être gardé enfermé dans les pages des décisions de notre Cour ou laissé à la discrétion des agents de police qui pourraient craindre que des citoyens ne soient pas « à l'aise » ou décident d'exercer leur droit de ne pas parler à la police pendant une enquête criminelle. Après tout, l'objectif du droit au silence est de protéger le droit du citoyen de *ne pas* parler à la police. Nous sommes loin d'être convaincus par les critiques de la Couronne, qui se résument en réalité à ce qui suit : si les gens sont réellement informés de leurs droits, *il se peut qu'ils décident effectivement de les exercer*, et le déséquilibre de pouvoir et l'asymétrie informationnelle dont nous parlons sont structurellement nécessaires pour permettre à la police de faire son travail. C'est là l'« atteinte » pour l'administration de la justice à laquelle les juges majoritaires font allusion sans le reconnaître explicitement au par. 76 de leurs motifs. Nous avons une vision très différente de ce qu'exigent l'équité et l'administration de la justice. Plus particulièrement, nous rejetons catégoriquement l'idée selon laquelle la capacité de la police de faire son travail est fragile au point de dépendre, dans une certaine mesure, du fait que les individus restent dans l'ignorance de leurs droits lorsqu'ils sont invités à lui parler.

[200] This normative objection is entirely aside from the speculative quality of the Crown's argument that our approach would unduly impede police investigations and have a chilling effect on people's willingness to speak with police. There is no empirical or even anecdotal evidence before us about the effect this requirement would have on police investigations. What is *indisputable*, however, is that the right to silence will be chilled under the majority's approach.

[200] Cette objection de principe n'a absolument rien à voir avec l'aspect spéculatif de l'argument de la Couronne suivant lequel notre approche entraverait indûment le déroulement des enquêtes policières et aurait un effet dissuasif sur la volonté des gens de parler à la police. Nous ne disposons d'aucune preuve empirique ou même anecdotique quant à l'effet que cette exigence aurait sur les enquêtes policières. Ce qui est toutefois *indiscutable*, c'est que l'exercice du droit de garder le silence sera frustré par l'approche des juges majoritaires.

[201] To all this, the majority says that *Boudreau* "has stood the test of time" (para. 73). Indeed, it has — a very *long* time, during which much water has flowed under the jurisprudential bridge. To be faithful to our jurisprudence's developments since *Boudreau*, we would consign it to the dustbin of history. *Boudreau* implicitly accepted that successful policing hinges, in part, on interviewees' ignorance of their rights. We see this as incompatible with the "broader notion of voluntariness" that has prevailed in the *Charter* era, and that is concerned with according fairness to the accused and preserving respect for the administration of justice (*Singh*, at para. 34, citing *Hebert*, at pp. 166-67 and 173). The degree to which we extend the confessions rule should not be overstated. It must be remembered that *Boudreau* was *itself* a departure — indeed, a retrenchment — from the Court's earlier statement in *Gach*, that "all confessions made to a person in authority, as a result of questioning, are inadmissible in evidence, unless proper caution has been given" (p. 254). Our approach does not go that far, but merely accords the warning its proper significance.

[201] En réponse à tout cela, les juges majoritaires affirment que l'arrêt *Boudreau* « a résisté à l'épreuve du temps » (par. 73). Cela a été vrai pendant très *longtemps*, mais la jurisprudence a évolué depuis. Pour être fidèles à l'évolution de notre jurisprudence depuis cet arrêt, nous estimons qu'il faut reléguer cette décision aux oubliettes de l'histoire. L'arrêt *Boudreau* a implicitement accepté que le succès du travail des policiers dépende, en partie, de l'ignorance par ceux qui sont interrogés de leurs droits. Selon nous, cette position est incompatible avec la « notion plus large du caractère volontaire » qui prévaut depuis l'adoption de la *Charte*, notion qui vise à assurer l'équité envers l'accusé et le respect de l'administration de la justice (*Singh*, par. 34, citant *Hebert*, p. 166-167 et 173). Il ne faut pas exagérer la portée que nous donnons à la règle des confessions. Il ne faut pas non plus oublier que, dans l'arrêt *Boudreau*, la Cour s'est écartée de ce qu'elle avait affirmé auparavant dans l'arrêt *Gach*, en l'occurrence que [TRADUCTION] « les confessions faites à une personne en autorité, à la suite d'un interrogatoire, ne sont pas admissibles en preuve, à moins qu'une mise en garde appropriée n'ait été donnée » — de fait, elle est même revenue sur ses propos antérieurs (p. 254). Notre approche ne va pas aussi loin, mais accorde simplement son véritable sens à l'avertissement.

[202] Finally, an informed choice requirement leaves intact the doctrine of operating mind as set out in *Whittle* and *Oickle*. As discussed, the doctrine presumes the accused has been informed of the right to silence. This aspect of the doctrine was not at issue in *Whittle*, since the accused was repeatedly warned or *Charter* cautioned. Our reasons do not lower the high threshold for the types of mental states

[202] Enfin, l'exigence du choix éclairé laisse intacte la théorie de l'état d'esprit conscient qui a été élaborée dans les arrêts *Whittle* et *Oickle*. Comme nous l'avons déjà expliqué, cette théorie présume que l'accusé a été informé de son droit de garder le silence. Cet aspect de la théorie n'était pas en cause dans l'affaire *Whittle*, puisque l'accusé avait reçu plusieurs fois l'avertissement ou la mise en garde

that impair an accused's ability to understand what is said. Rather, they merely express the doctrine's *informational* component.

prévue par la *Charte*. Notre raisonnement n'a pas pour effet d'assouplir le test applicable aux types d'états d'esprit qui nuisent à la capacité de l'accusé de comprendre ce qu'on lui a dit. Il expose simplement l'aspect *informationnel* de la doctrine.

[203] Therefore, the benefits to our revised approach are several: it protects individuals from police coercion, promotes the right to silence and the privilege against self-incrimination that animate the confessions rule, and benefits police and judges by clarifying the importance of a warning and its role in the voluntariness inquiry.

[203] Par conséquent, notre approche révisée présente plusieurs avantages : elle protège les justiciables contre la coercition policière, elle favorise le droit de garder le silence et le privilège de ne pas s'incriminer qui sous-tendent la règle des confessions et elle est avantageuse tant pour les policiers que pour les juges puisqu'elle clarifie l'importance de l'avertissement et son rôle dans l'analyse du caractère volontaire.

IV. Application

IV. Application

[204] We agree with the Court of Appeal that the trial judge made legal errors in assessing the voluntariness of Mr. Tessier's statements. The police initiated contact with Mr. Tessier to secure information about a homicide investigation. This alone triggered the need for a warning. The Crown therefore had to demonstrate that Mr. Tessier made an informed choice to speak to Sgt. White. Since Sgt. White warned Mr. Tessier only upon seeing that his firearm was missing, Mr. Tessier's prior statements were presumptively inadmissible.

[204] À l'instar de la Cour d'appel, nous sommes d'avis que le juge du procès a commis des erreurs de droit dans son évaluation du caractère volontaire des déclarations de M. Tessier. La police est entrée en communication avec M. Tessier pour obtenir des renseignements dans le cadre d'une enquête sur un homicide. À lui seul, ce fait justifiait un avertissement. La Couronne devait donc démontrer que M. Tessier a fait un choix éclairé en décidant de parler au sergent White. Puisque ce dernier n'a donné un avertissement à M. Tessier qu'après avoir constaté la disparition de son arme à feu, les déclarations antérieures de M. Tessier étaient présumées inadmissibles.

[205] Further, the risk of Mr. Tessier incriminating himself was objectively heightened in these circumstances, making the presumption of inadmissibility more difficult to rebut. Mr. Tessier was interviewed at a police station, Sgt. White's questioning turned adversarial and Mr. Tessier became a suspect partway through the first interview. That interview was comprehensive, lasting nearly two hours, and punctuated by evidentiary searches. Sgt. White was investigating a homicide and, as he acknowledged, hoping to get a confession from Mr. Tessier. Once his questioning took an adversarial turn in the first interview, the risk of self-incrimination was objectively heightened.

[205] De plus, le risque que M. Tessier s'incrimine était objectivement accru dans ces circonstances, rendant ainsi la présomption d'inadmissibilité plus difficile à réfuter. Monsieur Tessier a été interrogé dans un poste de police, les questions du sergent White sont devenues antagonistes et M. Tessier est devenu un suspect au cours du premier interrogatoire. Cet interrogatoire était détaillé; il a duré près de deux heures et était ponctué de recherches d'éléments de preuve. Le sergent White enquêtait sur un homicide et, comme il l'a reconnu, il espérait obtenir des aveux de M. Tessier. Dès que ses questions ont pris une tournure antagoniste au cours du premier interrogatoire, le risque d'auto-incrimination était objectivement accru.

[206] The adversarial posture emerged early on, when Sgt. White insinuated that Mr. Tessier had killed

[206] L'attitude antagoniste s'est manifestée tôt, soit lorsque le sergent White a insinué que M. Tessier

the deceased. Remarking on Mr. Tessier's presence in Didsbury, near where Mr. Berdahl's body was found, Sgt. White observed it was "[p]retty coincidental". Sgt. White returned to the point a few questions later, again insinuating Mr. Tessier's answers implicated him in Mr. Berdahl's homicide. The adversarial questioning escalated, with Sgt. White cross-examining Mr. Tessier on his whereabouts and activities leading up to the day of Mr. Berdahl's death. When Mr. Tessier expressed uncertainty on certain points, Sgt. White remarked he was "[p]retty mixed up" and there was "only one reason for that", again insinuating his guilt. Sgt. White then made two direct attempts to elicit a confession, asking Mr. Tessier to "[t]ell the truth" and later, asking Mr. Tessier directly whether he killed Mr. Berdahl. In response to Mr. Tessier's denials, Sgt. White expressed disbelief and asked Mr. Tessier for proof that he did not kill Mr. Berdahl. Sgt. White followed up these questions with a request for Mr. Tessier's DNA sample, so he could "eliminate" his DNA at the crime scene.

avait tué la victime. Notant la présence de M. Tessier à Didsbury, à proximité de l'endroit où le corps de M. Berdahl avait été retrouvé, le sergent White a estimé qu'il s'agissait là d'une « drôle de coïncidence ». Il est revenu sur la question après avoir posé quelques autres questions en laissant de nouveau entendre que les réponses de M. Tessier l'impliquaient dans l'homicide de M. Berdahl. Les questions sont devenues de plus en plus antagonistes lorsque le sergent White a contre-interrogé M. Tessier sur ses allées et venues et sur ses activités dans les jours précédant le décès de M. Berdahl. Devant ses hésitations sur certains points, le sergent White a fait observer à M. Tessier qu'il semblait « [p]lutôt confus » et qu'il y avait « une seule explication », insinuant de nouveau sa culpabilité. Le sergent White a alors fait deux tentatives directes pour tenter de soutirer des aveux à M. Tessier en l'invitant à « [d]ire la vérité », puis en lui demandant directement s'il avait tué M. Berdahl. Devant les dénégations de M. Tessier, le sergent White a exprimé son incrédulité et a demandé à M. Tessier de lui prouver qu'il n'avait pas tué M. Berdahl. Le sergent White a ensuite demandé à M. Tessier de fournir un échantillon d'ADN afin de pouvoir « éliminer » l'hypothèse de la présence de son ADN sur les lieux du crime.

[207] After Mr. Tessier's cigarette break during the first interview, Sgt. White continued to cross-examine Mr. Tessier on his whereabouts and on his activities in the days leading up to Mr. Berdahl's death, as well as his relationship with Mr. Berdahl. Thus, the adversarial nature of the first interview remained unchanged after the cigarette break. We conclude that Mr. Tessier's risk of self-incrimination was objectively heightened shortly after the first interview began and until Mr. Tessier left the interrogation room. Sgt. White's testimony at trial supports this conclusion. He confirmed he hoped Mr. Tessier would confess.

[207] Après la pause cigarette de M. Tessier durant le premier interrogatoire, le sergent White a continué à le contre-interroger sur ses allées et venues et sur ses activités dans les jours précédant le décès de M. Berdahl, ainsi que sur sa relation avec ce dernier. Le ton antagoniste du premier interrogatoire a donc été maintenu après la pause cigarette. Nous concluons que le risque d'auto-incrimination de M. Tessier était objectivement accru peu de temps après le début du premier interrogatoire et jusqu'à ce que M. Tessier quitte la salle d'interrogatoire. Le témoignage du sergent White au procès appuie cette conclusion. Il a confirmé qu'il espérait que M. Tessier fasse des aveux.

[208] We would also conclude the risk of self-incrimination was objectively heightened when Mr. Tessier became a suspect. Considering Sgt. White's questions and the totality of evidence before him, Sgt. White ought to have reasonably suspected early on in the first interview that Mr. Tessier was involved in Mr. Berdahl's death. Before the first

[208] Nous sommes également d'avis de conclure que le risque d'auto-incrimination était objectivement accru lorsque M. Tessier est devenu un suspect. Compte tenu des questions qu'il a posées et de l'ensemble des éléments de preuve dont il disposait, le sergent White aurait raisonnablement dû soupçonner, peu après le début du premier interrogatoire, que

interview, it was known to police that: Mr. Tessier was the last person to see Mr. Berdahl alive; Mr. Berdahl's death was deemed a homicide; and Mr. Tessier was Mr. Berdahl's best friend but they had a conflict over a car and the deceased was planning to leave to Winnipeg. Early on during the first interview, Mr. Tessier confirmed that: he had owned the car at issue in the dispute; he had last seen Mr. Berdahl two days earlier; Mr. Berdahl planned to leave for Winnipeg; and he was in Didsbury, near Mr. Berdahl's body, on the morning he learned of Mr. Berdahl's death. This evidence ought to have generated a reasonable suspicion that Mr. Tessier could be culpable in Mr. Berdahl's homicide. This conclusion is reinforced by Sgt. White's questions. Shortly after Mr. Tessier provided this information, Sgt. White asked that "if you cross all the little lines, what does [that] look like?".

M. Tessier était impliqué dans la mort de M. Berdahl. Avant cet interrogatoire, la police savait : que M. Tessier était la dernière personne à avoir vu M. Berdahl vivant, que la mort de M. Berdahl était considérée comme un homicide et que M. Tessier était le meilleur ami de M. Berdahl, mais qu'ils s'étaient querellés au sujet d'une voiture et que le défunt avait l'intention de partir pour Winnipeg. Peu de temps après le début du premier interrogatoire, M. Tessier a confirmé que la voiture en cause dans la querelle lui appartenait, qu'il avait vu M. Berdahl pour la dernière fois deux jours auparavant, que ce dernier avait prévu de partir pour Winnipeg, et qu'il se trouvait à Didsbury, près du corps de M. Berdahl, le matin où il a appris le décès de ce dernier. Ces éléments de preuve auraient dû susciter un soupçon raisonnable que M. Tessier pouvait être coupable de l'homicide de M. Berdahl. Cette conclusion est d'ailleurs renforcée par les questions du sergent White. En effet, peu de temps après que M. Tessier lui eut fourni ces informations, le sergent White lui a demandé : « [S]i l'on reconstitue bien le casse-tête, ça ressemble à quoi? ».

[209] The remainder of the first interview only confirms this conclusion, since Sgt. White escalated his adversarial questioning. Mr. Tessier admitted that they had a conflict over money that Mr. Berdahl owed and Sgt. White observed Mr. Tessier was agitated and something was bothering him. Further, when Sgt. White ended the first interview, the police held a meeting and set up an RCMP team to conduct surveillance on Mr. Tessier. This was an obvious sign that Sgt. White gathered enough information to consider Mr. Tessier a suspect during the first interview.

[209] Le reste du premier interrogatoire ne fait que confirmer cette conclusion, puisque le sergent White a intensifié ses questions antagonistes. Monsieur Tessier a admis que M. Berdahl et lui avaient un conflit au sujet de l'argent que M. Berdahl lui devait et le sergent White a observé que M. Tessier était agité et que quelque chose le dérangeait. De plus, au terme du premier interrogatoire, la police a tenu une réunion d'information et a mis sur pied une équipe de la GRC pour surveiller M. Tessier. Il s'agissait d'un signe évident que le sergent White avait recueilli suffisamment d'informations pour considérer M. Tessier comme un suspect pendant le premier interrogatoire.

[210] For these reasons, we agree with the majority that Mr. Tessier was a suspect after the first interview, which further increases the difficulty of rebutting the presumption of inadmissibility. Since Sgt. White also did not warn Mr. Tessier before the second interview, Mr. Tessier's statements from both interviews were presumptively inadmissible as a result. In our view, the trial judge erred in law by overlooking the overwhelming objective evidence that Mr. Tessier was a suspect in favour of Sgt. White's stated subjective belief. In his testimony, Sgt. White conceded Mr. Tessier became a

[210] Pour ces motifs, nous sommes d'accord avec les juges majoritaires pour dire que M. Tessier était un suspect après le premier interrogatoire, ce qui rendait plus difficile la réfutation de la présomption d'inadmissibilité. Le sergent White n'ayant pas non plus donné d'avertissement à M. Tessier avant le second interrogatoire, les déclarations faites par celui-ci durant les deux interrogatoires étaient présumées inadmissibles. À notre avis, le juge de première instance a commis une erreur de droit en ne tenant pas compte du nombre élevé d'éléments de preuve

"person of interest" when Mr. Tessier disclosed that he recently picked up a firearm from the shooting range. The trial judge placed undue weight on Sgt. White's subjective classification of Mr. Tessier. Respectfully, given Sgt. White's questions and the evidence before him, Sgt. White's belief was unreasonable.

objectifs démontrant que M. Tessier était un suspect, préférant plutôt s'appuyer sur la croyance subjective décrite par le sergent White. Dans son témoignage, ce dernier a admis que M. Tessier était devenu une « personne d'intérêt » lorsqu'il lui avait révélé qu'il avait récemment récupéré une arme à feu au champ de tir. Le juge du procès a accordé un poids excessif à la perception subjective du sergent White quant au statut de M. Tessier. À notre avis, compte tenu des questions qu'il a posées et de la preuve dont il disposait, la croyance du sergent White était déraisonnable.

[211] In light of these factors, Mr. Tessier's risk of self-incrimination was considerably heightened. While this adds to the Crown's burden to rebut the presumption of involuntariness, it changes nothing here. The Crown has failed to adduce clear and compelling, or even any, evidence demonstrating that Mr. Tessier's statements were voluntary. Mr. Tessier did not receive a warning during a prior interaction with Sgt. White on this matter. While Sgt. White informed Mr. Tessier he did not need to provide a DNA sample, he did not give a partial warning on his right to silence. Mr. Tessier expressed a concern about being "paint[ed] into a corner" but he did not expressly acknowledge his right to silence of which he was never informed.

[211] À la lumière de ces facteurs, le risque que courrait M. Tessier de s'incriminer était considérablement accru. Bien qu'il alourdisse le fardeau qui incombe à la Couronne de réfuter la présomption du caractère involontaire, ce fait ne change rien en l'espèce. En effet, elle n'a présenté aucune preuve claire et convaincante, ou même une preuve quelconque, démontrant que les déclarations de M. Tessier étaient volontaires. Ce dernier n'avait pas reçu d'avertissement durant ses échanges précédents avec le sergent White à ce sujet. Bien que ce dernier ait informé M. Tessier qu'il n'était pas tenu de fournir d'échantillon d'ADN, il ne lui a pas donné d'avertissement partiel sur son droit de garder le silence. Monsieur Tessier a dit qu'il craignait de « [s]e faire peinturer dans le coin », mais il n'a pas expressément reconnu l'existence du droit de garder le silence — droit dont il n'a jamais été informé.

[212] The Crown has failed to demonstrate beyond a reasonable doubt that Mr. Tessier's statements were voluntary. Mr. Tessier's statements during the first and second interview should have been excluded at trial.

[212] La Couronne n'a pas réussi à démontrer hors de tout doute raisonnable que les déclarations de M. Tessier étaient volontaires. Les déclarations qu'il a faites au cours de son premier et de son second interrogatoire auraient donc dû être exclues au procès.

V. Conclusion

[213] The majority's presumption of inadmissibility for statements elicited from suspects without a warning marks an improvement over *Boudreau*. Regrettably, however, the majority fails to take the logical next step that flows from its recognition that voluntariness protects a right to meaningfully choose to speak to police. We would take that step and recognize that police must warn interviewees, regardless of whether they are suspects or detainees. A presumption

V. Conclusion

[213] La présomption d'inadmissibilité des déclarations obtenues de suspects sans avertissement proposée par les juges majoritaires constitue une amélioration par rapport à l'arrêt *Boudreau*. Malheureusement, nos collègues ne passent pas à l'étape logique suivante qui découle de leur reconnaissance du fait que le caractère volontaire protège le droit de faire un véritable choix quant à la décision de parler ou non à la police. Nous ferions ce pas et reconnaîtrions que

of inadmissibility with a broader application than the majority's approach is consistent with the concept of meaningful choice in confessions law jurisprudence. And, it strives to see that interactions between the individual and the state are always characterized by "respect for the individual's freedom of will, the need for law enforcement officers themselves to obey the law, and the overall fairness of the criminal justice system" (*Singh*, at para. 30 (emphasis deleted)). Achieving this here requires of this Court merely to enforce that which the majority acknowledges as prudent: that *both* parties know their rights.

la police doit donner un avertissement aux personnes interrogées, qu'elles soient ou non suspectes ou détenues. Une présomption d'inadmissibilité ayant une application plus large que l'approche proposée par les juges majoritaires serait compatible avec le concept du véritable choix reconnu par la jurisprudence sur les règles de droit régissant les confessions. De plus, elle viserait à faire en sorte que les interactions entre l'individu et l'État soient toujours caractérisées par « le respect de la liberté de choix de l'individu, la nécessité que les policiers respectent la loi quand ils l'appliquent et l'équité globale du système de justice criminelle » (*Singh*, par. 30 (italique omis). Pour y parvenir, la Cour n'aurait qu'à garantir le respect de la ligne de conduite qui, comme le reconnaissent les juges majoritaires, est prudente : s'assurer que *les deux* parties soient au courant de leurs droits.

[214] We therefore respectfully dissent. The appeal should be dismissed, and the order of the Court of Appeal setting aside Mr. Tessier's conviction and ordering a new trial should be confirmed. Since we would dismiss the appeal on the basis that Mr. Tessier's statements were involuntary, we need not address the issue of whether he was psychologically detained.

[214] Voilà pourquoi nous tenons, en toute déférence, à exprimer notre dissidence. Le pourvoi devrait être rejeté et l'ordonnance de la Cour d'appel annulant la déclaration de culpabilité de M. Tessier et ordonnant la tenue d'un nouveau procès devrait être confirmée. Puisque nous serions d'avis de rejeter le pourvoi au motif que les déclarations de M. Tessier n'étaient pas volontaires, nous n'avons pas à décider s'il se trouvait dans une situation de détention psychologique.

Appeal allowed, Brown *and* Martin JJ. *dissenting.*

Pourvoi accueilli, les juges Brown *et* Martin *sont dissidents.*

Solicitor for the appellant: Justice and Solicitor General, Appeals, Education & Prosecution Policy Branch, Edmonton.

Procureur de l'appelant : Justice and Solicitor General, Appeals, Education & Prosecution Policy Branch, Edmonton.

Solicitors for the respondent: Sitar & Milczarek, Calgary.

Procureurs de l'intimé : Sitar & Milczarek, Calgary.

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

Procureur de l'intervenant le procureur général de l'Ontario : Procureur général de l'Ontario, Toronto.

Solicitor for the intervener the Attorney General of New Brunswick: Attorney General of New Brunswick, Fredericton.

Procureur de l'intervenant le procureur général du Nouveau-Brunswick : Procureur général du Nouveau-Brunswick, Fredericton.

Solicitors for the intervener the Canadian Civil Liberties Association: Addario Law Group, Toronto.

Procureurs de l'intervenante l'Association canadienne des libertés civiles : Addario Law Group, Toronto.